



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000383800

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1500434-18.2022.8.26.0559/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é embargante MARCOS ANTONIO GONÇALVES BUENO e Interessado EVERTON PEREIRA DE MORAES (DEFENSOR DATIVO), é embargado COLENDIA 8ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por votação unânime, não conheceram dos embargos de declaração e, por maioria de votos rejeitaram os embargos infringentes ajuizados em prol de Marcos Antônio Gonçalves Bueno. Vencido nesta parte o terceiro juiz, Desembargador Maurício Valala, que manteve seu posicionamento anterior, dando provimento ao recurso.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente), SÉRGIO RIBAS, JUSCELINO BATISTA E LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

MARCO ANTÔNIO COGAN

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Embargos Infringentes nº 1500434-18.2022.8.26.0559/50000

Comarca de São José do Rio Preto – 4ª Vara Criminal

Embargante: Marcos Antônio Gonçalves Bueno

Embargada: Justiça Pública

TJSP – Oitava Câmara de Direito Criminal

VOTO Nº 58.385

EMBARGOS INFRINGENTES E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE QUE O R. VOTO DO EMINENTE RELATOR, VENCIDO EM PARTE, DEVE PREVALECER, PARA QUE SEJA RECONHECIDA A CONSUNÇÃO DO CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO PELO NARCOTRÁFICO. PRETENSÃO DE ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, A FIM DE SANAR OMISSÕES E CONTRADIÇÕES EXISTENTES NO V. ACÓRDÃO, PARA QUE SEJA APRECIADA A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, E A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. PLEITO DE PREQUESTIONAMENTO DAS MATÉRIAS AVENTADAS.

SITUAÇÃO A ENSEJAR O NÃO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS CUMULATIVAMENTE COM OS PRESENTES EMBARGOS INFRINGENTES.

CASO EM QUE O CONJUNTO PROBATÓRIO BEM DÁ CONTA DO ACERTO DA DECISÃO DA MAIORIA DA TURMA

JULGADORA.

Embargos de declaração não conhecidos, e embargos infringentes rejeitados.

1 – O embargante Marcos Antônio Gonçalves Bueno foi condenado ao cumprimento da pena corporal de seis anos de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e de um ano de detenção, em regime prisional inicial semiaberto, mais o pagamento de quinhentos e vinte dias-multa, fixados no piso, por infração do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, artigo 12, *caput*, da Lei nº 10.826/03, e do artigo 180, *caput*, do Código Penal, na forma do artigo 69, *caput*, desse *Codex* (fls. 616/623 do processo de conhecimento).

Dessa decisão recorreu a Defensoria do coautor Everton, buscando a absolvição. Supletivamente pleiteou a desclassificação da sua conduta para a forma do artigo 28, da Lei de Drogas; a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da mesma lei; a substituição da corporal por restritivas de direitos; o estabelecimento de regime prisional aberto (fls. 666/685).

Por sua vez, a Defesa do embargante, preliminarmente,

invocou nulidade decorrente da ilicitude das provas obtidas em razão da ausência de fundada suspeita para a abordagem policial e para o ingresso em seu domicílio. No mérito, aduziu que o édito monocrático deveria ser reformado, a fim de que ele fosse absolvido, dada a fragilidade do conjunto probatório. Supletivamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal; a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; o estabelecimento de regime prisional inicial aberto, ou semiaberto (fls. 703/714).

Em sessão de julgamento realizada em 12/12/2024, por unanimidade, foi rejeitada a questão preliminar invocada, e no mérito, por maioria, foi negado provimento aos recursos, nos termos da declaração de voto do eminente Revisor Desembargador Juscelino Batista (fls. 765/767).

O voto do Relator, o eminente Desembargador Mauricio Valala, restou vencido em parte, por entender S. Exa. que a posse da arma de fogo apreendida não configura crime autônomo, mas sim causa de aumento de pena, prevista no artigo 40, IV, da Lei nº 11.343/06, a ensejar a absorção do crime previsto no artigo 12, da Lei nº 10.826/03 pelo delito de tráfico de drogas, em observância ao princípio da consunção (fls. 755/763).

Com base no voto vencido interpôs o embargante o presente reclamo, visando a sua prevalência, para que seja reconhecida a consunção do crime de posse de arma de fogo de uso permitido pelo narcotráfico. Busca, ainda, o acolhimento dos embargos de declaração,

ajuizados cumulativamente ao presente feito, para sanar omissões e contradições existentes no v. Acórdão, a fim de que seja apreciada explicitamente a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e a fixação do regime prisional inicial (fl. 02), prequestionando as matérias aventadas (fls. 01/06 do incidente).

Recebidos os presentes embargos infringentes (fl. 16), a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Alexandre Orasmo Fontana, se pronunciou, preliminarmente, pela inviabilidade de oposição de embargos de declaração em sede de embargos infringentes (fl. 11), e no mérito, pelo seu desprovimento, com a manutenção do v. Aresto (fls. 10/13).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Por primeiro, deixa-se de conhecer dos **embargos de declaração** ajuizados em prol do embargante, vez que, além de terem sido interpostos cumulativamente com recurso distinto, no v. Acórdão relativo à apelação dos autos do processo nº 1500434-18.2022.8.26.0559, seu Relator foi o insigne Desembargador Mauricio Valala, como já destacado, sendo incabível o ajuizamento dos referidos embargos de declaração para outro Desembargador atuar como Relator, portanto.

