Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do	1.0145.10.034260-2/001	**Númeração**	0342602-
Relator:	Des.(a) Rubens Gabriel Soares		
Relator do Acordão:	Des.(a) Rubens Gabriel Soares		
Data do Julgamento:	22/11/2011		
Data da Publicação:	10/02/2012		

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - INCONFORMISMO DO 1º APELANTE - RECEPTAÇÃO E POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO - SUBSUNÇÃO DA PRIMEIRA CONDUTA AO TIPO PREVISTO NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO - INVIABILIDADE - DELITOS AUTÔNOMOS - CONDENAÇÕES MANTIDAS - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 16 PARA O ART. 12 DA LEI 10.826/03 - DESCABIMENTO - TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRA DOS POLICIAIS - CREDIBILIDADE - PENAS-BASE EXACERBADAS - REDUÇÃO QUE SE IMPÕE - APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 - INVIABILIDADE - MAUS ANTECEDENTES - RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA - INCONFORMISMO 2º APELANTE - DELITO PREVISTO NO ART. 16 DA LEI 10.826/03 - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PENA- BASE EXACERBADA - REDUÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO DO 1º APELANTE PROVIDO EM PARTE. RECURSO DO 2º APELANTE NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA DO 2º APELANTE. 1. Cometidos os delitos em circunstâncias fáticas distintas e não de mero "post factum" impunível, não se aplica o princípio da consunção, haja vista que o crime de posse ou porte de arma, delito autônomo, foi praticado após a consumação da receptação. 2. Para que se configure o delito previsto no referido artigo 16 da Lei 10.826/03, não é necessária a comprovação de que o agente tenha ciência de que se trata de armamento de uso restrito, bastando, apenas, que seja ele possuidor, ou porte, a referida arma de fogo, sendo inviável, pois, a desclassificação almejada. 3. Estando a autoria e a materialidade devidamente comprovadas, a manutenção da condenação pelo delito de tráfico de drogas é medida que se impõe, mormente se as circunstâncias da apreensão da droga corroboram com a prova oral. 4.

Se restou comprovado nos autos que os réus se dedicavam à atividade criminosa, torna-se inaplicável a causa de diminuição de pena, conforme prescrito no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. 5. Possuir arma de fogo de uso restrito no interior da residência configura o tipo penal previsto no art. 16, da Lei 10.826/03. 6. Sendo as circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis aos réus, as penas-base dos mesmos devem ser reduzidas.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0145.10.034260-2/001 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - 1º APELANTE: DIEGO PIMENTA VILETE - 2º APELANTE: BRUNO DE SOUZA SILVA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. RUBENS GABRIEL SOARES

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador RUBENS GABRIEL SOARES , incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER EM PARTE O RECURSO DO 1º APELANTE E NÃO PROVER O RECURSO DO 2º APELANTE E, DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA DO 2º APELANTE. VENCIDO O VOGAL PARCIALMENTE.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2011.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Proferiu sustentação oral, pelo 1º Apelante, o Dr. Evandro Luiz Ladeira Batista.

O SR. DES. RUBENS GABRIEL SOARES:

VOTO

Ouvi, com atenção, a sustentação oral proferida da tribuna.

ARNALDO SILVA RIBEIRO, vulgo "NANADO", ALEX RODRIGO DE AGUIAR, vulgo "FEIJÃO", ANDERSON VALENTINO DA COSTA, GEORGE ANTONIO RAMOS TOLENTINO, DIEGO PIMENTA VILETE, BRUNO DE SOUZA SILVA e ROMEU POSSA RIBEIRO DOS SANTOS, todos devidamente qualificados e representados, foram denunciados. Os quatro primeiros como incursos nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal e art. 16 da Lei 10.826/03; o quinto denunciado como incurso nas sanções do art. 155, 4º, IV, do código Penal e art. 16 da Lei 10.826/03 e art. 33 da Lei 11.343/06 e o sexto denunciado como incurso nas sanções do art. 180 do código Penal e art. 16 da Lei 10.826/03.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que no dia 14 de junho de 2010, os denunciados Arnaldo Silva, Alex Rodrigo e Anderson Valentino subtraíram uma arma de fogo, qual seja, uma pistola marca Taurus, calibre."40", descrita no laudo de f. 54, tendo os mesmos, ainda, furtado uma bolsa com cheques e documentos diversos pertencentes à vítima Adilson Roberto.

Narra a exordial que após efetuarem a citada subtração, os mencionados denunciados abandonaram a bolsa, fato este presenciado pelo também denunciado George Tolentino, que se apoderou da mesma e furtou um talão de cheques do Banco do Brasil.

Consta ainda da denúncia que o denunciado Diego adquiriu coisa que sabia ser produto de crime, qual seja, a arma de fogo subtraída da vítima Adilson Roberto, tendo repassado a mesma para o denunciado Bruno a fim de que este guardasse a arma consigo, e Bruno, por sua vez, a repassou a arma para Romeu, com quem foi encontrada a referida arma, dentro do armário de sua residência.

Consta finalmente da denúncia que o denunciado Diego foi surpreendido no exato momento em que tentava se desfazer de cinqüenta e quatro (54) unidades de substância semelhante a "crack" acondicionadas em um (01) saleiro.

Adotado o rito da Lei 11.343/06 (fls.103), os acusados apresentaram resposta à denúncia (fls.158/165, 173, 174, 188/189 e 224). Em seguida foi desmembrado o processo em relação aos acusados Alex Aguiar, Anderson Valentino e George Antônio, prosseguindo o feito em relação aos demais (fl.221). Recebida a denúncia em 06/10/2010 (f.225). E, após instrução processual, com oitiva de oito testemunhas (fls.278/290), interrogatório dos réus (fls.271/277) e alegações finais das partes (fls.293/300, 302/307, 308/319, 328/342, 344/345) o MM. Juiz Sentenciante julgou parcialmente procedente para: absolver Arnaldo Silva Ribeiro da imputação do delito previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal e art. 16 da Lei 10.826/03, com fulcro no art. 386, VII da Lei 10826/03; condenar Bruno de Souza Silva como incurso no delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/03 às penas de quatro (04) anos de reclusão em regime semiaberto, e pagamento de trinta (30) dias-multa, à razão mínima; condenar Romeu Possa Ribeiro como incurso no delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/03 às penas de dois (02) anos e oito (08) meses de reclusão em regime aberto, e pagamento de vinte e um (21) dias multa, à razão mínima, sendo a pena corporal substituída por duas restritivas de direitos; e condenar Diego Pimenta Vilete como incurso no delito previsto no art. 180, "caput" do Código Penal, art. 16 da Lei 10.826/03 e art. 33 da Lei 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal, às penas de treze (13) anos e oito (08) meses de reclusão a ser cumprido em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de setecentos e quarenta e seis (746) dias multa, à razão mínima (fls.354/373).

Inconformado, recorreu Diego, pugnando por sua absolvição no tocante ao crime previsto no art. 180 caput do Código Penal alegando que o mesmo foi crime meio para a obtenção da arma de fogo. Alternativamente, requer a diminuição da reprimenda aplicada para o citado delito. Em relação ao delito constante no art. 16 da Lei 10.826/03, almeja a desclassificação para a conduta prevista no art. 12 da Lei 10.826/03, alegando que o réu não sabia distinguir se a arma era de uso restrito, ou, alternativamente, pelo estabelecimento da pena no mínimo legal. Com relação ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 requer a desclassificação para a conduta prevista no art.

28 da mesma lei. Em caso de condenação pelo crime de tráfico, requer a redução da pena-base e a incidência da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de tóxicos. Finalmente, requer o abrandamento do regime de cumprimento de pena estabelecido para o réu (fls.386/403).

Igualmente inconformado, recorre Bruno, buscando por sua absolvição, alegando insuficiência probatória para apta a ensejar um decreto condenatório (fls.405/406).

Contrarrazões ministeriais às fls.408/416, pelo desprovimento dos apelos.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento dos recursos, contudo, quanto ao mérito, opinou pelo desprovimento dos mesmos (fls.428/433).

É o relatório.

Conheço dos recursos, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Tendo em vista a existência de dois apelos e da complexidade do feito, faz-se necessária a análise individualizada de cada recurso.

1- Recurso do réu Diego Pimenta Vilete

Como visto, almeja o recorrente sua absolvição no tocante ao crime previsto no art. 180, caput, do Código Penal, alegando que o mesmo foi crime meio para a obtenção da arma de fogo. Alternativamente requer a diminuição da reprimenda aplicada para o citado delito. Em relação ao delito constante no art. 16 da Lei 109.826/03, almeja a desclassificação para a conduta prevista no art. 12 da Lei 10.826/03, alegando que o réu não sabia distinguir se a arma era de uso restrito, ou, alternativamente, pelo estabelecimento da pena no mínimo legal. Com relação ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, requer a desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da mesma

Lei. Em caso de condenação pelo crime de tráfico, requer a redução da pena -base e a incidência da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da lei de tóxicos. Finalmente requer o abrandamento do regime de cumprimento de pena estabelecido para o réu.

De início, diga-se que a materialidade delitiva dos crimes pelos quais Diego foi condenado encontra-se evidenciada pelo auto de prisão em flagrante delito (f. 08/17), boletim de ocorrência (f. 24/31), auto de apreensão (f. 32), laudo toxicológico preliminar (f. 34), laudo de avaliação (f.60) e laudo toxicológico definitivo (f. 85).

No tocante ao delito de receptação Diego é réu confesso tendo alegado em juízo que "comprou a arma aludida na denúncia do acusado Alex, mas Alex não disse qual era a origem da arma e o declarante não perguntou e somente depois da apreensão da arma é que ficou sabendo que havia sido furtada de um policial" (fl.272).

Quanto ao pedido de absorção do crime de receptação pelo delito posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito tenho que sorte não socorre o apelante.

É que o crime de receptação não pode ser descaracterizado ao argumento de que a receptação seria crime meio, ou que, por qualquer outro motivo pudesse ser absorvida pela posse ou porte de arma, uma vez que os citados delitos previstos no art. 180, do Código Penal e art. 16 da Lei 10.826, são de naturezas diversas, já que o primeiro é praticado contra o patrimônio e o segundo contra a incolumidade pública, resultando certo que os elementos dos tipos respectivos são distintos e atingem objetividades jurídicas dispares.

Além disso, tais crimes não foram efetivados no contexto de uma mesma ação, logo, verifica-se que os aludidos tipos penais não interagem aos fins de que um deles fosse acessório ao outro. Esta situação caracteriza a existência de duas condutas delituosas autônomas, o que evidencia ser inaplicável o princípio da consunção na espécie vertente.

Inclusive, a matéria é tranqüila nos Tribunais Superiores. Vejamos:

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, OBJETIVO, ACRÉSCIMO, CRIME, RECEPTAÇÃO, CARACTERIZAÇÃO, CRIME AUTONOMO,CONCURSO DE CRIMES. (...) Porte ilegal de armas e delito dereceptação são infrações autônomas. Portar arma de fogo semautorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentarnão implica que o paciente não responda ao delito de receptação caso seja efetivamente provado que a arma, portada ilegalmente, tenha sido adquirida como produto de crime." (STJ, HC 17343/RJ, Quinta Turma, Rel.Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 25/02/2002 PG:00416)

No caso dos autos, o agente adquiriu a arma de uso restrito que sabia ou deveria saber ser produto de crime (praticando a receptação), e, posteriormente, transferiu a posse da mesma para outrem (quando praticou o delito de posse ou porte ilegal).

Dessa forma, a modalidade de concurso de crimes que atinge a situação hipótese é o cúmulo material (art. 69, caput, Código Penal).

Neste tópico, valem destaque as considerações do Ministério Público em sede de contrarrazões:

"(...) Diversamente do que argumenta dito apelante, não há como aplicar, in casu, o princípio da consunção, tendo em vista que ocorreram ações com desígnios autônomos. Nota-se que, em um primeiro momento, o apelante comprou arma de fogo que sabia ser produto de crime, restando, assim, o delito previsto no art. 180 do CP devidamente consumado.(...) É certo que o sentenciado Diego, após adquirir uma arma de fogo de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, deteve, possuiu, portou, transportou e a ocultou,bem como a repassou a terceiro, ainda que, gratuitamente notadamente, incidiu o recorrente no crime previsto no art. 16 da Lei nº10.826/03 sendo certo que a receptação, de forma alguma, restou caracterizada como crime meio (...)"(fl.409)

Assim, não resta dúvida de que Diego praticou duas ações penalmente

típicas, não havendo como incidir no caso o princípio da consunção.

Também não merece prosperar a tese da defesa de que o réu não sabia que a arma por ele adquirida, qual seja, uma pistola TAURUS, "calibre 40", era de uso restrito, devendo haver, portanto, a desclassificação do crime capitulado no art. 16 da Lei 10.826/03 para o delito do art. 12 do mesmo dispositivo legal.

Isso porque, para que se configure o delito previsto no referido artigo 16 da Lei 10.826/03, não é necessária a comprovação de que o agente tenha ciência de que se trata de armamento de uso restrito, bastando, apenas, que esteja ele possuindo ou portando a referida arma de fogo.

Como bem salientado pelo il. Juiz singular "Não precisa ser um técnico para identificar uma arma. Uma pessoa que se interessa pelo tema é capaz de identificar. O tipo penal não exige a ciência de que se trata de uso restrito. Desconhecimento não é causa de exclusão de culpabilidade." (fl. 362).

Dessa forma, a conduta do apelante se encontra devidamente tipificada no art. 16 da Lei 10.826/03, sendo impossível a alegada desclassificação.

Do delito de tráfico de drogas

A autoria do referido crime também é inconteste, comprovada que está nos autos pela prova testemunhal e circunstancial trazida a Juízo, o que impede o acolhimento da tese de desclassificação sustentada.

Na fase extrajudicial (às fl.15) embora o recorrente não tenha admitido a propriedade dos entorpecentes e tenha negado a sua destinação para a traficância afirmou que arremessou as pedras de "crack" pelo basculante assim que foi surpreendido pelos policiais.

Já na fase judicial Diego se retratou afirmando que:

"(...)que não é verdade que a droga que foi encontrada pelos policiais em um pote de sal era do declarante tendo confessado na DP que o tal pote era de sua propriedade porque foi agredido pelos policiais, tendo sido agredido por diversos policiais civis (...)"

Ocorre que a retratação em juízo não passa de uma vã tentativa de defesa, vez que a nova versão ficou totalmente isolada nos autos, sem nenhuma credibilidade, já que destituída de qualquer adminículo de prova e de verossimilhança, e a autoria do crime resta comprovada pela prova testemunhal colhida nos autos, em especial pelos depoimentos dos policiais ,a saber:

"(...) QUE como disse na DP, depois do furto ao policial , a policia com informações de que a arma estaria de posse de DIEGO, pessoa conhecida como traficante no bairro Ipiranga, procuraram aborda-lo, mas chegando na casa dele tal pessoa conseguiu fugir porque foi informado por "olheiros" minutos antes, mas conseguiram localiza-lo na casa do pai dele, vulgo CARIOCA, e lá, segundo o policial ROBERTO CARLOS, assim que chegara tal policial viu DIEGO arremessando pelo basculante, determinado invólucro que depois de apreendido constatou que continha a substância que foi apreendida no auto de apreensão de fls.32 (...)" Helder Cardoso Campos (fl.278).

"(...) QUE, quando da prisão de DIEGO, o declarante viu quando ele dispensou pelo basculante do banheiro algo, que depois que foi apreendido verificou que se tratava de um pote contendo a quantidade de pedras de crack aludido no auto de apreensão esclarecendo que antes mesmo de ser apreendido o invólucro onde estava a droga DIEGO precisou a quantidade de pedras de crack que havia dentro do invólucro e depois que o invólucro foi apreendido, realmente havia a quantidade de pedras aludida por ele, DIEGO; QUE tem a dizer que ao dizer na DP que a arma estaria na posse de DIEGO, e que seria conhecido traficante nas adjacências do bairro Ipiranga, é porque o declarante apesar de não conhecer tal pessoa pelo nome, ouviu isto dos colegas que estavam na operação naquele dia (...)" Roberto Carlos Barbosa da Costa (fl.280).

Como se vê, os depoimentos dos policiais militares estão em perfeita sintonia entre eles, seja na descrição minuciosa dos fatos, na confirmação de que o apelante arremessou o pote que continhas as pedras de "crack", não sendo constatada qualquer contradição proeminente em seus relatos, representando um sólido acervo probante à condenação.

Nessa vertente, ressalte-se que policiais não devem ser considerados inidôneos ou suspeitos em virtude, simplesmente, de sua condição funcional, sendo certo e presumível que eles agem no cumprimento do dever, dentro dos limites da legalidade, não sendo razoável suspeitar, previamente e sem motivo relevante, da veracidade nos seus depoimentos, mormente quando condizentes com o restante das provas coligidas nos autos.

O Supremo Tribunal Federal já firmou a validade dos depoimentos dos policiais como prova quando convergentes com os demais elementos existentes nos autos, verbis:

"PROCESSUAL PENAL - PENAL - TESTEMUNHA POLICIAL - PROVA: EXAME. I. - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento. II. - Não é admissível, no processo de 'habeas corpus', o exame aprofundado da prova. III. - H.C. indeferido" (STF - HC 76557-RJ - 2ª T - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU 02.02.2001 - p. 73).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na

absoluta imprestabilidade de suas informações... Ordem denegada" (STF - HC 87.662-PE - 1ª T. - Rel.Min. Carlos Britto - DJU 16.02.2007 - p. 48).

No mesmo sentido, decidiu esta Corte de Justiça:

"TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO DE UM RÉU E DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO QUANTO A OUTRO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS EM RELAÇÃO A AMBOS OS APELANTES - VERSÕES INVEROSSÍMEIS APRESENTADAS PELOS RÉUS NO EXERCÍCIO DE SUAS AUTO-DEFESAS - DEPOIMENTO POLICIAL - VALIDADE - INÚMEROS ELEMENTOS DE PROVA A DENOTAREM A MERCANCIA. É torrencial a corrente jurisprudencial no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos, pela simples condição funcional, sendo inadmissíveis os pedidos de absolvição ou de desclassificação para o delito de uso, quando o trabalho policial mostrou-se escorreito, e os depoimentos dos mesmos encontram-se aliados a inúmeros outros elementos de prova, tudo a denotar a prática da mercancia por parte de ambos os réus. Recursos não providos" (TJMG - 1.0166.08.021801-8/001 - Rel. Des.Judimar Biber - Data do Julgamento: 11/11/2009).

Tem-se, também, as declarações da vítima à fl.284, no sentido de que tomou conhecimento de que o apelante Diego era conhecido traficante no bairro Ipiranga.

É mister ressaltar ainda que, irrelevante para a caracterização do ilícito imputado na exordial, não ter sido o recorrente apanhado no exato momento de fornecimento mercantil da droga a terceiro, mesmo porque, a jurisprudência predominante nos nossos tribunais é no sentido de que para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes não é, necessariamente, exigível a prática de atos de comércio, mesmo porque o delito, por sua própria natureza é cometido na clandestinidade, bastando os veementes indícios existentes nos autos para se justificar a condenação.

Frise-se que a autoria do delito de tráfico de entorpecentes encontra respaldo não somente na prova oral, como também nas circunstâncias da apreensão da droga - dezesseis gramas e treze centigramas (16,13g) de cocaína, devidamente divididas e embaladas em cinqüenta e quatro (54) porções (fl.85) - prontas para distribuição, restando devidamente comprovado que o recorrente trazia consigo, assim como tinha em depósito substâncias entorpecentes, não sendo demais asseverar que o tipo penal previsto no art. 33 da Lei 11.343/06 é de ação múltipla, em que são admitidas as dezoito (18) condutas, não fazendo a lei qualquer distinção entre o ato de "trazer" ou "guardar" drogas com o ato de "vender" propriamente dito.

Destarte, diante de todos os depoimentos, bem como das circunstâncias em que ocorreu a apreensão da droga, não há que se falar na insuficiência de provas para condenar o apelante pelo cometimento do crime de tráfico ilícito de entorpecentes tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006.

Registre-se que a alegação de ser o apelante usuário de drogas não afasta a possibilidade de ser traficante, ou seja, uma condição não exclui a outra, pelo contrário, normalmente o dependente de drogas, até mesmo para custear seu próprio consumo, também comercializa as substâncias ilícitas.

Como se tudo não bastasse, a quantidade da droga apreendida, ou seja, cinqüenta e quatro (54) unidades de cocaína, não se apresenta compatível com a alegação de uso exclusivo, uma vez que o simples usuário não adquire de uma só vez tanta droga.

Portanto, as provas produzidas, aliadas a quantidade de droga apreendida, bem como as circunstâncias em que se deu a busca e apreensão, tornam inadmissível a postulada desclassificação para o delito disposto do art. 28 da Lei Federal 11.343/06, impondo-se, desta feita, a manutenção de sua condenação, nos termos da r. sentença a quo.

Quanto ao pedido de aplicação da causa de diminuição de pena prescrita no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, também não está a merecer guarida.

Vê-se das informações trazidas nos autos que o recorrente era conhecido traficante no bairro Ipiranga, como se viu dos depoimentos policiais supra transcritos e também pelas declarações judiciais da vítima, tendo sido inclusive já condenado por fato anterior ao ora analisado pelo delito constante no art. 28 da Lei de Antidrogas, porém com trânsito em julgado posterior, tal como se infere de sua CAC (fls.347/349), o que está a configurar maus antecedentes, dedicando-se, pois, à atividade criminosa.

Aliás, conforme bem ponderou o il. representante do Órgão Ministerial:

"(...) Ainda que o recorrente seja primário, a análise de sua extensa Certidão de Antecedentes Criminais revela seu constante envolvimento na prática de ilícitos penais diversos, o que, além de configurar a presença de maus antecedentes, denota, principalmente, a dedicação do apelante às atividades criminosas, o que por sis ó, impossibilita a pretendida redução de pena (...)"

Logo, por dedicar-se à atividade criminosa não faz jus à referida minorante.

Bate-se o recorrente pela redução das penas ao mínimo legal. Com razão.

Com relação às penalidades aplicadas, percebe-se que o Magistrado arbitrou as penas-base, para cada um dos delitos praticados por Diego em patamar bem superior ao mínimo legal, considerando serem desfavoráveis as seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade, os antecedentes, conduta social, motivos, circunstâncias e conseqüência dos crimes.

Ora, a culpabilidade deve ser entendida como a maior, menor ou

indiferente reprovabilidade da conduta do agente ao praticar o crime. Tem-se, naturalmente, que o julgador deve cobrar mais de quem pode mais, digamos assim. Quem, nesse mundo desigual, teve melhores condições de obter uma formação moral, cultural, social, familiar, pessoal, com mais assistência em todo sentido, inclusive e principalmente do Estado, que está a lhe cobrar pela falta ou erro, ou seja, pelo ilícito cometido, há que ter a culpabilidade mais acentuada, porque dispunha, ou pelo menos deveria dispor, de mais e melhores mecanismos de controle de seus impulsos para eventuais práticas delitivas. Ao contrário, aqueles para quem o Estado nunca compareceu, para suprir-lhe ou amenizar-lhe as necessidades mais básicas de uma pessoa na sociedade, como, por exemplo, trabalho, saúde, educação, moradia, saneamento, segurança, respeito e diversas outras questões mais, afetas à dignidade da pessoa humana, assegurada constitucionalmente, hão que merecer, pelo menos agora, uma amenizada nesse item (culpabilidade). E há aqueles para quem tal circunstância lhes sejam verdadeiramente irrelevante como critério, porque estão mais ou menos num meio termo. Não tiveram de mais nem de menos e, então, a sua culpabilidade não deverá ser considerada nem a seu favor nem em seu desfavor. De qualquer modo, o julgador deve sempre ter em conta as vicissitudes e as fragilidades do ser humano como tal. Deve ter uma visão humana também em qualquer das situações mencionadas, porque não é possível nem ter tal orientação como regra geral, é preciso analisar caso a caso, cada caso com todas as suas peculiaridades detectáveis. Deste modo, verifico que a culpabilidade do réu é própria do delito, já que dos autos não se extrai maior reprobabilidade em sua conduta.

Quanto à conduta social, GUILHERME DE SOUZA NUCCI a define como sendo o papel que o réu desempenha na comunidade, no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc.

Nesse sentido, discorre:

"O Magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí porque a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no

interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo". (Código Penal Comentado. 4.ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 264).

No caso, a conduta social não foi devidamente sopesada pelo Magistrado, que a tomou em consideração para desabonar o réu, sem que pudesse aferi-la pelos autos.

Os motivos dos crimes são inerentes à espécie. As circunstâncias são normais para os tipos em comento - e as conseqüências, foram normais, não podendo aqui serem consideradas como graves.

As penas, na verdade, devem-se adequar ao princípio da proporcionalidade de modo a se aquilatar a sanção estatal aos contornos objetivos e subjetivos da prática ilícita perpetrada. Sobre o assunto permito-me trazer à colação a orientação do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

"Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva - culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente - e de natureza objetiva - motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não dever ser excessiva, nem demasiadamente abranda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a pratica da infração e promover a tutela da sociedade." (STJ, 6.ª Turma, REsp n.º 60251/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 27.06.96; in DJU de 27.05.96).

Desse modo, verifica-se que, à exceção dos antecedentes, as demais circunstâncias judiciais são favoráveis ao recorrente, assim, devem as penas -base serem estabelecidas um pouco acima do mínimo legal. Passo, portanto, à reestruturação das mesmas.

Crime de receptação - art.180, "caput" do Código Penal:

Na primeira fase, reduzo a pena-base do recorrente para um (01) ano e dois (02) meses de reclusão e vinte (20) dias-multa.

Na segunda fase, concernente ao exame das circunstâncias, nenhuma atenuante ou agravante a ser considerada.

Na terceira fase, inexistem causas especiais de aumento e de diminuição, restando, pois, estabelecida em definitivo a pena de um (01) ano e dois (02) meses de reclusão e vinte (20) dias-multa, à razão mínima.

O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o semiaberto, observando-se o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito - art. 16 da Lei 10.826/03:

Na primeira fase, reduzo a pena-base do recorrente para três (03) anos e seis (06) meses de reclusão e trinta (30) dias-multa.

Na segunda fase, em face do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena ao mínimo legal, qual seja, três (03) anos de reclusão e dez (10) dias-multa.

Na terceira fase, inexistem causas especiais de aumento e de diminuição restando, pois, estabelecida em definitivo a pena de três (03) anos de reclusão e dez (10) dias-multa, à razão mínima.

O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o semiaberto, observando-se o disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", c/c 3º, do Código Penal.

Delito de tráfico de drogas - art. 33, "caput" da Lei 11.343/06:

Na primeira fase, reduzo a pena-base do recorrente para cinco (05) anos e seis (06) meses de reclusão e quinhentos (550) dias-multa.

Na segunda fase, concernente ao exame das circunstâncias, nenhuma atenuante ou agravante a ser considerada.

Na terceira fase, inexistem causas especiais de aumento e de diminuição restando, pois, estabelecida em definitivo a pena de cinco (05) anos e seis (06) meses de reclusão e quinhentos (550) dias-multa, à razão mínima.

O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve permanecer no fechado, ante a expressa disposição do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, verbis:

"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

Tendo em vista o concurso material de delitos - art. 69 do Código Penal - procedo à soma das reprimendas aplicadas ao recorrente fixando-lhe em definitivo a pena de dez (10) anos e seis (06) de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de quinhentos e oitenta (580) dias multa, à razão mínima.

Por fim, incabível à espécie a substituição das penas privativas pela restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal), bem como a concessão do sursis (art. 77 do Código Penal), uma vez que não se encontram preenchidos os requisitos legais, além de ser expressamente vedada pelo art. 44 da Lei n° 11.343/2006, independentemente do quantum

da pena aplicada.

2 - Recurso do réu Bruno

Pretende o recorrente sua absolvição, argumentando para tanto que não foi encontrado na posse da arma de fogo em questão.

A materialidade delitiva encontra-se estampada no Auto de Apreensão de (fl.32) e no Laudo de fl.60.

A autoria, do mesmo modo, emerge cristalina dos autos.

O apelante, ainda no calor dos acontecimentos, quando ouvido na fase inquisitorial (fl.12), assumiu que a pedido do corréu Diego guardou a arma em questão em sua casa e que, posteriormente, repassou-a para o corréu Romeu.

Em seu interrogatório, ratifica suas declarações anteriores:

"(...) QUE, naquela época recebeu, recebeu do acusado DIEGO pedido para guardar a arma, esclarecendo que DIEGO, no dia não disse a origem da arma, quando pediu para o declarante guradá-la mas disse que era dele (...)" (fl.274).

Imperioso salientar que a confissão proferida em juízo, espontaneamente e na presença da defesa do recorrente, não sendo contraditada por nenhum elemento dos autos, é inequívoca fonte de prova.

Como se não bastasse, o condutor do Auto de Prisão em Flagrante, Roberto Carlos Barbosa da Costa, confirmou a confissão feita por Diego, Bruno e Romeu a saber:

"(...) tanto DIEGO, como BRUNO como ROMEU confessaram que o último recebeu a arma das mãos do segundo BRUNO, e esta por sua vez disse que recebeu a arma das mãos do primeiro DIEGO (...) Que foi dado busca na casa de Bruno, mas com ele não havia qualquer coisa

de natureza ilícita, apenas dele obtendo a informação de que havia deixado arma com o acusado Romeu". (fl.280).

No caso dos autos, o que ficou evidente é que era exigível conduta diversa da apelante, sendo o delito de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito crime de mera conduta, posto que o bem jurídico protegido é a incolumidade pública, fato este confessado pelo apelante.

Verifica-se, assim, que o conjunto probatório existente nos autos confirma a autoria do delito de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, sendo assim, inviável a postulada absolvição por ausência de provas (art. 386, VII, do Código de Processo Penal).

No tocante à reprimenda aplicada, penso que está a merecer pequeno ajuste.

In casu, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porque o juízo monocrático analisou de forma negativa as circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes (considerou ruins), conduta social (reputou-a desabonadora), motivos, circunstâncias e conseqüências do crime (desfavorecem).

Com relação aos antecedentes, o juízo monocrático reputou-os ruins com base nas certidões de (fls. 350/351).

Após examinar referida certidão, verifica-se que esta apresenta entre informações relativas a autos baixados e em fase de instrução, uma anotação relevante referente ao processo nº 0145.07.415899-3 que diz respeito a fato delitivo cuja sentença condenatória transitou em julgado antes da data dos fatos e serviu para configurar a agravante da reincidência.

Com relação aos outros inquéritos e processos em andamento ou baixados estes não podem ser considerados para o fim de gerar maus antecedentes em razão do estatuído na Súmula 444, do Superior Tribunal de Justiça, como se infere da decisão proferida no HC nº

80.155/PR:

"PENAL. PENA-BASE. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSIDERAÇÃO DE ELEMENTO DO TIPO E DE FUNDAMENTO PARA A CONTINUIDADE DELITIVA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. 1. A existência de processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima aumento da pena -base, pelo veio dos antecedentes. Aplicação da Súmula 444 deste Superior Tribunal de Justiça. 2. Não se pode levar em consideração para exasperar a pena-base, nos quesitos personalidade e circunstâncias, elemento do tipo, sob pena de bis in idem. Da mesma feita, a quantidade de vezes em que incorreu o paciente no mesmo crime não pode dar supedâneo aos fundamentos da culpabilidade, se foi isto também sopesado para aplicar a continuidade delitiva, na terceira fase da fixação da reprimenda. Precedentes. 3.Ordem concedida em parte para reduzir a pena". (HC 80.155/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010).

Assim, não há antecedentes a serem considerados.

No que pertine à conduta social, entendo que o exame de tais circunstâncias também é favorável ao acusado, ante a inexistência nos autos de elementos capazes de dar suporte à sua análise.

Finalmente, quanto aos motivos do crime, deve ser observada a razão pela qual o agente praticou a conduta delitiva, ressaltando-se que a motivação elementar do crime não deve ser considerada, sob pena de bis in idem. In casu, os motivos que levaram o recorrente a praticar o delito não ultrapassam os próprios contornos da conduta. Assim, tal circunstância deve ser considerada favorável.

No mesmo sentido as circunstâncias e conseqüências devem ser tidas como próprias do delito.

Apresentadas as observações supra, tem-se que a pena-base para o crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito deve ser fixada

no mínimo legal, já que o exame das circunstâncias judiciais é de todo favorável ao recorrente. Portanto, na primeira fase, fixo a pena-base em três (03) anos de reclusão e dez (10) dias-multa.

Na segunda fase, foram reconhecidas em favor do acusado a atenuante da confissão espontânea bem como a agravante da reincidência.

Neste ponto, deve haver a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, já que, de um lado, a personalidade do agente se sobressalta como circunstância preponderante, estando diretamente ligada à capacidade do agente em reconhecer o erro e de assumir as consequências pelo ato praticado, e, do outro, a mencionada agravante é considerada preponderante em virtude de expressa previsão legal (art. 67, do Código Penal).

Na terceira fase, inexistem causas especiais de aumento e de diminuição restando, pois, estabelecida em definitivo a pena de três (03) anos de reclusão e dez (10) dias-multa, à razão mínima.

O regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser mantido no semiaberto, por se tratar de acusado reincidente, observando-se o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", c/c § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto:

- DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO 1º APELANTE para reduzir a sua reprimenda, nos termos acima expostos, concretizando-a em dez (10) anos e seis (06) de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de quinhentos e oitenta (580) dias multa, à razão mínima;

- NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DO 2º APELANTE; e,

- DE OFÍCIO, reduzo a reprimenda do 2º Apelante, nos termos acima emoldurados, concretizando-a em três (03) anos de reclusão, em

regime semiaberto, e dez (10) dias-multa, à razão mínima.

Custas na forma da lei.

É como voto.

O SR. DES. FURTADO DE MENDONÇA:

VOTO

Acompanho o judicioso voto do preclaro Desembargador Relator, apenas fazendo a ressalva quanto a meu entendimento de ser a agravante da reincidência circunstância que prepondera sobre a confissão espontânea, nos moldes gizados pelo art.67 do Código Penal.

No entanto, considerando que o magistrado primevo efetivou a compensação entre as aludidas circunstâncias, não havendo irresignação por parte do órgão acusatório quanto a este ponto, impossível procedimento diverso, sob pena de se incorrer em reformatio in pejus.

Portanto, com essa ressalva, acompanho o eminente Des. Relator.

O SR. DES. CATTA PRETA:

Sr. Presidente.

Ouvi, com atenção, a sustentação oral feita da tribuna.

VOTO

Com a devida vênia, diverge-se, em parte, do entendimento do ilustre Desembargador Relator, para, de ofício, absolver os réus do delito de posse de arma de fogo, previsto no art. 16 do Estatuto do Desarmamento.

Como sabido, a Lei nº 11.706/08, que teve origem na Medida Provisória nº 417/08, previu, como prazo final para o registro de armas, o dia 31.12.2008 e passou a assegurar a possibilidade de entrega de armas à Polícia, sem estipular prazo para tanto.

Em seguida, foi editada a Lei nº 11.922/09, que prorrogou para 31 de dezembro de 2009 o prazo acima referido para registro de armas.

Permaneceu em aberto, porém, o prazo para entrega de armas (art. 32 da Lei nº 10.826/03).

Assim sendo, é de se entender que todas as condutas de posse de arma ou munição praticadas desde a edição da citada Lei nº 10.826/03 estão alcançadas pelas disposições da Lei nº 11.706/08.

A propósito, as seguintes decisões deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL - POSSE DE ARMA DE FOGO, ACESSÓRIOS E MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E RESTRITO - POSSE DE ARTEFATO EXPLOSIVO - 'VACATIO LEGIS INDIRETA' - OCORRÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - RECURSO PROVIDO

1. A 'vacatio legis' indireta trazida pelo Estatuto do Desarmamento abarcou todas as hipóteses de posse de arma de fogo, acessórios e munição, de uso permitido ou restrito, e artefato explosivo. 2. É possível a absolvição quando é feita ao paciente imputação de fato criminal temporariamente atípico. 3. Recurso provido para absolver o réu. (Apelação Criminal nº 1.0148.04.027781-3/001. Relatora Des. Jane Silva. DJ 14.4.2009).

PORTE DE ARMA - [...] ARMA DE FOGO - POSSE EM RESIDÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - CONDUTA ATÍPICA.- [...] - A conduta de se manter em casa arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar se mostra atípica, em razão do prazo previsto na Lei nº 10.826/2003, para que o possuidor de armas as entregue à Polícia Federal espontaneamente, presumida a boa-fé. (Apelação nº 1.0024.10.060866-0/001. 2ª CCrim. Re. Des. Baía

Borges. DJ 03.02.2011).

Permita-se, ainda, colacionar parte do voto acima citado, cujo teor muito bem elucida a questão (Apelação nº 1.0024.10.060866-0/001):

Como sabido, a Lei nº 11.706/08, que tem origem na Medida Provisória nº 417/08, passou a prever, como prazo final para o registro de armas, o dia 31.12.2008.

Em seguida, a Lei nº 11.922/09 prorrogou esse prazo para 31 de dezembro de 2009.

Ocorre que, além de ter cuidado desse prazo - que, como bem dito pelo apelante, não se aplica in casu, por se tratar de arma de uso restrito -, a Lei nº 11.706/08 conferiu nova redação ao artigo 32 do citado Estatuto do Desarmamento, que passou a assegurar a possibilidade de entrega de armas à Polícia sem estipular prazo para tanto.

É importante frisar que não houve mera estipulação de novo prazo, mas alteração da redação original do art. 32 da Lei nº 10.826/03. (Destaca-se).

Nesse sentido, sobre a questão, a eminente Des. Beatriz Pinheiro Caires assim decidiu:

Ademais, não há que se falar aqui em norma de caráter temporário, para cujo teor não se aplicaria o princípio penal da retroatividade benéfica, uma vez que a nova redação dada ao art. 32 do Estatuto do Desarmamento não mais fixa prazo para entrega de armas, dependendo de nova alteração legal para tanto, revelando uma verdadeira prorrogação do prazo inicial estabelecido na redação original do referido artigo. (Apelação nº 1.0317.06.062246-9/001. 2ªCCrim. DJ 10.03.2011) (Destaca-se).

Assim, por ter a Lei 11.922/09 prorrogado o prazo para o registro de armas - 31 de dezembro de 2009 -, permanecendo em aberto,

todavia, o prazo para a sua entrega, não há que se falar em tipicidade da conduta.

Com isso, entende-se que a conduta praticada pelos réus, no que toca à posse de artefato é, de fato, atípica, motivo pelo qual devem ser absolvidos.

No caso em questão, apesar de se tratar de arma de fogo de uso restrito, o art. 32 da Lei nº 11.706/08 não restringe suas disposições somente às armas de fogo de uso permitido, não tratando sequer da natureza das armas que deverão ser entregues à autoridade policial.

Diante do exposto, DIVERGE-SE, EM PARTE, do entendimento adotado pelo ilustre Desembargador Relator, para, DE OFÍCIO, absolver os apelantes do delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003, pela atipicidade de sua conduta, decotando, de sua condenação as penas respectivas.

SÚMULA : RECURSO DO 1º APELANTE PROVIDO EM PARTE E RECURSO DO 2º APELANTE NÃO PROVIDO E, DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA DO 2º APELANTE. VENCIDO O VOGAL PARCIALMENTE.