



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0686.12.003980-1/001      Numeração 0039801-  
Relator: Des.(a) Júlio César Lorens  
Relator do Acordão: Des.(a) Júlio César Lorens  
Data do Julgamento: 07/01/2014  
Data da Publicação: 13/01/2014

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO - RECEPÇÃO QUALIFICADA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DESCRITA NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06 - NÃO INCIDÊNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E RECEPÇÃO SIMPLES OU CULPOSA - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA DE MULTA - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE. I - Se, além da delação de um usuário de drogas, o acusado é surpreendido na posse de substância entorpecente e é conhecido no meio policial como traficante de drogas, não há que se falar em absolvição por falta de provas, tampouco em desclassificação para o crime de porte de drogas para consumo pessoal. II - A confissão do réu, aliada aos depoimentos dos policiais que o prenderam em situação flagrancial, é suficiente para sustentar sua condenação nas sanções do art. 16, parágrafo único, inc. IV, da Lei 10.826/03. III - Restando comprovado que o acusado adquiriu, em proveito próprio, um bem que sabia ser produto de crime, no exercício da nefasta atividade mercantil de drogas, escoreita sua condenação nas iras do art. 180, §1º, do CP. IV - Não deve ser reconhecido o benefício previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, quando as provas dos autos demonstram que o réu se dedica a atividades criminosas. V - A pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. V.v. EMENTA: TRÁFICO DE DROGAS - DESTINAÇÃO MERCANTIL NÃO COMPROVADA - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA - RECEPÇÃO QUALIFICADA - ATIVIDADE CLANDESTINA - LICITUDE EXIGIDA - TRÁFICO DE DROGAS - ATIVIDADE ILÍCITA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA SIMPLES.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0686.12.003980-1/001 - COMARCA DE



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TEÓFILO OTÔNIO - APELANTE(S): RAFAEL SANTOS MARTINS -  
APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

## ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS

RELATOR

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS (RELATOR)

## VOTO

### 1- RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da Comarca de Teófilo Otoni/MG, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS ofereceu denúncia em face de RAFAEL SANTOS MARTINS, imputando-lhe a suposta prática dos crimes descritos nos artigos 33 da Lei 11.343/06, 16, parágrafo único, in. IV, da Lei 10.826/03 e 180, caput, do CP.

Notícia a inicial acusatória que, no dia 28 de fevereiro de 2012, policiais militares receberam uma informação anônima de que um indivíduo de nome 'Ataídes', no dia anterior, teria furtado um aparelho de DVD e o trocado por drogas com o denunciado Rafael, o qual tinha ciência da origem criminosa do aparelho.

Narra que uma guarnição da PM saiu em rastreamento e encontrou o citado 'Ataídes'. Em entrevista, ele confirmou que praticou o furto do aparelho de DVD e o trocou por três pedras de crack com o denunciado Rafael. Disse, ainda, que Rafael é traficante de drogas no bairro Sofia Colen, indicando onde ele poderia ser encontrado.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Com essa informação, os policiais foram ao local indicado e, ao serem vistos pelo denunciado, este evadiu com uma arma de fogo na mão, refugiando-se na casa de uma moradora. Após o cerco, a entrada na casa foi franqueada, e o denunciado preso em flagrante. Com ele foi apreendida uma arma de fogo calibre 380, marca Taurus, com numeração raspada, municiada com dezesseis cartuchos intactos e um carregador alongado. Debaixo da cama do quarto onde ele se refugiou também foi arrecadada uma bucha de maconha, a qual lhe pertencia.

Após regular trâmite, sobreveio a r. sentença de fls. 178/189, que, julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenou o acusado às penas de 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 488 (quatrocentos e oitenta e oito) dias-multa, como incurso nas iras dos artigos 33 da Lei 11.343/06, 16, parágrafo único, inc. IV, da Lei 10.826/03 e 180, caput, do CP.

Inconformado com o decisum, apelou o acusado. Em suas razões recursais (fls. 209/230), suplica por sua absolvição em relação aos três delitos pelos quais se viu condenado. Subsidiariamente, pede a desclassificação do crime de tráfico para porte de drogas para consumo próprio, e do crime de receptação qualificada para receptação simples ou culposa. Pleiteia, ainda, a redução da reprimenda que lhe foi imposta, com a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da causa de diminuição descrita no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 e a redução da pena de multa.

