



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A QUESTÃO DO *BIS IN IDEM* ENTRE O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO  
PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E O CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO

Felipe Cavalcanti Soares

Rio de Janeiro  
2020

FELIPE CAVALCANTI SOARES

A QUESTÃO DO *BIS IN IDEM* ENTRE O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO  
PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E O CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro  
2020

## A QUESTÃO DO *BIS IN IDEM* ENTRE O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E O CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO

Felipe Cavalcanti Soares

Graduado em Direito pela Universidade do Grande Rio Professor José de Souza Herdy. Advogado.

**Resumo** – A correta aplicação da Lei penal interessa a toda sociedade, e não apenas às partes de um processo criminal. Com efeito, há situações em que duas ou mais normas podem ser aplicadas a um mesmo fato delituoso, resultando naquilo que se convencionou chamar de conflito aparente de normas. Esse aparente conflito é verificado, comumente, nos casos de tráfico de drogas em que há incidência da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo. Nesses casos, há divergência sobre a aplicação do princípio da especialidade ou da regra do concurso material de crimes, com severa discussão sobre proporcionalidade. O objetivo deste trabalho, portanto, é analisar cada uma dessas interpretações possíveis e elucidar qual é a norma de regência nesses casos, à luz da proporcionalidade.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Conflito aparente de normas. *Bis in idem*. Princípio da especialidade. Tráfico de drogas. Causa de aumento de pena. Emprego de arma. Porte de arma de fogo.

**Sumário** – Introdução. 1. O conflito aparente de normas penais. 2. A dupla punição nos crimes de tráfico de drogas majorado pelo emprego de arma de fogo e o delito de porte de arma de fogo: uma questão de (des)proporcionalidade. 3. O comportamento da jurisprudência dos tribunais superiores frente aos casos de imputação da causa especial de aumento de pena do art. 40, IV, da Lei de Drogas e do crime de porte de arma de fogo do Estatuto do Desarmamento. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a temática do conflito aparente de normas penais e tem por escopo abordar a questão da dupla punição pelo mesmo fato penal, verificado em situações que envolvem a prática do crime de tráfico de drogas, com pena aumentada pelo emprego de arma de fogo (art. 33, c/c art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06), e o delito de porte de arma de fogo – de uso permitido ou uso restrito (arts. 14 e 16, respectivamente, da Lei nº 10.826/03), o que gera verdadeiro *bis in idem*, em clara violação aos princípios da vedação da dupla punição pelo mesmo fato e da consunção.

Nessa esteira, o primeiro capítulo do trabalho aborda o princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato penal – *ne bis in idem* - e o seu *status* de norma constitucional, haja vista tratar-se de norma prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso,

analisa a previsão da vedação à dupla punição no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Trata, ainda, do conflito aparente de normas, considerado a principal consequência dessa dupla imputação. Discute o seu conceito e princípios ou critérios que foram criados pela doutrina para solucionar esses conflitos, especialmente os princípios da consunção/absorção e o princípio da especialidade.

No segundo capítulo, introduz-se a discussão sobre a dupla imputação pelo mesmo fato e o concurso aparente de normas e a sua relação com os crimes de tráfico de drogas com causa de aumento pelo emprego de arma e o delito autônomo de porte de arma. Debate-se a qual a melhor interpretação e qual dos princípios estudados no capítulo anterior melhor se adequam ao caso, privilegiando a isonomia e a proporcionalidade.

Por fim, o terceiro e último capítulo do artigo traça uma análise a respeito da aplicação do princípio da consunção/absorção na jurisprudência dos tribunais superiores, no que diz respeito à causa de aumento de pena do inciso IV do art. 40 da Lei de Tóxicos e o crime de porte de arma do Estatuto do Desarmamento. Discute-se em quais situações os tribunais reconhecem a existência de crimes autônomos, em concurso material, e as hipóteses em que o porte de arma é considerado crime-meio, de forma a garantir a comercialização do entorpecente.

