# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

| | | | |
|---|---|---|---|
| **Número do** | 1.0024.14.222030-0/001 | **Númeração** | 2220300- |
| **Relator:** | Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo | | |
| **Relator do Acordão:** | Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo | | |
| **Data do Julgamento:** | 29/10/2015 | | |
| **Data da Publicação:** | 06/11/2015 | | |

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE PARA USO PRÓPRIO - CABIMENTO - DESTINAÇÃO MERCANTIL NÃO EVIDENCIADA - RECEPTAÇÃO CULPOSA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - INAPLICABLIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - POSSIBILIDADE.

- Se não existem indícios de que a substância aprendida com o acusado era destinada a mercancia, ao revés, revela a prova que era para seu próprio consumo, a desclassificação para o crime capitulado no art. 28, da Lei 11.343/06, é medida que se impõe.

- Considerando-se que a prova da ciência da origem ilícita da coisa, no crime de receptação, é difícil de ser obtida, as aludidas circunstâncias das quais se revestem o fato permitem que seja auferido o dolo ou a culpa, na conduta do agente, como ocorreu, in casu.

- Se os delitos de receptação e porte de arma de fogo de uso restrito, perpetrados pelo apelante, possuem objetividade jurídica diversa - tutelam bens jurídicos distintos (patrimônio x incolumidade pública) e, sendo também diferentes seus momentos consumativos, incabível a aplicação do princípio da consunção.

- Preenchidos os requisitos do art. 44, do CPB, imperiosa a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.14.222030-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): JONATHAN DE MORAIS SILVA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO

RELATOR.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO (RELATOR)

V O T O

Trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO interposto por JONATHAN DE MORAIS SILVA, em face da sentença de f. 173/207 que, julgando procedente a denúncia, condenou-o como incurso nas sanções do art. 33, da Lei 11.343/06, art. 16, caput, da Lei 10.826/03 e art. 180, §3º, do CPB, às penas de 08 (oito) anos de reclusão e 01 (um) ano de detenção, em regime fechado, e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo, negada a substituição da pena.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que no dia 29 de junho de 2014, por volta de 03h29min, na rua Sacramento, nº 30, bairro Serra, nesta Capital, o acusado, após adquirir, possuía, trazia consigo e guardava, aproximadamente 18,9g (dezoito gramas e noventa centigramas) de cocaína, contidos em 12 (doze) pinos plásticos, sem

autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta ainda que, o acusado portava arma de fogo e munições de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Extrai-se, também, que o acusado adquiriu, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabia ser produto de crime.

Segundo restou apurado, na data supracitada, durante incursão ao Aglomerado da Serra, mais especificamente na rua Sacramento, local conhecido como ponto de venda de drogas, policiais militares visualizaram o acusado em atitude suspeita, na entrado do beco Mendes.

Diante dos fatos, os milicianos efetuaram a abordagem do acusado, submetendo-o a busca pessoal, sendo que, durante revista, localizaram em sua cintura, dentro de um coldre, uma pistola da marca Taurus, calibre .40, de uso restrito e número de série SPL45279, municiada com onze cartuchos intactos de mesmo calibre e um carregador.

Os policiais ainda arrecadaram, no bolso de trás de sua calça, a quantia de R$1.150,00, em dinheiro, além de dois pinos de cocaína, que estavam no bolso da frente de sua calça. Feitas buscas pelo local, os policiais apreenderam, cerca de cinco metros de distância do local da abordagem, dez pinos de cocaína, além de vários sacos plásticos comumente utilizados para armazenar substâncias entorpecentes.

Foi verificado, ainda, pelos agentes estatais, que a pistola apreendida com o acusado havia sido furtada na cidade de Santo Antônio do Amparo/MG.

A denúncia foi recebida em 08 de setembro de 2014 (f. 122/v).

A sentença foi publicada em cartório em 30 de janeiro de 2015 (f. 207v).