Contrarrazões às fls. 231/250, em que o Parquet pugnou pelo desprovemento do recurso, tendo a d. Procuradoria-Geral de Justiça, nesta instância revisora, opinado no mesmo sentido (fls. 257/263).

É, em síntese, o relatório.

## 2- JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo



interposto.

### 3- FUNDAMENTAÇÃO

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

Como relatado alhures, a defesa se insurge contra a condenação do acusado pelos crimes de tráfico de drogas, porte de arma de fogo de uso restrito e receptação qualificada, argumentando que inexistem provas suficientes para sustentar tal édito.

Razão, contudo, não assiste à operosa defesa.

Inicialmente, convém registrar que a materialidade de todos os crimes encontra-se comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 08/12), pelo auto de apreensão (fls. 19/20), pelo exame de eficiência da arma de fogo (f. 24), bem como pelo laudo toxicológico definitivo (f. 50).

De igual modo, a autoria é indubitosa.

É bem verdade que o réu tentou, tanto na presença da autoridade policial quanto em juízo, eximir-se de sua responsabilidade penal, ao declarar:

"(...) Que faz uso de drogas; Que já foi preso por porte ilegal de arma de fogo, roubo e furtos; (...); Que não possui renda; Que nesta data, por volta das 18:00, o declarante foi surpreendido por alguns policiais militares que estavam patrulhando no bairro Sofia Colen; Que por estar armado com uma pistola cal. 380, o declarante correu e se escondeu na casa de uma mulher, contudo, os militares viram tudo e cercaram o imóvel; Que os policiais adentraram na casa e abordaram o declarante; Que os policiais encontraram num guarda-roupa a arma do declarante, sendo esta uma pistola cal. 380, a qual estava municiada com dezesseis cartuchos intactos; Que os policiais ainda



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

encontraram um carregador alongado e uma bucha de maconha que o declarante havia dispensado embaixo de uma cama; Que a arma de fogo ora apreendida o declarante comprou há vinte dias por R\$1.000,00 na mão de um caminhoneiro; Que comprou a pistola porque está sendo ameaçado de morte por Tica, o qual inclusive já efetuou disparos contra o declarante e seu primo Julimar; Que não possui porte de arma de fogo e a arma ora apreendida não é registrada; Que o declarante não vende droga e nunca vendeu; Que a droga ora apreendida é para consumo próprio, sendo que comprou a droga na mão de um desconhecido; Que na data de ontem, o declarante comprou por R\$50,00 um aparelho de home theater na mão de Atilde; Que não sabia que o aparelho era produto de furto; Que não é verdade que trocou com Atilde o aparelho home theater por drogas; Que apesar de não possuir renda, consegue dinheiro realizando bicos; Que os policiais deram voz de prisão em flagrante delito ao declarante e lhe conduziram para esta Unidade Policial." (Fase inquisitiva, f. 06)

"Carregava maconha para uso próprio, não é traficante. Comprara a arma há 20 dias porque estava [sic] ameaçado, não sabe por quem nem por que motivo, porque nunca fez nada para ninguém. Pagou dois mil e quinhentos reais pela pistola, não entende se ela estava com numeração raspada, ficou com ela do jeito que comprou. Um desconhecido passou vendendo o aparelho de DVD, o interrogando estava precisando de um e o comprou por cinquenta reais. Ganhava trinta reais por dia de trabalho, trabalhava todos os dias. Usou suas economias para comprar a arma. Fumava maconha quando tinha, costumava comprar uma buchinha. Sua mulher não trabalhava. Não conhecia o vendedor do aparelho de DVD. Não sabe por que estão falando que é traficante. Nada tem a acrescentar em sua defesa." (Em juízo, f. 119)

Como visto, o acusado confessou, nas duas fases de persecução penal, que estava portando uma arma de fogo, a qual estava com numeração raspada, conduta que se subsume perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 16, parágrafo único, inc. IV, da Lei 10.826/03, não havendo que se falar, por conseguinte, em absolvição por falta de



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

provas, sobretudo porque sua confissão encontra amparo nos depoimentos dos policiais que o prenderam em situação flagrancial.