E no mérito, os presentes **embargos infringentes** não merecem acolhimento, devendo prevalecer a decisão adotada pela maioria da Turma Julgadora, não obstante o voto do insigne Relator

sorteado.

Isso porque as circunstâncias do caso concreto estão a indicar que essa deve mesmo vigorar.

O embargante foi surpreendido mantendo em depósito, em sua residência, nada menos que 88,99g de cocaína, droga potentíssima, conforme laudos periciais de fls. 55/59 e fls. 261/265, além de arma de fogo e munição, como destacado no auto de exibição e apreensão de fls. 19/20, no mesmo imóvel, no interior da gaveta da cozinha.

Não há que ser acolhida a tese defensiva no sentido de ser reconhecida a consunção do crime de posse de arma de fogo de uso permitido, previsto no artigo 12, do Estatuto do Desarmamento, pelo artigo 33, da Lei de Drogas, vez que, no caso vertente, embora a arma de fogo e a munição terem sido encontradas no mesmo local das drogas que pertenciam ao embargante, no interior de gaveta na cozinha da moradia, não há nenhum elemento nos autos que indique que era utilizada no narcotráfico, como bem ressaltado pelo i. Revisor, e ao contrário do genericamente aduzido pela Defensoria, a fl. 03 do incidente, segundo parágrafo, tanto que foi subtraída da vítima policial militar no mesmo dia dos fatos, as 00h01, como se depreende dos boletins de ocorrência de fls. 14/18 e 179/180, observando-se, ainda, que o próprio embargante, em Juízo, embora tenha negado o comércio espúrio, alegou tê-la recebido do coautor Everton, como pagamento pela venda de motocicleta, repita-se, tendo sido ressaltado, pelas testemunhas

compromissadas, que foi encontrada em gaveta dentro de sua casa, em contexto absolutamente distinto daquele de quem faz uso de arma de fogo no narcotráfico, caracterizando, portanto, delito autônomo, havendo clássico concurso material de crimes, como adotado pela maioria da Turma Julgadora.

Nesse sentido já se pronunciou a Primeira Câmara de Direito Criminal desta Corte: - **“APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas e porte de arma de fogo de uso permitido. Sentença condenatória. Defesa pleiteia a aplicação do princípio da consunção ao crime de arma de fogo por ter sido crime meio para a prática do crime fim de tráfico de drogas, com absolvição do crime de porte de arma e aplicação da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, IV, da Lei 11.343/06. Impossibilidade. Crimes cometidos de forma autônoma. Porte de arma não foi cometido no contexto do tráfico. Dosimetria não comporta reparo. Regime prisional bem aplicado. Recurso improvido”**. (TJSP; Apelação Criminal 1506379-43.2021.8.26.0228; Relator (a): Andrade Sampaio; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 6ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 01/08/2022; Data de Registro: 01/08/2022).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou no mesmo sentido: - **“PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO**

RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. BENS JURÍDICOS DIVERSOS E DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTADA A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 2. A majorante do art. 40, IV, da Lei n. 11.343/06, incide nos crimes de tráfico de drogas armado, de objetividade jurídica distinta do crime de porte ilícito de arma de fogo, de modo que o cometimento de delitos que abarcam desígnios autônomos impede o pretendido afastamento do concurso material de crimes. 3. Flagrado o paciente na posse arma de fogo de uso restrito, conduta autônoma ao também constatado delito de tráfico de drogas, correta é a incidência do cúmulo material. [...]” (HC n. 258.996/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 7/6/2016, DJe de 17/6/2016).

Sobre as condições ensejadoras da incidência da majorante prevista no artigo 40, IV, da Lei nº 11.343/06, a reforçar o acerto na decisão da maioria da Turma Julgadora, prelecionam Cleber Masson e Vinícius Marçal, em sua obra Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais: - **“A acentuada reprovabilidade da conduta e o maior perigo causado a uma pessoa física e/ou à coletividade em geral justificam o tratamento penal mais severo. Dentre outras hipóteses, é possível cogitar a incidência da majorante na situação (a) em que o ponto de venda de drogas é vigiado por traficantes armados; (b) em que o traficante ameaça alguém de morte, para que este efetue em**

seu favor o transporte de uma carga de drogas; (c) em que o sujeito usa de violência física contra sua namorada para nela injetar heroína. Sobre a arma de fogo, não basta a sua existência. O tipo penal reclama seu emprego, o qual pode se concretizar mediante o uso efetivo (exemplo: apontar a arma para alguém) ou então pelo porte ostensivo. Exemplificativamente, não incide a causa de aumento da pena quando o agente traz consigo uma pistola .40 no interior de sua mochila, nada obstante esteja vendendo droga a uma determinada pessoa” (op.cit. 3ª Edição, 2022, Rio de Janeiro, Método, p. 213).

Isto posto, não se conhece dos **embargos de declaração**, e rejeitam-se os **embargos infringentes** ajuizados em prol de **Marcos Antônio Gonçalves Bueno**.

MARCO ANTÔNIO PINHEIRO MACHADO COGAN
RELATOR