Inconformada, apelou a Defesa (f. 208), apresentando suas razões às f. 222/239, requerendo a absolvição do acusado, em relação ao delito de tráfico de drogas, nos termos do art. 386, V e VII, do CPP e a absolvição em relação ao delito de receptação, por ausência de conhecimento de que a arma seria objeto de furto. Eventualmente, pugnou pela desclassificação do delito de tráfico para aquele previsto no art. 28, da Lei 11.343/06, argumentando pela inconstitucionalidade do art. 385, do CPP. Requereu, ainda, a aplicação do princípio da consunção entre os delitos de receptação e porte ilegal de arma de fogo e, em caso de manutenção das condenações, a concessão do tráfico privilegiado e a fixação da pena no mínimo legal.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo parcial provimento do recurso, para desclassificar a conduta do apelante para o delito do art. 28, da Lei 11.343/06 (f. 242/244v).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 245/250, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não tendo sido argüidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Quanto ao delito de Tráfico de Drogas:

In casu, pretende a Defesa a absolvição ou a desclassificação da conduta do acusado daquela prevista no art. 33, da Lei 11.343/06, para aquela estabelecida no art. 28, da mesma norma.

Inicialmente, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 385, do CPP, consoante muito bem ponderado pelo i. Procurador de

Justiça Rômulo Paiva Filho, no parecer de f. 245/250, "A uma porque o Ministério Público em momento algum pediu absolvição e o pedido de desclassificação não configura a situação prevista nesse dispositivo legal e a duas porque seria um rematado absurdo impedir o juiz de formar livremente seu convencimento e atrelá-lo ao posicionamento do Ministério Público, que é senhor e dono da ação penal, mas não tem o poder de limitar a formação do juízo de convencimento do magistrado, que é livre para proferir sua decisão desde fundamente a mesma, o que efetivamente ocorreu nos autos".

A propósito, sobre o tema, já firmou entendimento o C. STJ:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NARRA MIHI FACTUM DABO TIBI IUS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NESTA VIA ESTREITA. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI 11.343/06. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal. 2. Esta Corte Superior tem posição consolidada no sentido de ser possível a prolação de sentença condenatória, ainda que haja pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, a teor do art. 385 do CPP. 3. Se é possível ao julgador condenar o réu, mesmo em caso de pedido absolutório do Parquet, é claro que o magistrado também pode, mutatis mutandis, proferir sentença condenatória, nos termos da

imputação formulada na denúncia (arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343

/2006), mesmo em caso de posterior manifestação ministerial, em alegações finais, no sentido da desclassificação das condutas para o delito tipificado no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. (...) (STJ, HC 251337 / SP, Sexta Turma, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 07/08/2014, p. DJE 21/08/2014, grifei)

Rejeito, pois, a alegação defensiva neste tocante.

Pois bem, depois de analisar com acuidade o conjunto probatório apresentado nos autos, tenho que merece parcial provimento o recurso.

A princípio, não há que se falar em absolvição, eis que o próprio acusado, quando de seu interrogatório judicial, confessou a propriedade dos dois pinos de cocaína apreendidos em seu poder, bem como se declarou usuário de droga, sendo, pois, descabida a aludida pretensão.

Lado outro, não obstante tenha a materialidade delitiva restado demonstrada nos autos, através do boletim de ocorrência de f. 12/14, auto de apreensão de f. 18, laudo de constatação preliminar de f. 19 e laudo toxicológico definitivo de f. 110, não vislumbrei provas suficientes e seguras da autoria em relação ao delito de tráfico de drogas.

A meu ver, a finalidade a que se destinava a substância entorpecente, conforme se depreende da prova contida nos autos, era, tão somente, a de uso próprio, e não a de mercancia.

Na hipótese em comento, a prova coligida, se não demonstra cabalmente a finalidade de uso próprio da substância entorpecente tida em porte pelo acusado, cria séria dúvida sobre a sua destinação, o que basta para impor a desclassificação para a modalidade menos grave do crime, isso é, aquela de porte para uso próprio.

Veja-se que o acusado, quando ouvido em Juízo, repita-se, confirmou que parte da droga apreendida lhe pertencia, mas, que se destinava ao uso próprio (mídia acostada à f. 143), afirmando, peremptoriamente, ser apenas usuário de entorpecente, mas, jamais traficante.