Quanto à imputação pelo crime de tráfico de drogas, a despeito de assumir a propriedade do entorpecente arrecadado pelos policiais, o réu declarou que tal substância se destinava ao seu consumo pessoal. E, no que tange à acusação pelo crime de receptação, afirmou não ter ciência de que o aparelho de home theater por ele adquirido era produto de crime.

Entretanto, sua versão mostrou-se inverídica, conforme se infere pela atenta leitura dos seguintes depoimentos:

"Confirma que furtou um aparelho de home theater de um rapaz, trocou-o com o réu por três pedras de crack, já devolveu o aparelho para o seu dono. Comprara crack do acusado outras cinco vezes. Viu-o armado uma vez com uma pistola. O depoente mostrou aos policiais onde o acusado estava, no dia em que ele foi preso, ocasião em que o réu estava armado. Não falou ao acusado que pegara o aparelho na casa de Ronivon, e o réu não perguntou-lhe onde arrumara o aparelho. Pagava ao acusado dez reais por cada pedra de crack. Comprava droga do acusado há um mês e dez dias. Não sabe se vendia para outras pessoas. Amigos disseram ao depoente que o réu vendia drogas." (Usuário Ataiulde, em juízo, f. 116)

"Que o depoente é lotado na cidade de Poté e nesta data, por volta das 17:00 horas, receberam uma denúncia anônima relatando que um indivíduo de nome Atailde teria praticado um furto de um home theater numa residência na data de ontem e que o mesmo teria trocado por drogas com um indivíduo de nome Rafael Santos Martins; Que conforme denúncia Atailde estaria pilotando uma motocicleta realizando manobras perigosas no bairro Floresta; Que diante das informações, uma equipe da polícia militar deslocou até o local, obtendo êxito em capturar Atailde Pereira Rodrigues, o qual pilotava uma motocicleta Honda Titan, placa GVD-6063, praticando manobras perigosas; Que Atailde confessou ter praticado o furto na casa de Ronivon no dia anterior e que teria trocado os produtos do furto por



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

drogas com Rafael, o qual é traficante do bairro Sofia Colen; Que, após tal fato, iniciaram uma incursão no bairro Sofia Colen, onde avistaram Rafael, tendo o mesmo evadido de uma casa abandonada portando uma pistola em mãos; Que Rafael invadiu a casa da testemunha Marilene Vieira Rocha, sendo o imóvel cercado por policiais militares; Que Marilene permitiu a entrada dos policiais no imóvel, onde Rafael foi abordado; Que o depoente localizou uma pochete dentro de um guarda roupas, sendo que em seu interior havia uma pistola cal. 380, municada com dezesseis cartuchos intactos, além de um carregador alongado; Que embaixo de uma cama ainda foi arrecadado uma bucha de substância semelhante a maconha; Que Rafael assumiu a propriedade da arma e das drogas, alegando estar sendo ameaçado por um indivíduo conhecido por Tica; Que diante dos fatos, deram voz de prisão em flagrante delito a Rafael Santos Martins, o conduzindo para esta Unidade Policial, juntamente com Atailde Pereira Rodrigues; Que esclarece ainda que, quando foram à procura de Rafael, outros dois indivíduos conseguiram evadir do local, sendo estes identificados como sendo Rafael Felix e Lucas Tadeu, ambos menores de idade e traficantes de drogas; Que confirme outra denúncia, Rafael Felix portava uma pistola cal. 40 no momento da fuga; Que conforme a denúncia, a motocicleta que Atailde estava pilotando teria sido comprada com o dinheiro de um furto praticado por ele, conforme BOPM 268/2012." (Condutor do flagrante, policial Valdir Sampaio, fase inquisitiva, fls. 02A/03A)