O presente trabalho desenvolve-se pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o aluno pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o escopo de comprová-las ou refutá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto deste trabalho é necessariamente qualitativa, porquanto o aluno pretende se valer de ampla pesquisa bibliográfica, consulta a artigos científicos disponíveis na internet, além de acesso aos sítios dos tribunais superiores.

## 1. O CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS

O sistema jurídico deve ter, em princípio, unidade e coerência para garantir a efetividade do princípio da segurança jurídica. Um dos princípios reitores do Direito Penal brasileiro é o princípio da vedação da dupla incriminação – *ne bis in idem* –, segundo o qual ninguém deve ser

processado e punido duas vezes pela prática do mesmo fato penal. Segundo Nucci<sup>1</sup>, o referido princípio está implicitamente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada por meio do Decreto nº 678/92<sup>2</sup>, e que ingressa no ordenamento jurídico pátrio por força da regra prevista no art. 5º, §2º, da Constituição Federal<sup>3</sup>.

Segundo Queiroz<sup>4</sup>, a vedação da dupla incriminação também pode ser extraída do art. 14, 7, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, introduzido no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 592/92<sup>5</sup>. Dispõe o art. 14, 7, do Decreto, que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Diante das múltiplas dimensões do princípio em comento, o presente trabalho debruçar-se-á sobre a proibição de que um mesmo fato concreto seja subsumido a mais de uma norma penal, dando azo ao que a doutrina denomina de pluralidade ou conflito aparente de leis. Sobre o tema, Cirino<sup>6</sup> explica que "ao lado da autêntica concorrência material, formal e continuada de fatos puníveis, caracterizada por uma pluralidade real de tipos de injusto, existe uma concorrência aparente de leis penais, caracterizada por uma aparência de pluralidade de tipos de injusto”.

Aprofundando, Prado<sup>7</sup> assevera que o concurso aparente de leis somente ocorre quando presentes dois pressupostos: unidade de fato e pluralidade de normas, ou seja, pelo menos duas normas penais com potencial aplicabilidade ao caso concreto.

Essa potencial aplicabilidade de duas normas distintas faz surgir uma verdadeira situação de antinomia, definida por Ferraz<sup>8</sup> como sendo:

[...] a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 168.

<sup>2</sup> BRASIL. *Decreto nº 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 12. out. 2020.

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12. out. 2020.

<sup>4</sup> QUEIROZ, Paulo. *Ne bis in idem*. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/ne-bis-in-idem>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>5</sup> BRASIL. *Decreto nº 592*, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>6</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 411.

<sup>7</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.217.

<sup>8</sup> FERRAZ apud DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19.

É o que ocorre com o caso objeto deste estudo, que analisará o conflito aparente verificado quando ao agente é imputada a causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, nos crimes de tráfico (art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06<sup>9</sup>) e o crime de porte de arma de fogo do Estatuto do Desarmamento (artigos 14 e 16 da Lei nº 10.826/03<sup>10</sup>). Ou seja, o agente acaba sendo duplamente processado pelo mesmo fato.

Contudo, é preciso deixar claro que a antinomia gerada pelo cenário de pluralidade de leis penais possivelmente aplicáveis a determinado caso concreto é tão somente aparente, pois como ensina Bitencourt<sup>11</sup>:

Evidentemente que não se trata de conflito efetivo de normas, sob pena de o Direito Penal deixar de constituir um sistema, ordenado e harmônico, onde suas normas se apresentam entre si em relação de dependência e hierarquia, permitindo a aplicação de uma só lei ao caso concreto, excluindo ou absorvendo as demais.

No mesmo sentido, Prado<sup>12</sup> assevera que “não há verdadeiramente concurso ou conflito, mas tão somente *aparência* de concurso, visto que existe transgressão real de apenas uma lei penal, o que dá lugar também a um único delito”.