A par de suas afirmações, a prova testemunhal nada revela acerca da eventual prática de atos de mercancia pelo embargante.

Com efeito, os policiais militares que efetivaram a apreensão das drogas - Rafael Souza Pereira e Felipe Santiago Pereira da Silva - relataram apenas que, na data dos fatos, durante incursão de rotina no Aglomerado da Serra, visualizaram Jonathan parado na entrada de um beco e, por se tratar de local conhecido como ponto de venda de drogas, resolveram fazer a abordagem.

Ressaltaram os milicianos que apenas dois pinos de cocaína foram apreendidos com o acusado, sendo o restante da droga arrecadada no beco, mais ou menos a uns cinco metros de distância de onde ele estava. Acrescentaram que não houve monitoramento precedente à diligência, não tendo eles visualizado qualquer ato de mercancia ilícita. Por fim, afirmaram não conhecer Jonathan anteriormente aos fatos em comento (mídia acostada à f. 159).

As testemunhas de Defesa, por sua vez, inquiridas durante a instrução, confirmaram que o apelante possuía ocupação lícita, sendo que trabalhava junto com seu genitor, na montagem de móveis (mídia acostada à f. 159), o que também se extrai da declaração juntada à f. 67 dos autos.

Ressalte-se que, nenhuma testemunha ouvida presenciou a prática de atos de comércio ilícito pelo apelante e, tampouco, apontou-o como traficante de drogas.

Como se vê, os indícios de prova são mínimos quanto à prática de tráfico de drogas, não restando comprovada suficientemente, a meu ver, a destinação mercantil do entorpecente apreendido.

Destarte, a meu ver, não conseguiu o Parquet provar, satisfatoriamente, a imputação feita na denúncia, motivo pelo qual merece o apelante o benefício da dúvida.

A propósito, elucida o ilustre Professor Paulo Rangel:

"[...] Portanto, estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado. A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de se colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia [...] " (in Direito Processual Penal. 11ª edição, ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: p. 35).

Assim, verificando-se que não restou cabalmente demonstrado que a destinação da substância apreendida era a mercancia, entendo que o melhor, e mais prudente, é desclassificar o crime de tráfico para o de posse de droga para uso próprio, em homenagem ao princípio in dubio pro reo.

Vale ressaltar que, embora não seja necessário que o agente se veja flagrado em pleno ato de traficância para a caracterização do crime de tráfico de drogas, a prova da mercancia, mormente em razão da gravidade do delito, deve ser firme e inconcussa, não devendo incidir a conduta prevista no art. 33, da Lei nº 11.343/06, quando existir um mínimo de dúvida acerca da finalidade mercantil do entorpecente.

Em caso análogo ao aqui em debate, este Eg. Tribunal de Justiça assim se manifestou:

"APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUSÊNCIA DE PROVA

DA TRAFICÂNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO MANTIDA - DELITO DE PEQUENO POTENCIAL OFENSIVO - CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA FINS DE DESPENALIZAÇÃO. 01. Inexistindo prova da autoria do delito de tráfico de substância entorpecente, mas restando demonstrado que a droga apreendida se destinava ao consumo pessoal do agente, a manutenção da decisão que desclassificou a imputação para aquela prevista no art. 28 da Lei Antidrogas é medida que se impõe. 02. Se operada a desclassificação de um crime para outro, houver possibilidade de suspensão condicional do processo, a aplicação da pena ficará sobrestada até a conclusão dessa fase processual." (TJMG, Apelação criminal nº 1.0362.07.082172-7/001, Rel. Des. Fortuna Grion, j. 26/01/2010, p. 26/03/2010).