"Lembra da ocorrência relativa aos fatos da denúncia, ora lidos em voz alta pelo Promotor de Justiça. O depoente participou da abordagem de Atailde, nas proximidades da casa dele, o qual confirmou a subtração do aparelho e sua troca com o acusado. O depoente participou do cerco, mas não lembra se o aparelho foi apreendido. O depoente correu atrás do acusado, que estava com uma pochete e pulou a cerca da casa de uma dona, a arma foi encontrada dentro da mesma pochete. Ao que lembra, o acusado estava sozinho na abordagem. Lucas Tadeu se homiziava na casa do réu, o depoente não se lembra se Lucas estava com o réu no momento da abordagem. A casa onde Rafael morava era usada para tráfico de drogas há pelo menos dois anos e meio, quando o depoente chegou a Poté e passou a trabalhar



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

naquela cidade. No mínimo quatro vezes a polícia apreendeu droga lá. Desde antes de o depoente chegar a Poté, Rafael morava naquela casa." (Policial Almiro, em juízo, f. 117)

A atenta leitura dos depoimentos acima transcritos não deixa dúvidas: o acusado comercializava substância entorpecente.

Aliás, sua dedicação à mercancia ilícita de drogas já era conhecida no meio policial, tanto que sua residência era tida como ponto de venda de drogas.

Além disto, um usuário confessou ter trocado, com o réu, três pedras de crack por um aparelho home theater, sendo certo que referido objeto foi apreendido com o acusado.

Sem contar que no momento em que foi preso em flagrante, o réu estava na posse de uma bucha de maconha.

Tais circunstâncias conduzem à certeza de que Rafael Santos Martins, ora apelante, era um vendedor de drogas, o que torna imperativa sua condenação nas iras do art. 33 da Lei 11.343/06, não havendo que se falar em absolvição tampouco em desclassificação para o crime descrito no art. 28 da mesma lei.

Neste ponto, é pertinente esclarecer que, ao contrário do que afirma a defesa, o princípio da insignificância não pode ser reconhecido em situações como a que ora se verifica.

Isso porque referido princípio não se aplica ao delito capitulado no art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que se trata de crime de perigo abstrato ou presumido, no qual a punição do agente se justifica pelo perigo social que a conduta pode representar à saúde e à incolumidade pública.

Com efeito, o tráfico ilícito de entorpecentes traz consequências gravíssimas, provocando destruição física e patrimonial de diversas pessoas, atuando, ainda, como meio propulsor de outros inúmeros



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

delitos.

Não importam as condições pessoais do réu e a quantidade de droga apreendida, pois, frise-se: não pode ser considerado bagatela, ou um indiferente penal, o fornecimento de drogas a terceiros.

Este é o entendimento jurisprudencial. Cite-se:

"EMENTA Habeas corpus. Constitucional. (...). Não-aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes. Precedentes. (...) 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado. (...)." (STF, HC 91759/MG, Rel. Min. Menezes Direito, j: 09/10/07).

Melhor sorte não assiste à defesa em seu pedido de desclassificação do crime de receptação qualificada para sua modalidade simples ou culposa, em face da ausência de dolo específico.

A toda evidência, a pessoa que recebe um aparelho de home theater de um usuário de drogas, em troca de pedras de crack, sabe que tal bem é objeto de crime, ante as condições pessoais de quem entregou o produto.

Ademais, o que foi pago pelo home theater é totalmente desproporcional ao seu real valor. Se considerarmos a versão do usuário de drogas, o bem foi trocado por apenas três pedras de crack. Se considerarmos a versão falaciosa do acusado, pelo bem foi paga a quantia de R\$50,00 (cinquenta reais).

Em ambas as situações, o custo muito aquém do praticado no mercado demonstra, incontestavelmente, que o réu, ao adquiri-lo, tinha plena ciência da sua procedência ilícita, evidenciando o dolo da conduta e, conseqüentemente, tornando imperativa a condenação do acusado nas sanções do art. 180, §1º, do CP.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Ultrapassadas as pretensões absolutória e desclassificatória, passo ao exame da reprimenda imposta ao réu.

Segundo a defesa, a pena-base dos três crimes pelos quais o réu se viu condenado deve ser fixada no quantum mínimo legalmente cominado nos respectivos tipos penais.

Todavia, analisando a dosimetria penal adotada na primeira instância, constata-se que o d. sentenciante, a despeito de ter fixado as penas-base acima do mínimo legal, ao fazer incidir as atenuantes descritas no art. 65, inc. I e III, d, e no art. 66, ambos do CP, adotou as penas provisórias aquém do mínimo legalmente cominado nos tipos penais.

Para o tráfico de drogas, cuja pena mínima abstrata é de 05 (cinco) anos, a pena provisória foi fixada em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Para o porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada, cuja pena mínima abstrata é de 03 (três) anos, a pena provisória foi fixada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Para a receptação qualificada, cuja pena mínima abstrata é de 03 (três) anos, a pena provisória foi fixada em 02 (dois) anos de reclusão.

Deste modo, ainda que todas as circunstâncias judiciais favorecessem ao acusado, e as penas, na primeira fase de individualização da reprimenda, fossem fixadas em seu patamar mínimo, não se mostra correta a redução da reprimenda, na segunda fase, aquém do quantum mínimo legalmente previsto. Esta matéria encontra-se, inclusive, sumulada tanto por este egrégio Tribunal (Súmula 42) quanto pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 231).

Inobstante, ante a proibição da reformatio in pejus, diante da ausência de insurgência do órgão ministerial, mantenho as penas provisórias adotadas na sentença vergastada, e, por tal motivo, resta



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

sem objeto o pedido de redução das penas-base, uma vez que, em nenhuma hipótese, esta instância revisora adotaria penas provisórias abaixo das fixadas pelo magistrado singular.

Quanto ao pedido de reconhecimento da causa de diminuição de pena descrita no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, mais uma vez, razão não socorre ao apelante.

A meu ver, o réu não preenche os requisitos necessários à concessão do referido benefício, pois as provas constantes dos autos demonstram que ele se dedica a atividades criminosas.

O próprio réu, ao ser ouvido em juízo, declarou que "está preso pela terceira vez, estava assinando na rua, quando foi preso novamente" (fls. 118/119).

O policial Almiro Oliveira da Conceição, também na presença da autoridade judicial, afirmou que "a casa onde Rafael morava era usada para tráfico de drogas há pelo menos dois anos e meio (...) no mínimo quatro vezes a polícia apreendeu droga lá." (f. 117).

Ademais, além de ser traficante de drogas, o réu portava uma arma de fogo, uma pistola pela qual disse pagou R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), e, como não possui trabalho lícito, este valor somente pode ter sido auferido como produto da sua atividade criminosa.

Não sendo o réu um iniciante na nefasta atividade mercantil de drogas, hei por bem não acolher a pretensão de reconhecimento da minorante capitulada no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Por fim, no que se refere à pena de multa, compartilho do entendimento de que esta deve guardar proporcionalidade com a reprimenda corporal, o que não foi observado pelo d. sentenciante.

Deste modo, para o crime de porte ilegal de arma de fogo, reduzo a pena de multa, de 30 (trinta) para 10 (dez) dias-multa. E, para o



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

crime de receptação qualificada, reduzo a pena de multa, de 24 (vinte e quatro) para 10 (dez) dias-multa.

Registre-se que tais penas foram fixadas no seu quantum mínimo porque inexistem causas de diminuição ou de aumento de pena e a pena provisória não pode ser fixada aquém do mínimo legal.

No mais, considerando o concurso material entre os crimes cometidos pelo réu, bem assim a pena final que lhe foi imposta - sete anos e oito meses de reclusão - e a hediondez do delito de tráfico de drogas, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, tampouco em fixação de regime inicial diverso do fechado.

## 4- DISPOSITIVO

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO tão somente para reduzir a pena de multa, mantendo os demais termos da r. sentença vergastada.

Sem custas, ante a isenção deferida à f. 189.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO (REVISOR)

Compulsando com acuidade os autos, divirjo do voto condutor e afasto a condenação do réu nas iras do art. 33 da Lei nº. 11.343/06 e desclassifico sua conduta para aquela prevista no art. 28 da mesma Lei. Também divirjo da condenação pelo crime de receptação qualificada e desclassifico a conduta para o seu tipo simples.

Tráfico de drogas - Art. 33, Lei nº. 11.343/06.

Data venia, tenho que a sua condenação se deu de forma



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

presumida. Destaco parte da sentença (f. 181):

Indício de que ele era traficante de droga é o fato de andar armado com uma pistola semiautomática que custou-lhe R\$2.500,00, quando, ao ser interrogado, afirmou que sua única fonte de renda eram os R\$30,00 que recebia por dia de labor eventual como ajudante de pedreiro, além do que sua mulher não trabalhava fora. Somente uma atividade altamente lucrativa lhe permitiria adquirir, além da arma de fogo, uma motocicleta, que foi apreendida pela polícia (f. 19/20).

Assim, o réu guardava maconha sem estar autorizado a fazê-lo e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, quando foi preso em flagrante por policiais militares. Droga essa destinada à venda. Fato que se amolda ao art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06.

O voto condutor:

A atenta leitura dos depoimentos acima transcritos não deixa dúvidas: o acusado comercializava substância entorpecente.

Aliás, sua dedicação à mercancia ilícita de drogas já era conhecida no meio policial, tanto que sua residência era tida como ponto de venda de drogas.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Além disto, um usuário confessou ter trocado, com o réu, três pedras de crack por um aparelho home theater, sendo certo que referido objeto foi apreendido com o acusado.

Sem contar que no momento em que foi preso em flagrante, o réu estava na posse de uma bucha de maconha.

Tais circunstâncias conduzem à certeza de que Rafael Santos Martins, ora apelante, era um vendedor de drogas, o que torna imperativa sua condenação nas iras do art. 33 da Lei 11.343/06, não havendo que se falar em absolvição tampouco em desclassificação para o crime descrito no art. 28 da mesma lei.

O réu era traficante, quanto a isso não há dúvidas. Destaco as palavras da testemunha Ataíulde Pereira Rodrigues (f. 116):

Confirma que furtou um aparelho de home theater de um rapaz, trocou-o com o réu por três pedras de crack, já devolveu o aparelho para o seu dono. Comprar crack do acusado outras cinco vezes. Viu-o armado uma vez com uma pistola. (...). Pagava ao acusado dez reais por cada pedra de crack. Comprava droga do acusado há um mês e dez dias. Não sabe se vendia para outras pessoas. Amigos disseram ao depoente que o réu vendia drogas.

Além disso, os policiais militares confirmaram o envolvimento do réu com o submundo do tráfico de drogas, entretanto, fundamentar sua condenação nas iras do art. 33 com base em tais provas não se



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

mostra o melhor caminho, já que é sua conduta em concreto que deve ser valorada.

No caso em tela trabalhou-se com a lógica comum de que, se o réu é traficante, logo toda droga encontrada com ele será destinada ao tráfico.

Vejamos a dinâmica dos fatos: a Polícia Militar tomou conhecimento de que a pessoa de Ataíldes furtou um aparelho de DVD da vítima Ronivon, sendo certo que tal aparelho foi trocado por drogas na residência do acusado. Posteriormente a Polícia Militar abordou Ataíldes e este informou ser a pessoa responsável pelo furto bem como confirmou ter trocado junto ao réu a res por três pedras de crack. Quando os policiais chegaram na residência do ora apelante, esse fugiu, sendo encontrado dentro do guarda roupas da residência da testemunha Marilene Vieira Rocha portando uma pistola calibre 380. Também foi encontrada uma bucha de maconha pesando 1,2g debaixo da cama do quarto, droga essa que o réu assumiu ser de sua propriedade, entretanto destinada para o seu uso (f. 119).

As provas dos autos são fartas em relação aos crimes de porte ilegal de arma com a numeração raspada e receptação, entretanto quanto ao crime de tráfico, data venia, nada foi comprovado.

Não nego o fato de que o apelante é um traficante, entretanto, neste processo, tenho que o Ministério Público não conseguiu provar a destinação mercantil da maconha encontrada.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Sobre o tema ônus da prova, destaco as lições de Aury Lopes Jr. (pgs. 549/552):

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe prova absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio - Nemo tenetur se detegere).

FERRAJOLI esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas. O juiz, que deve ter por hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada.

É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na "falta de provas da tese defensiva", como se o réu



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente.

O que podemos conceber, como já explicamos ao tratar do pensamento de GOLDSCHMIDT, é uma assunção de riscos. A defesa assume riscos. A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. Exemplo típico é o exercício do direito ao silêncio, calcado no Nemo tenetur se detegere. Não gera um prejuízo processual, pois não existe uma carga. Contudo, potencializa o risco de uma sentença condenatória. Isso é inegável.

Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui ela um dever de deliberação. A questão desloca-se para a dimensão da distribuição do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese.

(...)

Devemos destacar que a primeira parte do art. 156 do CPP deve ser lida à luz da garantia constitucional da inocência. O dispositivo determina que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer". Mas a primeira (e principal) alegação feita é a que consta na denúncia e aponta para a autoria e a materialidade; logo, incumbe ao MP o ônus



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

total e intransferível de provar a existência do delito.

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.

Ante todo exposto, desclassifico a conduta do apelante para aquela prevista no art. 28 da Lei nº. 11.343/06.

**Receptação qualificada - Art. 180, §1º, CP.**

**Quanto a crime previsto no §1º do art. 180, o magistrado singular assim fundamentou a condenação (f. 183):**

**Comprovou-se ainda que o réu traficava droga fazia pelo menos 1 mês e 10 dias, e vendeu-a cinco vezes para uma mesma pessoa. Presumível adveio do tráfico o dinheiro com que ele pagou pelos bens que comprou a elevado preço. Portanto, o réu fazia comércio clandestino de droga. Ao adquirir, no exercício desse comércio, coisa que devia saber ser produto de crime, o réu praticou conduta que se amoldou no art. 180, §§ 1º e 2º do Código Penal.**



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Verifica-se, portanto, que o tráfico ilegal de drogas foi equiparado a atividade clandestina, posicionamento que não adoto, já que me posiciono no sentido de que tal atividade comercial, mesmo a clandestina, deve ser, no mínimo, lícita. Assim, o tráfico de drogas, como atividade ilícita, não pode qualificar o delito.

Sobre o tema, apresento a jurisprudência:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS. RECEPÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. INVIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DA ABOLITIO CRIMINIS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MANUTENÇÃO DAS CONDENAÇÕES DOS CORREUS. PRIVILÉGIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. No que concerne à receptação, amplamente demonstrada a ciência dos réus acerca da origem ilícita dos bens, na medida em que negociavam carros objeto de roubos, consoante as conversas obtidas por meio das interceptações telefônicas autorizadas judicialmente. Além disso, os veículos foram apreendidos na chácara de um dos correus. O Ministério Público denunciou os acusados pela receptação qualificada, porque em comunhão de esforços e de vontades, tinham em depósito, em proveito próprio, no exercício de atividade comercial consistente no tráfico de entorpecentes. Ocorre que a configuração da atividade comercial exigida no § 1º do artigo 180 do Código Penal deve ser, no mínimo lícita, embora clandestina ou irregular. É o que preceitua o § 2º do artigo em comento que "equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência". Nessa senda, o tráfico de drogas, como atividade ilícita, não poderia servir para



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**qualificar o delito de receptação**, razão pela qual desclassifico o fato para o caput do artigo 180 do Código Penal. Fato desclassificado para o caput e determinada a extinção da punibilidade pela prescrição. 2. Reexaminando o conjunto probatório, não há como absolver o imputado M.A. pelo delito previsto no artigo 16, § único, IV, da Lei 10.826/03. Os armamentos foram apreendidos na casa do acusado, tendo ele, em sede de defesa pessoal, admitido que uma delas lhe pertencia. De outra banda, os laudos elaborados pelo Instituto de Criminalística revelaram a potencialidade lesiva das armas, ademais de estarem com numeração suprimida. O prazo (31.12.2009) para regularização das armas de fogo previsto no artigo 30 da Lei 10.826/03 se aplica exclusivamente às armas de fogo de uso permitido que tenham origem lícita, pois somente essas podem ser registradas junto ao SINARM. As demais armas, sejam de uso restrito, sejam de uso permitido com numeração raspada, conforme dispõe o artigo 32 do Estatuto do Desarmamento, podem ser entregues a qualquer tempo, restando extinta a punibilidade pelo crime de posse irregular e, nos casos de boa-fé (quando a arma for de uso permitido e origem lícita), gerando direito à indenização. Não é punível o ato de entrega. No caso concreto, o imputado foi flagrado portando arma de fogo com numeração raspada no interior de uma delegacia de polícia. A conduta imputada na denúncia não é alcançada pela abolitio criminis do artigo 30 porque a arma não poderia ser registrada. 4. Consoante o contexto probatório, a droga, mais precisamente 103g de crack e quase 1kg de maconha, dividido em três porções de pouco mais de 300g cada, juntamente com outros petrechos ligados à traficância, tais como balança de precisão, fitas adesivas, armas e objetos de origem ilícita, foram apreendidos no sítio de propriedade do réu M.A. Embora os réus tenham negado a autoria delitiva, os depoimentos dos policiais que efetuaram o cumprimento do mandado de busca e apreensão, bem como do responsável pela degravação das interceptações revelam o envolvimento dos três réus nos fatos delituosos. Assim, as notitiae criminis anônimas culminaram na investigação criminal por três meses, sendo positivadas através de mandado de busca e apreensão de grande quantidade de drogas, bem como de petrechos ligados à traficância que, somados às interceptações telefônicas demonstram, sem sombra de dúvidas, a certeza sobre a autoria delitiva por parte