Jescheck<sup>13</sup>, por seu turno, critica a terminologia concurso de normas, entendendo se tratar de uma designação equivocada, preferindo referir-se ao fenômeno como unidade de leis, eis que somente uma das normas em questão, a lei primária, será aplicada, afastando-se a chamada lei deslocada em razão da adoção das técnicas de hermenêutica.

Em atenção ao princípio da vedação da dupla incriminação – *ne bis in idem* -, a doutrina desenvolveu alguns critérios ou princípios que ajudam o operador do direito a solucionar a antinomia aparente. Com isso, garante-se a aplicação de apenas uma norma penal ao caso concreto, afastando-se as demais.

---

<sup>9</sup> BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>10</sup> BRASIL. *Lei nº 10.826*, de 22 de novembro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 247.

<sup>12</sup> PRADO, op. cit., p.216.

<sup>13</sup> JESCHECK apud BITENCOURT, op. cit., p. 247.

Dentre os critérios utilizados para equacionar a pluralidade aparente de leis penais, destaca-se o princípio da especialidade, segundo o qual, na lição de Prado<sup>14</sup>, “a lei especial derroga, para o caso concreto, a lei geral”.

Em igual sentido, Bitencourt<sup>15</sup> muito bem observa que:

[...] o princípio da especialidade evita o *bis in idem*, determinando a prevalência da norma especial em comparação com a geral, e pode ser estabelecido *in abstracto*, enquanto os outros princípios exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o mesmo fato.

Todavia, não é o princípio da especialidade que melhor se adequa à solução do caso analisado no presente trabalho de pesquisa, sendo necessário recorrer ao princípio da consunção ou absorção. Na lição de Prado<sup>16</sup>, “pelo critério, princípio ou relação de consunção, determinado crime é fase de realização de outro ou é uma regular forma de transição para o último – delito progressivo”.

Por outro ângulo, Bitencourt<sup>17</sup> observa que “Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime”.

No capítulo seguinte do trabalho demonstraremos a relação de consunção que existe entre os crimes de porte de arma de fogo e a causa especial de aumento de pena para os crimes de tráfico de drogas, as circunstâncias devem ser aplicadas a regra do concurso material de crimes, e em que situação deve ser reconhecida a absorção de um pelo outro.

## 2. A DUPLA PUNIÇÃO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E O DELITO DE PORTE DE ARMA DE FOGO: UMA QUESTÃO DE (DES) PROPORCIONALIDADE

No dia a dia forense, é comum nos depararmos com a situação do sujeito que é preso portando drogas e arma de fogo, e, quando da acusação formal perante o Estado-Juiz, se vê denunciado pelos crimes de tráfico de drogas, com causa de aumento pelo emprego de arma de

---

<sup>14</sup> PRADO, op. cit., p. 219.

<sup>15</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 248.

<sup>16</sup> PRADO, op. cit., p. 220.

<sup>17</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 249.

fogo (art. 33, c/c art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06<sup>18</sup>) em concurso material com porte de arma de fogo (art. 16, Lei nº 10.826/03<sup>19</sup>). Ou seja, há uma dupla acusação pelo mesmo fato, qual seja, o porte de arma de fogo.

Essa situação acarreta na fixação de penas demasiadamente longas, o que acaba gerando um impacto social severo, à medida em que, quanto mais tempo uma pessoa permanece custodiada em presídios, maior é o gasto do Estado com a manutenção do preso.

Como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, há um conflito de normas que é tão somente aparente, uma vez que o sistema jurídico fora concebido para proporcionar harmonia e coerência entre as diversas normas dos mais variados diplomas. Diante de casos de antinomia, a doutrina elaborou critérios ou princípios que apontam a solução para este eventual conflito.

Nesse contexto, é preciso diferenciar a situação na qual incide a regra do concurso material entre as mencionadas figuras delitivas daquela em que incidirá o princípio da consunção, de modo a evitar o “*bis in idem*”. Essa distinção se revela importante, à medida em que impacta sobremaneira na fixação da pena.

Sim, há um severo agravamento da pena imposta caso seja reconhecido o concurso material de crimes, previsto no art. 69 do Código Penal<sup>20</sup>. Segundo o dispositivo, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.

Esse recrudescimento da sanção penal se deve ao sistema do cúmulo material, adotado pelo CP<sup>21</sup>, no qual há um somatório das penas dos diversos delitos cometidos. Segundo Busato<sup>22</sup>, “a grande crítica que se faz a esse sistema é a possibilidade de se chegar a uma pena demasiado longa, desproporcional, em evidentes prejuízos que pode causar a dessocialização própria do cárcere”.

A título de curiosidade, se for reconhecido o concurso material entre o crime de tráfico de drogas majorado pelo emprego de arma e o delito de porte de arma de fogo, a pena mínima será de 8 (oito) anos; de outra banda, se for reconhecida a absorção do crime de porte de arma

---

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>20</sup> BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 20.

<sup>22</sup> BUSATO, Paulo César. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas. 2020, p. 1278.

pela causa especial de aumento de pena, a reprimenda será fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses, no mínimo, o que seria demasiadamente prejudicial ao réu.

Para melhor compreender a aplicação de uma ou outra regra, cumpre traçar uma comparação entre os tipos penais analisados no presente capítulo. Eis a redação do art. 40, inciso IV, da Lei de Tóxicos<sup>23</sup>: “As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] o crime tiver sido cometido com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva”.

A seguir, transcreve-se a redação do art. 16 do Estatuto do Desarmamento<sup>24</sup>:

Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pela leitura dos dispositivos, verifica-se que a causa especial de aumento de pena da Lei de Tóxicos<sup>25</sup> reclama o efetivo emprego de arma de fogo na traficância da droga, como forma de facilitar a empreitada criminosa. Nesse sentido, Brasileiro<sup>26</sup> ensina que:

[...] à primeira vista, pode parecer estranho que um crime de tráfico de drogas, cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública, seja praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva. Todavia, por força dessa cláusula final constante do art. 40, IV, da Lei de Drogas, depreende-se que a violência, a grave ameaça e arma de fogo são utilizadas pelos traficantes com o objetivo de atingir seus objetivos, intimidando um grupo indeterminado de pessoas ou uma coletividade determinada [...].

Por outro lado, Brasileiro<sup>27</sup> leciona que, na conduta de portar arma de fogo, prevista no *caput* do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, não é necessário que o agente mantenha o objeto em suas mãos, bastando, tão somente, que o artefato esteja ao seu alcance, em condições de pronto uso.

Traçada a diferença, é possível perceber que, adotada uma interpretação puramente literal dos dispositivos, a absorção do crime de porte de arma de fogo pelo delito de tráfico de entorpecentes, em detrimento do concurso material, ocorrerá apenas quando o uso da arma estiver

---

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

<sup>24</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

<sup>26</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.100.

<sup>27</sup> *Ibid.*

diretamente ligado ao comércio ilícito de drogas, isto é, como forma de intimidação difusa ou coletiva, como preconiza o inciso IV do art. 40 da Lei nº 11.343/06.

Essa interpretação vai de encontro à tese defendida por Araújo<sup>28</sup> - ponto de vista que endossa esta pesquisa - para quem “a interpretação literal do verbo empregar viola o princípio da proporcionalidade a marteladas”. Isso porque a situação instalaria um verdadeiro paradoxo, em que o traficante que mantém a arma em depósito, ou próxima de si, em condições de pronto uso, estará sujeito a pena maior que aquele que efetivamente emprega a arma de fogo na traficância ilícita de drogas<sup>29</sup>.

Estefam<sup>30</sup> preconiza que,

[...] em sua concepção originária, a proporcionalidade fora “concebida como limite ao poder estatal em face da esfera individual dos particulares; tratava-se de estabelecer uma relação de equilíbrio entre o “meio” e o “fim”, ou seja, entre o objetivo que a norma procurava alcançar e os meios dos quais ela se valia.

Prado<sup>31</sup> assevera que a proporcionalidade “impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo a legitimidade destes últimos [...]”.

Sarlet<sup>32</sup>, por sua vez, reconhece que há:

[...] uma dupla face do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção.

Verifica-se, pela análise de Sarlet<sup>33</sup>, que o princípio da proporcionalidade possui como dimensões a vedação da proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente. Sobre a proibição da proteção deficiente, Schlink<sup>34</sup> ensina que “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada

---

<sup>28</sup> ARAÚJO, Vinicius Marcondes de. *Conflito Aparente de Normas Art. 40, IV, da Lei 11.343 e o Estatuto do Desarmamento*. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista47/Revista47\\_124.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_124.pdf)> Acesso em: 01 set. 2020.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> ESTEFAN, André. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 199.

<sup>31</sup> PRADO, op. cit., p. 139.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 236.

<sup>33</sup> Ibid., p. 237-238.

<sup>34</sup> SCHLINK apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 335.

e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito”.

Em outra perspectiva, Prado<sup>35</sup> observa que: “o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso”.

Concluindo, Molina<sup>36</sup> registra que “o mandato de proporcionalidade implica um juízo lógico ou ponderação que compara, valorativamente, a gravidade do fato antijurídico e a gravidade da pena, a entidade do injusto e a de sua punição”.

Conforme será visto no próximo capítulo, tem prevalecido nos tribunais superiores a interpretação literal do verbo “empregar”, de modo que a absorção do crime de porte de arma do Estatuto do Desarmamento<sup>37</sup> está limitada aos casos em que o agente emprega efetivamente a arma de fogo, com a finalidade de intimidação coletiva.

### 3. O COMPORTAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES FRENTE AOS CASOS DE IMPUTAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, IV, DA LEI DE DROGAS E DO CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

O capítulo anterior analisou o núcleo de cada um dos tipos penais que interessam a este trabalho e destrinchou o princípio da proporcionalidade e seus aspectos. Este capítulo, por sua vez, se debruça sobre o tratamento dado pelos tribunais superiores ao tema objeto do estudo, sem olvidar que a adoção de uma interpretação literal das condutas de empregar e portar arma de fogo conduz a uma evidente desproporcionalidade na aplicação da pena.

Uma das interpretações possíveis é a que privilegia o princípio da especialidade, em detrimento da absorção. Assim, ao acusado que fosse preso traficando drogas e portando arma de fogo seria aplicada a causa de aumento do inciso IV do art. 40 da Lei de Drogas<sup>38</sup>, afastando-se o concurso de crimes, uma vez que a pretensa lei traz regra que se apresenta especial em relação à norma geral que trata da posse e porte de armas de fogo.

---

<sup>35</sup> PRADO, op. cit., p. 141.

<sup>36</sup> MOLINA apud PRADO, op. cit., p. 141.

<sup>37</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

<sup>38</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

Com isso, o verbo empregar seria interpretado extensivamente para abarcar as condutas de portar, possuir, ter em depósito, etc.

Todavia, não é essa a orientação que prevalece na jurisprudência dos tribunais superiores. À guisa de exemplo, cite-se passagem do voto do Ministro Rogério Schietti Cruz<sup>39</sup>, que concluiu pela incidência da regra do concurso material, por entender se tratarem de crimes autônomos:

[...] não há como aplicar-se a causa especial de aumento de pena prevista no inciso VI do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006 em substituição à condenação pelo crime do artigo 16 da Lei n. 10.826/2003, quando verificado que o delito de tráfico de drogas não foi praticado com o emprego de arma de fogo (caso em que incidiria a majorante em questão), visto que a arma apreendida não estava sendo utilizada como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do narcotráfico.

Ao que parece, a interpretação construída pelo STJ exige que a intimidação difusa ou coletiva seja expressa, inequívoca, com o que não concorda esta pesquisa. Ora, não há qualquer dúvida de que uma arma de fogo, mesmo não empregada de modo efetivo, serve à garantia do sucesso da traficância.

Da mesma maneira entendeu o Min. Marco Aurélio Bellizze<sup>40</sup>, para quem:

[...] a absorção do crime de porte ou posse de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, tratando-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexó finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico.

Em igual sentido concluiu o Ministro Luiz Fux<sup>41</sup>, segundo o qual:

[...] não há como alterar a condenação pela conduta prevista no art. 16, da Lei nº 10.826/03, para a causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06. Isso porque as instâncias ordinárias – soberanas na análise do contexto fático-probatório no caso – concluíram que o Paciente não utilizava a arma

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 261601*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24829802/habeas-corporus-hc-261601-rj-2012-0266104-0-stj/inteiro-teor-24829803>>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 182359*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16108840/habeas-corporus-hc-182359>>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 116176*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24117315/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-116176-es-stf/inteiro-teor-111868878>>. Acesso em: 15 set. 2020.

especificamente para auxiliá-lo no exercício da traficância, intimidando possíveis delatores ou usuários, por exemplo, mas praticou delito autônomo.

No caso em que o agente efetivamente emprega a arma de fogo durante a comercialização da droga, parece que não há maiores problemas, dado que a conduta se amolda perfeitamente à causa de aumento de pena prevista no inciso IV do art. 40 da Lei de Drogas<sup>42</sup>. A questão muda de figura quando se depara com o caso do sujeito que comercializa a droga com sua arma de fogo na cintura, escondida por debaixo da blusa.

Nessa hipótese, ao agente serão imputados os dois crimes em concurso material, fazendo com que sua pena seja fixada em patamar substancialmente mais elevado do que se adotado interpretação diversa, em que pese sua conduta seja menos grave e tenha uma reprovabilidade social menor.

Diante de tal cenário, tem razão Araújo<sup>43</sup>, segundo o qual a solução para o problema está em ampliar a interpretação da expressão “emprego de arma de fogo” prevista no inciso IV do art. 40 da Lei de Tóxicos<sup>44</sup>, a fim de abarcar a situação daquele que comercializa o entorpecente e tem uma arma de fogo ao seu pronto alcance, como acontece na grande maioria dos locais de venda de droga, onde a arma de fogo, a exemplo do que ocorre no Rio de Janeiro, é utilizada geralmente em casos de incursão policial, invasão de quadrilhas rivais, etc.

Isso se deve ao fato de que, ainda que não utilizadas de maneira efetiva e expressa, não há qualquer dúvida que as armas de fogo de que se valem os traficantes se prestam não só a garantir a livre comercialização dos entorpecentes, mas também como meio de assegurar o domínio de território, ou seja, são empregadas para o sucesso da atividade criminosa de uma maneira geral.

O que se propõe, portanto, é que a esses casos seja aplicado o princípio da especialidade, pouco importando se o tráfico foi cometido com uso efetivo ou velado de arma de fogo, de modo a garantir tratamento isonômico e proporcional a casos semelhantes, uma vez que o regramento das armas de fogo no contexto do tráfico de drogas é especial em relação ao Estatuto do Desarmamento<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

<sup>43</sup> ARAÚJO, op. cit., nota 28

<sup>44</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

<sup>45</sup> BRASIL, op. cit., nota 10.

Entendimento semelhante – aplicação do princípio da especialidade – é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quando se trata de tráfico de drogas que envolva a participação de criança ou adolescente. Nesses casos, o STJ tem aplicado a regra da especialidade da Lei de Drogas<sup>46</sup> para afastar o crime de corrupção de menores, previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>47</sup>

A guisa de curiosidade, transcreve-se trecho do voto do Ministro Sebastião Reis Júnior<sup>48</sup>, relator do Recurso Especial nº 1.622.781:

[...] contudo, entendo não ser possível a dupla imputação, qual seja, a condenação por tráfico com aumento de pena e a condenação por corrupção de menores, uma vez que o agente estaria sendo punido duplamente por conta de uma mesma circunstância, qual seja, a corrupção de menores (...) penso que a solução deve ser encontrada no princípio da especialidade, sendo assim, se a hipótese versar sobre concurso de agentes envolvendo menor de dezoito anos com a prática de qualquer dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, afigura-se juridicamente correta a imputação do delito em questão, com a causa de aumento do art. 40, VI. [...]

Certamente, não é essa a orientação que prevalece nos tribunais estaduais e nos tribunais superiores, que, como visto, somente reconhecem a especialidade da causa de aumento do emprego de arma de fogo, em detrimento do concurso material, quando a arma é utilizada para garantir o sucesso da atividade ilícita.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho debruçou-se sobre uma antiga divergência quanto à correta aplicação da lei penal no que diz respeito a dois crimes que são, basicamente, os carros-chefes dos juízos criminais de todo o país, quais sejam, o crime de tráfico de drogas, com causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, e o crime de porte de arma de fogo.

Verificou-se que a ausência de proporcionalidade na interpretação construída pelos tribunais superiores conduz ao estabelecimento de uma pena mais grave àquele que, por exemplo, não ostentava sua arma de fogo durante a comercialização da droga, mas a tinha por perto, em

---

<sup>46</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

<sup>47</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.666.781*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863289947/recurso-especial-resp-1622781-mt-2016-0226752-0/inteiro-teor-863289957?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 out. 2020.

condições de pronto uso, em comparação àquele que efetivamente emprega a arma na atividade criminosa, e, em consequência, oferece mais riscos à sociedade.

Destacou-se que essa contradição hermenêutica acarreta na dupla imputação – *bis in idem* - pelo mesmo fato, o que é vedado pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592 de 1992, o que resulta na fixação de penas privativas de liberdade demasiadamente longas e gera severos impactos sociais.

Demonstrou-se a falta de critérios do STJ na aplicação do princípio da especialidade, que o reconhece quando se trata de corrupção de menores, mas o afasta quando há o porte de arma de fogo, gerando uma sanção penal maior. Ao que parece, a distinção de tratamento em casos juridicamente semelhantes revela a escolha por um tratamento mais duro ao traficante, visto cada vez mais como um terrorista aos olhos da sociedade.

Desse modo, conclui-se que o mais adequado seria ampliar a interpretação da causa de aumento de pena do inciso IV do art. 40 da Lei 11.343/06, de modo a abranger não apenas aquele que efetivamente emprega a arma de fogo na atividade criminosa, mas também aquele que a porta de modo não ostensivo, fazendo incidir o princípio/regra da especialidade, uma vez que a referida majorante, prevista na Lei de Drogas, revela-se especial em relação ao Estatuto do Desarmamento, que é a norma geral sobre os crimes que envolvem porte de arma.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vinícius Marcondes de. *Conflito Aparente de Normas Art. 40, IV, da Lei 11.343 e o Estatuto do Desarmamento*. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16041887.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 30 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Decreto n° 678*, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm)>. Acesso em: 01 out. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei n° 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 01 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 261601*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24829802/habeas-corpus-hc-261601-rj-2012-0266104-0-stj/inteiro-teor-24829803>>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 182359*. Relator: Ministro Marco Aurelio Bellizze. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16108840/habeas-corpus-hc-182359>>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.666.781*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863289947/recurso-especial-resp-1622781-mt-2016-0226752-0/inteiro-teor-863289957?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 116176*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24117315/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-116176-es-stf/inteiro-teor-111868878>>. Acesso em: 15 set. 2020.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. V. 1. São Paulo: Atlas, 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ESTEFAM, André. *Direito Penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 1. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. *Ne bis in idem*. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/ne-bis-in-idem/>>. Acesso em: 04 out. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.