De fato, árdua é a tarefa de definir se o porte de droga deve ser enquadrado no tipo do art. 28 ou do art. 33, ambos da Lei 11.343/06. Sobre a complexidade do critério de apuração do consumo pessoal, trazemos o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

"[...] O disposto no art. 28, §2º, desta Lei, não difere, na essência, da previsão feita no antigo art. 37 da Lei 6.368/76. Para distinguir o crime de tráfico ilícito de entorpecentes do simples porte para uso nunca foi tarefa fácil e continuará a ser árdua atribuição do magistrado. Ilustrando, a conduta "trazer consigo" consta tanto do art. 33 quanto do art. 28 desta Lei. Se a redação de cada tipo penal fosse devidamente aprimorada seria desnecessária a previsão feita no art. 28, §2º. Enquanto isso não ocorre, é fundamental que se verifique para a correta tipificação da conduta, os elementos pertinentes à natureza da droga, sua quantidade, avaliando o local, condições gerais, circunstâncias envolvendo a ação e a prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente [...]". (in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª edição. Ed.RT. 2009, p.338).

Assim, entendo que o fato praticado pelo apelante e, devidamente provado nos autos, é o de porte de substância entorpecente para consumo próprio, previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/06, sendo a desclassificação de sua conduta a medida que se impõe.

Deixo de remeter os autos ao Juizado Especial Criminal, para o eventual oferecimento ao embargante do benefício previsto no art. 89, da Lei 9.099/95, uma vez que ele também responde, nestes autos, pelos delitos de receptação e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, desatendendo, pois, aos requisitos estabelecidos pela norma.

Aplico, então, ao apelante as penas de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo, pelo prazo de 05 (cinco) meses, em condições a serem fixadas pelo Juízo da Execução.

Quanto ao crime de Receptação:

Primeiramente, cumpre ponderar que, em relação ao delito de Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito, tanto a materialidade, quanto a autoria delitivas restaram cabalmente comprovadas nos autos, através do boletim de ocorrência de f. 12/14, auto de apreensão de f. 18, laudo de eficiência e prestabilidade de f. 109, e pela confissão do acusado, corroborada pela prova oral produzida, não sendo sequer questionadas no presente feito.

Requer a Defesa, contudo, a absolvição do acusado em relação à imputação de receptação do aludido artefato, ou, subsidiariamente, a aplicação do princípio da consunção, em relação a este delito e aquele previsto no art. 16, da Lei 10.826/03.

Data venia, razão não lhe assiste.

Com efeito, extrai-se das declarações do apelante que a arma de fogo apreendida na data dos fatos teria sido por ele adquirida na Praça Sete desta Capital, de um desconhecido, pela quantia de R$3.000,00 (três mil reais), aproximadamente um ano antes de sua

prisão.

Os policiais militares confirmaram que a arma de fogo referida havia sido furtada na cidade de Santo Antônio do Amparo/MG, no ano de 2013, fato comprovado pelo boletim de ocorrência de f. 15/17.

Certo é que o acusado afirmou não ter ciência de que o aludido artefato era produto de furto. Todavia, é de conhecimento público e notório que na Praça Sete desta Capital se realiza o comércio ilegal de diversos objetos de procedência duvidosa/ilícita, provenientes de práticas criminosas, ressaindo, pois, evidente a probabilidade de incidência em delito de receptação, por aquele que se propõe a adquirir qualquer tipo de bem no referido local, principalmente pelas circunstâncias que revestem a compra e, notadamente, pela sabida natureza espúria do que ali se comercializa.

Destarte, considerando-se que a prova da ciência da origem ilícita da coisa, no crime de receptação, é difícil de ser obtida, as aludidas circunstâncias das quais se revestem o fato permitem que seja auferido o dolo ou a culpa, na conduta do agente, como ocorreu, in casu, não havendo, portanto, que se falar em absolvição.

Outrossim, incabível a aplicação do princípio da consunção, consoante requerido pela Defesa.

Ressalte-se que os delitos de receptação e porte de arma de fogo de uso restrito, perpetrados pelo apelante, possuem objetividade jurídica diversa - tutelam bens jurídicos distintos (patrimônio x incolumidade pública), sendo também diferentes seus momentos consumativos, o que inviabiliza a aplicação do princípio da consunção.

Insta salientar que o próprio apelante afirmou que teria adquirido o artefato (crime de receptação), aproximadamente um ano antes do flagrante por parte ilegal de arma de fogo de uso restrito (delito do art. 16, da Lei 10.826/03), revestindo-se, pois, cada uma das condutas de sua própria autonomia jurídica.

Segundo o princípio da consunção, existindo o conflito entre uma conduta mais grave e outra menos grave, deve-se prevalecer a primeira, que irá englobar a segunda. A segunda conduta, portanto, consiste no meio necessário ou fase de preparação para se alcançar a prática delitiva.

A respeito do princípio da consunção, leciona Guilherme de Souza Nucci:

"Critério da absorção (consunção): quando o fato previsto por uma lei está previsto em outra de maior amplitude, aplica-se somente esta última (lex consumens derrogat legi consumptae). Em outras palavras, quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda infração, prevista em dispositivo diverso, deve-se aplicar apenas a última. Trata-se da hipótese do crime-meio e do crime-fim." (Código Penal Comentado, 10ª ed., Ed. RT, São Paulo, 2010, p. 118).

Na hipótese presente, o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito não guarda relação de dependência com o crime de receptação, consumando-se, cada um dos delitos, repita-se, em contextos fáticos distintos, uma vez que, independentemente do delito patrimonial, o crime previsto no art. 16, da Lei 10.826/03 consumou-se quando o acusado portou em via pública a pistola semi-automática, marca Taurus, calibre 40, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

Desse modo, não vislumbro, a ocorrência de circunstâncias que ensejem a aplicação do princípio da consunção, de modo que deve ser mantida a decisão a quo, que condenou o apelante pelos dois crimes referidos.

Sobre o tema já se manifestou o pretório Excelso:

Habeas corpus. Penal militar. Crime de porte ilegal de arma de fogo.

Concurso material com o crime de receptação. Aplicação do princípio da consunção. Crimes que atingem bens jurídicos tutelados absolutamente diversos. Inaplicabilidade. Receptação. Competência. Armamento que pertenceu à polícia civil e que se encontrava sob custódia do exército para fins de destruição. Suposto furto com posterior receptação por civil. Patrimônio sob administração militar. Competência da Justiça militar (CPM, art. 9º, III, a). Ordem denegada.

1. A prática dos delitos de porte ilegal de arma e receptação deflagra típica hipótese caracterizadora de concurso material de crimes. Esses, por se revestirem de autonomia jurídica e por tutelarem bens jurídicos

diversos, impedem a aplicação do princípio da consunção - major absorbet minorem. Precedentes.

2. A decisão objeto da impetração está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, preconizada no sentido de que, se o objeto do delito é patrimônio sob a administração militar, o crime é de natureza militar, sendo competente para o julgamento da respectiva ação penal a Justiça Militar. Precedentes.

3. Ordem denegada. (STF, HC 119.581/PA, Relator: Ministro Dias Toffoli, j. 01/04/2014)

No mesmo sentido também já firmou entendimento o C. STJ:

HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO E RECEPTAÇÃO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Esta Corte Superior de Justiça possui orientação no sentido de que os crimes de receptação e porte ilegal de arma de fogo são autônomos e possuem momentos consumativos diversos, não havendo que

falar, portanto, em consunção. Assim, o réu que porta ilegalmente

arma de fogo, cuja origem sabe ou deveria saber ser decorrente de produto de crime, deve responder por ambos os delitos, em concurso

material. (...) (STJ, HC 168171 / RS, Sexta Turma, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 04/10/2011)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPTAÇÃO DOLOSA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. 1. Quem adquire arma de fogo, cuja origem sabe ser criminosa, responde por delito contra o patrimônio, no momento em que se apodera da res.

2. Posteriormente, se vier a ser flagrado portando a arma, estará incorrendo na infração penal tipificada no art. 14 do Estatuto do Desarmamento (no qual se protege a incolumidade pública). 3. Portanto, tendo em vista que os crimes em questão possuem objetividade jurídica diversa e momentos consumativos diferentes, não há que se falar em consunção. 4. Recurso conhecido e provido para condenar o réu quanto ao delito previsto no art. 180, caput, do Código Penal, em concurso material com o tipificado no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003, determinando-se o retorno dos autos à origem para a prolação de nova sentença. (STJ, REsp 1133986 / RS, Quinta Turma, Relator: Ministro Ministro JORGE MUSSI, j. 04/05/2010)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA E RECEPTAÇÃO DOLOSA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA DE CONDUTAS. CONCURSO MATERIAL. AGRAVO A QUE SE NEGA

PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte admite a revaloração da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, não se caracterizando o vedado reexame do material de conhecimento. 2. Caso o agente adquira a arma sabendo ser ela fruto de um delito, estará cometendo um crime contra o patrimônio no momento em que se apoderar da res. Se depois mantiver consigo a arma, circulando com a mesma ou mantendo-a guardada, estará cometendo o delito de porte ou posse ilegal (os quais possuem uma

objetividade jurídica diversa e momentos consumativos ulteriores). 3. Na receptação, sabe-se que o dolo, consistente na prévia ciência da origem ilícita do bem, é de difícil comprovação, porque estágio meramente subjetivo do comportamento, devendo ser apurado das demais circunstâncias que cercam o fato e da própria conduta do agente. No caso, ambos estão a evidenciar a prévia ciência da origem criminosa por parte do recorrido. Se a numeração estava raspada quando da apreensão da arma, ou o acusado já recebeu o revólver nesse estado, o que permitiria afirmar que tinha ciência da sua origem ilícita, pois é certo que quem recebe arma com numeração raspada tem ciência da sua origem ilícita, ou o próprio acusado raspou a numeração, o que faz com que também se possa afirmar que conhecia a origem ilícita do revólver quando recebeu, tanto que queria apagar a numeração original, para evitar futura identificação da arma. 4. Agravo a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 908826 / RS, Sexta Turma, Relatora: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j . 30/10/2008)

Assim sendo, a manutenção da condenação do apelante é medida que se impõe.

Por outro lado, vislumbro que o d. Sentenciante, quando da fixação das penas, considerou como desfavoráveis ao apelante, as circunstâncias judiciais da culpabilidade, da conduta social e da personalidade.

Todavia, quanto àquela primeira, verifico que não há qualquer plus de reprovabilidade na conduta do acusado, razão pela qual, deve ser tida como favorável. Além disso, em relação às duas últimas, não há elementos suficientes nos autos para aferi-las e, portanto, não podem desfavorecer o agente.

De qualquer forma, verifico que as penas foram estabelecidas no patamar mínimo cominado pela norma, não havendo, portanto, qualquer reparo a se proceder neste tocante.

Considerando a desclassificação do delito de tráfico de drogas ora operada e, tendo em vista que os delitos foram cometidos em concurso material, concretizo a pena do apelante em 03 (três) anos de reclusão, 01 (um) mês de detenção, e 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo, mais prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo, pelo prazo de 05 (cinco) meses.

Fixo o regime aberto para cumprimento da pena corporal, nos termos do art. 33, §2º, "c", do CPB, eis que o apelante é primário, e foram favoráveis as circunstâncias do art. 59, do CPB.

Preenchidos os requisitos do art. 44, do CPB, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo, devida a Instituição a ser designada pelo Juízo da Execução, e prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da condenação, igualmente a ser especificada no Juízo da Execução.

Mediante tais considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, para desclassificar a conduta imputada ao apelante Jonathan de Morais Silva daquela prevista no art. 33, da Lei 11.343/06, para a estabelecida no art. 28 da mesma norma, mantida sua condenação pela prática dos delitos previstos no art. 180, §3º, do CPB e art. 16, da Lei 10.826/03, concretizando suas reprimendas em 03 (três) anos de reclusão e 01 (um) mês de detenção, em regime aberto, 20 (vinte) dias-multa, mais prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo, pelo prazo de 05 (cinco) meses, substituída, ainda, a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, mantidos, quando ao mais, todos os termos do r. decisum.

Custas pelo réu, na forma da sentença (f. 207).

Expeça-se alvará de soltura em favor do apelante, se por al não estiver preso.

É como voto.

DES. SÁLVIO CHAVES (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO."