

**Receptação qualificada - Crime próprio -
Art. 180, § 1º, do Código Penal - Princípios
da razoabilidade e da proporcionalidade -
Inconstitucionalidade não caracterizada -
Tentativa - Desclassificação do crime -
Impossibilidade - Autoria - Materialidade -
Dolo eventual - Valoração da prova - Condenação**

Ementa: Receptação qualificada. Suposta ausência de provas. Forma tentada e desclassificação para a modalidade culposa. Impossibilidade. Condição de comerciante. Definição legal. Inconstitucionalidade por lesão aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Inexistência.

- Patente que o réu, na qualidade de microempresário da construção civil, adquiriu, pelo menos, duas das três partidas de produtos vegetais de origem ilícita, encontradas, em parte, em sua residência, confessando que os bens foram oferecidos em condições anormais e por preço abaixo do valor de mercado, impossível a aplicação da forma tentada do crime ou sua desclassificação para a modalidade culposa, porque patente o dolo eventual, menos ainda se pode desqualificar o delito para a forma simples pela ausência de prova da condição de comerciante, já que a atividade empresarial é definida atualmente no art. 966 do Código Civil, que adotou a "Teoria da Empresa" como delimitadora da atividade comercial, substituindo a antiga conceituação dos atos do comércio como elemento qualificador da atividade do comerciante, de modo que o só exercício de atividade profissional economicamente organizada dirigida à construção civil, mesmo que no formato de microempresário, não pode ser desqualificada como atividade comercial própria, expondo, inteiramente, a realização do tipo penal de receptação qualificada, cuja inconstitucionalidade por lesão aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade inexistente, mesmo porque não pode a

razoabilidade ser utilizada como pretexto para o Poder Judiciário corrigir lei, muito menos tem o Poder Judiciário como se imiscuir em políticas legislativas.

Recurso a que se nega provimento.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0433.05.150180-0/001 -
Comarca de Montes Claros - Apelante: Armando
Madureira de Aquino - Apelado: Ministério Público do
Estado de Minas Gerais - Relator: Des. JUDIMAR BIBER**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de julho de 2008. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Armando Madureira de Aquino contra a sentença de f. 193/207, que julgou procedente a denúncia e o condenou como incurso nas sanções do art. 180, § 1º, do Código Penal, impondo-lhe a pena de 3 (três) anos de reclusão em regime aberto e condenando-o a pagar 36 (trinta e seis) dias-multa, sendo o valor do dia-multa fixado à razão de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviço à comunidade e limitação de fim de semana.

Em suas razões recursais de f. 258/281, requer sua absolvição, pois não haveria provas suficientes para a condenação. Requer, ainda, que, caso seja mantida a condenação, haja a desclassificação para o delito do art. 180, *caput*, do Código Penal. Por fim, o réu requer o benefício legal contido no art. 155, § 2º, do Código Penal.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado às f. 285/290.

Nesta instância revisora, f. 294/296, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não-provimento do recurso aviado pela defesa.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Segundo narra a denúncia:

[...] Conforme consta dos inclusos autos de inquérito policial, detetives da polícia civil de Montes Claros/MG, adrede avisados pela vítima Charles de Araújo Medeiros de que os quatro primeiros denunciados vinham efetuando subtração

de madeiras na fazenda de sua propriedade, denominada Chapadão do Bugre, situada nas margens da BR 365, altura do km 26, zona rural deste Município e Comarca de Montes Claros/MG, e que resolveram manter campana nas imediações da referida rodovia, o que ocorreu no dia 27.03.05, oportunidade em que, por volta das 03h30, abordaram um caminhão carregado de eucaliptos que saíra da propriedade rural mencionada.

Ao procederem ao exame da carga, constataram os policiais tratar-se de 29 (vinte e nove) dúzias de toras de eucalipto, de aproximadamente 4 m (quatro metros) cada uma, madeira esta que acabara de ser subtraída da fazenda da vítima, tendo sido apurado que esta já era a terceira vez em dois meses que os denunciados haviam feito a subtração, sempre no período da madrugada para não levantar suspeitas.

Restou apurado, finalmente, que a madeira subtraída da propriedade rural da vítima foi vendida para o quinto denunciado, que, na qualidade de comerciante do ramo madeireiro, a adquiriu mesmo sabendo da sua origem ilícita, sendo este também o destino que seria dado à carga apreendida pelos policiais civis [...].

A materialidade do delito encontra-se devidamente consubstanciada pelo auto de apreensão de f. 16, bem como pelo laudo de avaliação de f. 54/55.

A autoria, por seu turno, também não consente dúvidas.

Pretende a defesa a absolvição do réu ao argumento de que as provas produzidas seriam insuficientes, sustentando que o réu não sabia da origem ilícita da madeira apreendida, pugnando, ademais, pela desclassificação para a forma tentada do crime.

Do que se colhe das provas produzidas, o réu, ouvido perante a autoridade policial (f. 50), confessou ter adquirido as 20 (vinte) dúzias de madeira que foram encontradas no quintal de sua residência pela quantia de R\$ 980,00, negando, no entanto, que o outro carregamento de madeira apreendido teria sido encomendado ao alienante:

[...] que o declarante ficou conhecendo a pessoa de nome Nilson Simão Lopes há cerca de um mês, quando então o Sr. Nilson ofereceu ao declarante madeiras que estavam à venda; que o Sr. Nilson disse que se tratava de eucalipto e que servia para o serviço de 'escora de laje'; que o declarante é mestre-de-obras e, por isso, sempre está precisando desse tipo de madeira; que, por uma única vez, o declarante comprou nas mãos do Sr. Nilson a quantidade de 20 (vinte) dúzias de 'toras de escora' (eucalipto), pagando o preço de R\$ 980,00 (novecentos e oitenta reais); que o próprio Sr. Nilson, juntamente com um desconhecido do declarante, foi entregar o produto; que a madeira foi descarregada na casa do declarante, local onde comumente o declarante costuma fazer de depósito das madeiras que irá utilizar nas construções; que as 20 (vinte) dúzias de eucalipto se encontram na casa do declarante, não tendo sido utilizada nenhuma 'peça'; que o declarante não tomou conhecimento da procedência da madeira, ou seja, de onde os eucaliptos estavam sendo retirados; que o declarante não conhece Charles de Araújo Medeiros, constando como vítima nestes autos; que deseja esclarecer que as 20 (vinte) dúzias que adquiriu do Sr. Nilson se encontram na casa do declarante à

disposição da polícia para apreensão; que não conhece as pessoas de nomes Fernando Ruas de Aguiar, Wilson Silva Aguiar e Reinaldo Moraes de Souza; que, quanto às madeiras apreendidas no dia 27.03.05, o declarante não iria comprá-las, não sabendo a origem nem o destino que seria dado às mesmas; que somente tomou conhecimento dos fatos, melhor dizendo, da prisão de Nilson, porque estava viajando, e, quando chegou, ficou sabendo que os policiais haviam estado em sua residência com intuito de esclarecer os fatos, de que o declarante seria um suposto receptor de madeiras produto de furto; [...].

Em juízo (f. 81/82), o réu sustentou a mesma versão; no entanto, asseverou não ter achado estranho que o co-réu, na qualidade de carroceiro, tivesse à venda 20 (vinte) dúzias de madeiras por um preço equivalente a pouco mais da metade do valor de mercado, nem tampouco se preocupou em pegar a nota fiscal do produto:

[...] que, realmente, comprou vinte dúzias, ou seja, duzentas e quarenta estacas de eucalipto de três ou quatro metros de comprimento e dez a doze centímetros de diâmetro; que pagou quarenta e nove reais a dúzia, ou seja, pagou um total de novecentos e oitenta reais como consta no recibo de f. 32; que cada peça custou um pouco mais de quatro reais; perguntado por que no mercado de ontem o preço era de R\$ 8,50 por peça de 2,20 metros de comprimento e diâmetro de dez ou doze centímetros, enquanto o interrogando conseguiu comprar peças maiores por menos da metade do preço, ele respondeu: 'o que eu tenho a dizer é que na madeireira eu consigo comprar por sessenta reais a dúzia'; que não tinha encomendado para o réu Nilson madeira que foi apreendida na noite dos fatos; que conheceu o réu fazendo fretes com uma carroça e depois ele disse que tinha essa madeira para vender; que não chegou a perguntar a Nilson se tinha nota fiscal da compra dessa madeira; que não achou estranho o carroceiro ter vinte dúzias de eucaliptos para vender [...].

A vítima, ao ser ouvida no calor dos acontecimentos (f. 09), informou à autoridade policial ter visto madeiras idênticas às furtadas em sua propriedade no quintal da casa do réu, ao afirmar:

[...] que o declarante e a pessoa de Nilson Reis são proprietários da Fazenda de Reflorestamento de Eucalipto denominada Chapadão do Bugre, localizada às margens da BR 365, km 26, deste Município; que, há aproximadamente um ano e meio, o declarante e seu sócio Nilson Reis vêm sendo vítima de invasão de propriedade e, ao mesmo tempo, de furto de madeira de eucalipto, embora tenham renovado as cercas, próximo à BR-365, colocado postes mais resistentes e cancelas com cadeados, mas não está sendo o suficiente para conter as investidas de autores de invasões e furtos; que, umas duas vezes, o declarante acionou policiais militares, que estiveram no local acima descrito e efetuaram a prisão de alguns autores, trazendo-os para esta delegacia de plantão, mas não foram autuados em flagrante delito pela autoridade que se encontrava de plantão; que, ontem, por volta das 10h, o declarante tomou conhecimento através do Sr. Geraldo Anael dos Reis, testemunha dos autos, de que teria sido contratado pelo conduzido Nilson Simão Lopes e outros para efetuar o transporte, nesta madrugada, de

madeira de eucalipto, da propriedade do declarante, até a Vila Atlântica nesta cidade; que o declarante achou por bem acionar os detetives Emerson Mota Rocha e Paulo César Lopes da Silva, lotados nesta 8ª DRPC, para, em conjunto com o declarante, fazer uma campanha, visando prender em flagrante o conduzido Nilson Simão Lopes e outros; que, hoje, por volta das 03h30, os detetives acima descritos, em companhia do declarante, abordaram o caminhão de placa GMM-2223, conduzido pela testemunha Geraldo Anael dos Reis, nas proximidades do Parque Municipal, desta cidade, sendo abordados, além do conduzido Nilson, os conduzidos Fernando Ruas de Aguiar, Wilson Silva Aguiar e Reinaldo Moraes de Souza, os quais também confessaram a participação no furto e foram presos em flagrante delito pelos detetives Emerson e Paulo César e trazidos para esta delegacia de plantão, sendo apresentados a esta autoridade policial, que ratificou a voz de prisão em flagrante delito; que o declarante tem conhecimento de que, além da testemunha Geraldo Anael dos Reis, que já transportou três caminhões de madeira para os conduzidos, ainda há também outros motoristas que têm prestado serviços, transportando madeira em outros caminhões para os citados conduzidos; que o declarante constatou que já foram desmatados aproximadamente 200 hectares, totalizando 220.000 pés de eucaliptos; que o declarante tomou conhecimento através de Geraldo Anel dos Reis de que um dos receptadores é a pessoa de Armando de tal, morador da Vila Atlântica, de forma que o declarante esteve em frente ao lote do lado da casa do receptor e, olhando por cima do muro, deu para constatar que há madeira estocada naquele local e que é idêntica à que está sendo furtada em sua fazenda; que o declarante já esteve junto à polícia florestal e de meio ambiente nesta cidade, esclarecendo sobre o furto de madeira de eucalipto de que está sendo vítima e, ao mesmo tempo, sugerindo que fossem fiscalizadas as casas de materiais de construções, padarias e cerâmicas desta cidade, visto que são as maiores consumidoras, visando encontrar alguma madeira produto de furto; [...].

O motorista do caminhão, fretado por Nilson para transporte da madeira subtraída da fazenda da vítima, afirmou que, por mais de uma vez, tinha realizado o transporte de madeira e depositado o produto no quintal da residência de Armando (f. 07). Se não, vejamos:

[...] que o depoente, há aproximadamente uns quarenta e cinco dias, vem fazendo o transporte fretado de madeira de eucalipto para a pessoa do conduzido Nilson e de outros conduzidos, pelo valor de R\$ 150,00; que esta é a terceira carga de madeira que o depoente está transportando para o conduzido Nilson e outros da Fazenda Chapadão do Bugre, localizada às margens da BR-365, km 26 deste Município, até a Vila Atlântica, nesta cidade, onde está sendo vendida para a pessoa de Armando de tal; que deposita a madeira no depósito ao lado de sua casa; que, nesta madrugada, por volta das 3h30, além do conduzido Nilson Simão Lopes, também estavam participando do furto os conduzidos Fernando Ruas de Aguiar, Nilson Silva Aguiar, irmão do conduzido Fernando, e Reinaldo Moraes de Souza; que o depoente algumas vezes questionou o conduzido Nilson sobre a legalidade das cargas de madeira e se este tinha alguma nota fiscal de compra da referida madeira, tendo o conduzido respondido para o depoente que a referida madeira era doada pelo encarregado da Fazenda do Bugre, conhecido por Juarez de tal; que o depoente andou questio-

nando o conduzido Nilson e os outros conduzidos sobre a legalidade da madeira, visto que, normalmente, o mesmo era convidado para fazer o frete sempre à noite, levando-o a acreditar que tinha algo de errado; [...].

Finalmente, as declarações de Nilson Simão (f. 10), de que já teria vendido outras partes de madeira ao réu, não deixam dúvida de que a condenação não derivou do fato alardeado pela defesa, mas da prova de que em outras duas oportunidades o réu teria adquirido o produto das mãos daquele que realizou a subtração ilícita. Se não, vejamos:

[...] que o declarante, há mais de dois meses, vem furtando madeira de eucalipto de uma fazenda denominada Chapadão do Bugre, situada no km 25, da BR-365; que o declarante já contratou o serviço de frente do Sr. Geraldo de tal por três vezes, sendo utilizado o caminhão Mercedes-Benz 1113, placa GMM-2223; que, de uma outra feita, se fazia também presente a pessoa de Fernando Ruas de Aguiar; que, nesta madrugada, se encontravam, juntamente com o declarante, as pessoas dos conduzidos Fernando Ruas de Aguiar, Wilson Silva Aguiar e Reinaldo Moraes de Souza, os quais ajudaram o declarante a furtar a madeira, retirando-as e, ao mesmo tempo, carregando o caminhão; que toda madeira que o declarante e seus comparsas furtaram na Fazenda Chapadão do Bugre foi vendida para a pessoa de Armando de tal, residente na Vila Atlântica, sendo que cada dúzia de madeira era vendida a R\$ 22,00; que o declarante acredita que nesta madrugada estava trazendo vinte e poucas dúzias de madeira em cima do caminhão, visto que, no momento em que estava carregando, não chegou a contar a quantidade de toras que tinham 4 metros de tamanho, aproximadamente; [...].

A jogar uma pá de cal sobre os argumentos da defesa em relação à modalidade tentada do crime está a comunicação de serviço (f. 28), em que os detetives responsáveis pela investigação ressaltaram existir, na residência do réu, quinze dúzias da madeira, as quais fazem parte de uma carga comprada dias atrás pelo apelante. Vejamos:

[...] Comparecemos à Rua Novo Milênio, 81, Vila Atlântica, nesta cidade, residência de Armando Madureira de Aquino, filho de Belarmino Ferreira de Aquino e Deraldina Madureira de Aquino, nascido em Japonvã, com aproximadamente quarenta anos de idade, qualificação obtida através de uma tia do Armando, uma vez que o mesmo não estava na residência, o qual, segundo o que apuramos, seria o receptor do produto dos furtos ocorridos na Fazenda Chapadão do Bugre, de propriedade da vítima supracitada. Outrossim, existem, na residência do suposto receptor, aproximadamente quinze dúzias da citada madeira, as quais fazem parte de uma carga comprada dias atrás dos autores.

É de destacar, por oportuno, que a dedução, de que o delito deveria ser chancelado na forma tentada, não tem qualquer sustentação lógica, com todo o respeito que mereça a ilustre defesa, porque o que vejo da dedução é que os argumentos parecem esquecer

que, além do carregamento apreendido nas mãos dos demais denunciados em plena situação de flagrância, o próprio réu confessou ter adquirido o produto vegetal que foi subtraído em três oportunidades distintas, conforme narrado na denúncia, e que parte do material acabou sendo encontrado no quintal de sua residência, o que expõe a completa impossibilidade da desclassificação para a forma tentada pretendida.

Logo, malgrado não haja real prova de que a terceira remessa apreendida tivesse por destinatário o réu, patentes, nos autos, duas outras aquisições de bens de origem ilícita.

Pretende a defesa que se leve em conta o recibo de f. 36 como documento a desqualificar o conhecimento da condição ilícita do bem pelo só valor da operação, mormente quando a perícia realizada suporte preço inferior ao da aquisição representada pelo documento.

Em que pesem as ponderações da defesa, a cópia do recibo trazida à f. 36 levanta sérias dúvidas a respeito da legitimidade do valor ali consignado em função das coesas declarações prestadas pelo alienante, que, em ambas as fases processuais, afirma ter realizado a venda por valor absolutamente incompatível com aquele indicado no documento, além de os caracteres datiloscópicos sugerirem, a olhos vistos, a inidoneidade da assinatura ali lançada como sendo do vendedor, o que exporia a impossibilidade de adoção do documento como prova irrefutável, criando uma condição duvidosa a afastar o seu conteúdo.

E a dúvida parece se resolver pelo fato de o laudo de avaliação do material apreendido indicar o preço normal de mercado de madeira similar à apreendida em valor muitíssimo inferior àquele indicado pelo próprio conteúdo do recibo como sendo de R\$ 49,00 a dúzia, quando o real preço de mercado do produto girava em R\$ 30,00 a dúzia segundo o laudo, embora o alienante afirme que realizou o negócio pelo valor de R\$ 22,00, pondo às claras a imprópria validação daquele documento como prova a afastar as condições típicas do crime a que foi condenado.

A prova é consistente com as declarações prestadas pelo alienante e o motorista do caminhão, mormente porque a pretensão da defesa é desqualificar a condição de receptor do réu pela só indicação do valor contido na perícia em comparação com o valor deduzido em recibo cuja validade seria duvidosa, mormente porque o alienante que subtraiu a madeira e a vendeu ao réu nos dá conta de que a dúzia de toras foi alienada por valor 36,36% abaixo do preço de mercado, quando o documento apresentado expõe valor na ordem de 63,33% acima do preço de mercado.

Ora, seria mesmo temerário supor que o réu, comerciante experiente na aquisição de madeiramento para escora em construção civil, tivesse adquirido o produto vegetal pelo preço apontado no recibo indicado, mor-

mente quando o valor apontado pelo alienante é diverso daquele indicado no recibo e a perícia torne patente o real preço de mercado do bem por comparação.

Logo, não vejo como atribuir ao suposto recibo partido do alienante a força probatória sustentada como incontestada pela defesa, antes pelo contrário, a ação narrativa contida na denúncia dá conta de que houve três subtrações distintas no período de dois meses e de que o réu teria adquirido a madeira de origem ilícita, aquisição, que, diga-se de passagem, não é negada em termos absolutos, antes é confessada parcialmente, e apenas o último carregamento, que foi objeto de apreensão, suportaria real dúvida do destinatário, sendo literalmente irrelevante o fato de estar o réu viajando quando da apreensão da terceira partida de madeira e da prisão dos demais co-denunciados.

E não seria apenas o valor da aquisição que suportaria a realização do tipo de receptação qualificada, mas das condições do oferecimento, mormente porque, para a aquisição lícita de produto vegetal, conforme preceitua o art. 46 da Lei Federal 9.605/98, seria natural que o empresário exigisse do comprador a exibição da licença outorgada pela autoridade competente para o corte e da via de nota para acompanhar o produto até o beneficiamento final, tornando indubitável o fato de que a só forma do oferecimento, desacompanhada de tais documentos, já sugeriria que o réu deveria saber da origem ilícita da madeira adquirida.

Ao contrário do que sustenta a defesa, o tipo penal qualificado da receptação, ao declinar os diversos núcleos, exige que o comerciante deva saber que a coisa é produto de crime, porque não seria mesmo possível a aquisição em proveito próprio de bens, cuja origem seria notoriamente ilícita e a só despreocupação do réu no momento da aquisição suportaria a condição típica da ação, porque lhe seria exigível a desconfiança da origem, seja em razão do valor a que a madeira fora oferecida, seja pela ausência de documentos indispensáveis à aquisição, quanto mais quando o réu se mostre experiente na compra de madeiras destinadas ao escoramento de construção civil e confesse não ter se preocupado em saber da origem do produto vegetal que lhe era destinado.

Ressalto que outra interpretação do tipo penal qualificado não teria qualquer eficácia, porque todo comércio envolve riscos e supõe uma condição lucrativa ínsita, mas não torna o comerciante cego à realidade das coisas.

E é por essas mazelas que a norma penal de receptação qualificada dispõe como elemento subjetivo do tipo não apenas o dolo direto, mas declina a condição do dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, ao suscitar a aquisição de coisa que o comerciante, no caso o empresário, deva saber ser produto de crime, porque não lhe é dado simplesmente fechar os olhos à origem

da coisa adquirida, quando qualquer comerciante, ainda que absolutamente ingênuo, não duvidaria da origem ilícita da madeira se lhe fossem oferecidas as condições trazidas aos autos.

Júlio Fabbrini Mirabete anota:

O tipo subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade dirigida à prática de uma das condutas registradas no tipo. É indispensável, porém, o elemento subjetivo do tipo registrado na expressão 'deve saber ser produto de crime', que não significa a necessidade de que o agente 'saiba' dessa circunstância, caso contrário, a lei teria repetido a expressão contida no *caput* do art. 180, nem a mera culpa, por se tratar de crime doloso. Assim, basta para a caracterização do ilícito a comprovação de que o agente, em decorrência das circunstâncias do fato, tinha todas as condições para saber da procedência ilícita da *res* adquirida, recebida etc. Assim, se não agiu na certeza, ao menos tinha ele dúvida a respeito dessa circunstância. A expressão trata, a rigor, de uma regra probatória, de uma presunção legal de que o agente, diante das circunstâncias do fato, não poderia desconhecer completamente a origem espúria da coisa (*Código Penal interpretado*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999, p. 1.186).

A prova produzida nos autos, ao contrário de supor a desqualificação da ação, ou tentativa, impõe inteiramente a realização da ação típica descrita no tipo penal de receptação qualificada, que se exauriu pela utilização de parte do madeiramento, já que apenas 15 das 20 dúzias do madeiramento confessadamente adquiridos foram encontradas em poder do réu.

Pretende, ainda, a defesa a desclassificação do delito de receptação qualificada para a forma culposa, bem como a aplicação da benesse do § 5º do art. 180 do Código Penal, ao argumento de que o sujeito ativo da receptação qualificada somente poderia ser o comerciante.

De início, lembraria que a virtual desqualificação da condição de comerciante do réu não conduziria à imposição da modalidade culposa da ação de receptação, se não à modalidade simples do crime.

Da prova dos autos, vê-se que o apelante teria adquirido madeira destinada à realização de sua atividade econômica de microempresário da construção civil, fato por ele próprio confessado quando apresentou à autoridade policial a petição de f. 33/35, na qual que expõe:

[...] tais compras são sempre lastreadas por notas fiscais emitidas em nome da firma do requerente, cujo CGC é 06.076.294/0001-11;

[...] a compra do material feita pelo requerente também seria lastreada por nota fiscal, já que o material se destina a uma obra em outra cidade e já que o mesmo é construtor, participando, inclusive, de certames de licitação em pequenas cidades do Norte de Minas.

Nesse contexto, as ponderações da defesa a respeito do objetivo de lucro na aquisição dos bens que foram objeto de apreensão não sustentam a pretensão desqualificação da condição de comerciante, mesmo

porque não é o lucro que caracteriza a condição legalmente exigida, mas a condição de empresário, já que o art. 966 do atual Código Civil brasileiro adotou a "Teoria da Empresa" como delimitadora da atividade comercial, substituindo a antiga conceituação dos atos do comércio como elemento qualificador da atividade do comerciante.

Segundo a dicção legal, o empresário, sinônimo atual de comerciante, é definido como sendo quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, ficando patente que a atividade profissional economicamente organizada de construção civil, mesmo que no formato de microempresário, não pode ser desqualificada como atividade comercial própria, revelando condição fática exigida no tipo penal qualificado.

Portanto, ao contrário do que sustenta a defesa, as próprias declarações do réu expõem, às escâncaras, o cometimento do tipo descrito no art. 180, § 1º, do Código Penal, e não seriam necessárias sequer outras considerações para que a ação se subsumisse no tipo penal, afastando, por completo, a pretensão de privilégio do § 5º do art. 180 do Código Penal, que só é cabível na hipótese da modalidade culposa de ação, o que não é absolutamente o caso dos autos.

Pretende, finalmente, a defesa que se reconheça a inconstitucionalidade do art. 180, § 1º, do Código Penal em razão da razoabilidade e da proporcionalidade da pena aplicada e da ação desenvolvida.

Em que pesem as ponderações da defesa, não alcancei, nem com muito esforço lógico, em que consistiria a inconstitucionalidade alardeada, uma vez que a intenção do legislador não foi outra senão a de apenar com maior gravidade a prática do crime no exercício da atividade empresarial, cuja razão da maior gravidade da pena é justamente a maior censurabilidade que deve recair sobre a conduta daquele que, na qualidade de profissional do comércio, recepta mercadoria de origem ilícita, em função da própria intermediação.

Por outro lado, conforme ressaltou o Min. Eros Grau, quando do julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do RE 209843/SP, publicado no DJU de 19.12.2006, a razoabilidade não pode ser usada como pretexto para o Poder Judiciário corrigir lei.

Ademais, não seria possível ao empresário sustentar sua condição isonômica com a do indivíduo que não exerce tal profissão, porque a qualificação se fixou em razão da atividade profissional, não decorrendo daí senão o fato de que teria maior facilidade em alienar, ou se utilizar dos bens em virtude da própria atividade profissional.

Sobre o tema, precioso é o magistério de Cezar Roberto Bittencourt:

Pois bem, assim, está posta a divergência. Constata-se, de plano, que a análise crítica limitou-se à comparação das locuções 'sabe' e 'deve saber', ignorando completamente

todos os demais elementos constantes das duas estruturas tipológicas, inclusive, a classificação dos dois crimes, sendo um comum (*caput*) e outro próprio (§ 1º); o desvalor das ações e dos resultados tampouco foi objeto de consideração, embora toda a crítica tenha sido centrada no princípio da proporcionalidade; as condutas distintas igualmente não foram avaliadas.

Percebe-se, mais uma vez, que o absurdo e, hoje, desnecessário uso das locuções 'sabe' e 'deve saber' na tipificação de condutas criminosas, como demonstramos no tópico anterior, só servem para dificultar a interpretação e a boa aplicação da lei penal. Não houvesse o legislador contemporâneo inserido tais expressões nas construções tipológicas, não se estaria perdendo tempo com discussão puramente dogmática, com sérios reflexos nas consequências jurídicas do crime.

[...]

Com efeito, o princípio da proporcionalidade exige o respeito à correlação entre a gravidade da pena e a relevância do dano ou perigo a que o bem jurídico protegido está sujeito, e, particularmente, a importância do próprio bem jurídico tutelado. No entanto, o juízo de proporcionalidade, *in concreto*, resolve-se por meio de valorações e comparações. Contudo, nessa relação valorativa não se pode ignorar toda a construção tipológica, com seus diversos elementos objetivos, subjetivos e normativos e, particularmente, desconsiderar o desvalor da ação e o desvalor do resultado, para fixar-se exclusivamente na comparação de duas locuções isoladas - 'sabe' e 'deve saber' - de duvidosa natureza subjetiva ou normativa.

É continua:

Assim, *venia concessa*, consideramos equivocada, por carecedora de fundamento dogmático, a conclusão de que os tipos penais descritos no *caput* e no § 1º ferem o princípio da proporcionalidade porque, segundo entendem, a figura que admite dolo eventual recebe punição mais grave que a outra, que admite dolo direto. Como deixamos claro no tópico anterior, as elementares 'sabe' e 'deve saber', de cunho normativo, não identificam o dolo, que, a partir da teoria normativa pura da culpabilidade, é um dolo psicológico, despido de qualquer elemento normativo. Por isso aquelas expressões não podem ter qualquer relação com o elemento subjetivo que orienta a conduta do agente, especialmente porque o (des)conhecimento (saber ou não) representa apenas o elemento intelectual do dolo, que, para aperfeiçoar-se, necessita também do elemento volitivo, que não está abrangido por aquelas elementares (*Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 3, p. 391).

Aliás, complementar os argumentos afirmando que não compete ao Poder Judiciário imiscuir-se nas opções da política legislativa acometidas especificamente ao Poder Legislativo que resolveu por bem fixar reprimenda penal de forma diversa entre a ação desenvolvida pelo empresário e a desenvolvida pelo indivíduo comum, mesmo porque seria vedado tomar em conta considerações metajurídicas para afastar a imposição penal legitimamente legislada, sob pena de lesão ao princípio da separação de Poderes.

Certo é que o tipo previsto no *caput* do art. 180

retrata um crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa, enquanto que a conduta descrita no § 1º do mesmo dispositivo legal constitui figura penal própria, que requer uma qualidade especial do agente e justifica maior imposição penal pela só opção legislativa de tratar com maior censurabilidade aquele que se aproveita de sua condição de empresário ou de comerciante, para adquirir mercadorias ilícitas, porquanto tal opção foi chancelada em função da própria facilidade de destinação e desbaratamento dos bens ilicitamente adquiridos em função do próprio exercício da atividade empresarial, não derivando daí qualquer lesão à norma constitucional.

Nesse contexto, inviável que se dê guarita a qualquer das razões recursais apresentadas.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, na forma do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO STARLING e EDELBERTO SANTIAGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...