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

dos apelantes. 5. A emissão de um juízo condenatório pelo delito de associação para o tráfico requer a demonstração plena do vínculo estável e de caráter permanente entre os réus, especificamente orientado à comercialização de drogas, fazendo disso um efetivo negócio comercial entre eles. No caso dos autos, a prova é constituída pelos depoimentos dos policiais, bem como pelas degravações das interceptações telefônicas, as quais demonstram, de forma clara, a ligação entre os corréus, na qual negociam a comercialização das substâncias entorpecentes, através de encomendas feitas por telefone. Os diálogos demonstram o vínculo estável e permanente entre eles, devido à reiteração constante das negociações. Destarte, presentes os elementos indicativos da vinculação subjetiva entre os imputados, isto é, o ânimo de permanência e estabilidade da sociedade criminosa, principalmente pela reiteração das condutas, não há que se falar em insuficiência de provas. 6. Inviabilidade do reconhecimento do privilégio, previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e seus consectários legais, devido a ausência de preenchimento de seus requisitos. (Número: 70045586419 - Tribunal: Tribunal de Justiça do RS - Seção: CRIME - Tipo de Processo: Apelação Crime Órgão Julgador: Terceira Câmara Criminal Decisão: Acórdão - Relator: Nereu José Giacomolli - Comarca de Origem: Comarca de Alvorada) (grifei).

Assim, rogo venia ao e. Desembargador Relator e desclassifico a conduta do apelante para aquela prevista no art. 180, caput, CP.

Por fim, em relação ao crime de porte ilegal de arma, mantenho as penas fixadas na primeira instância e mantidas pelo culto Relator.

Passo agora ao cálculo das penas do réu.

Quanto ao delito de receptação, na primeira fase, mantenho a



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

análise feita pelo magistrado singular, fixando a pena-base em 01 (um) ano, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda etapa, reconhecidas as atenuantes da menoridade penal confissão espontânea e da co-culpabilidade estatal, reduzo a pena em três quintos, alcançando o patamar de 05 (cinco) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 04 (quatro) dias-multa.

Por fim, na terceira etapa, observo que o magistrado singular reconheceu a causa de diminuição prevista no §2º do art. 155, CP e reduziu a pena em 2/3 (dois terços). Assim, para não incorrer em reformatio in pejus, reduzo a pena do réu alcançando o quantum definitivo de 01 (um) mês e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 02 (dois) dias-multa.

Quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo, mantenho as cominações da sentença vergastada.

Assim, em virtude do concurso material, somo as penas aplicadas e fixo a reprimenda em 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 32 (trinta e dois) dias-multa. Fixo o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Presentes os requisitos do art. 44, CP, substituo as penas por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária e entidade a ser definida pelo juiz da execução penal.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso de apelação interposto pelo réu e desclassifico sua conduta do crime de tráfico para porte de drogas para consumo próprio, e do crime de receptação qualificada para receptação simples.

Sem custas.

DES. ADILSON LAMOUNIER - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO"