Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais
Recurso Especial n. 0016877-22.2011.8.26.0554

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do "CD"

Tese 388

POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – DOLO – CARACTERIZAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA DEMONSTRAÇÃO DA INTENÇÃO DE COLOCAR EM RISCO A INCOLUMIDADE PÚBLICA.

O delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido ou restrito caracteriza-se com a simples posse da arma, munição ou acessório, independentemente da intenção de ofender a incolumidade pública.

(D.O.E., p.)

Acompanha acórdão Ap. Crim. 1.0707.12.029507-6/001, 5ª C.Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, rel. Des. Eduardo Machado, j. 19.11.2013, Publicação 25.11.2013, ofertado como paradigma.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos da Apelação Criminal n. **0016877-22.2011.8.26.0554,** da Comarca de Santo André, em que é apelante **ANTONIO ALVES**, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no artigo 105, III, **alíneas** "**a**" e "**c**", da Constituição da República, artigo 255, § 2º, do RISTJ, artigo 26 da Lei nº 8.038/90 e artigo 541 e § único do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o **Colendo Superior Tribunal de Justiça**, do acórdão de fls. 425/431, da **C. 10ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, pelos motivos adiante aduzidos:

1. A HIPÓTESE EM EXAME

ANTONIO ALVES foi denunciado como incurso no artigo 180, § 1º, do Código Penal e artigo 12, da Lei n. 10.826/03, c.c. artigo 69 daquele estatuto, porque no dia 10 de maio de 2011, em uma chácara situada na Estrada da Inconfidência, Paranapiacaba, Comarca de Santo André, guardava peças de veículos de origem ilícita, bem como **possuía e mantinha sob sua**

guarda, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, uma arma de fogo, tipo garrucha, calibre 32, municiada com dois cartuchos, apta à realização de disparos.

Concluído o sumário de culpa, o Juízo de Direito *a quo,* julgou a ação parcialmente procedente, condenando o acusado pelo crime do artigo 12 da Lei n. 10.826/03, às penas de 01 ano de detenção, em regime inicial aberto e substituída por pena restritiva de direitos, e 10 dias-multa, e absolvendo-o das demais imputações (fls. 342/350).

Inconformado, o acusado apelou tendo a Colenda 10ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, dado provimento ao recurso para absolvê-lo também da imputação ao artigo 12 da Lei n. 10.826/03, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, sob o argumento de que "**embora tenha restado demonstrado que o acusado possuía em sua residência arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar, <u>não restou demonstrado que o acusado agiu com o dolo de ofensa à incolumidade pública</u>"** (fls. 430).

Assim entenderam os doutos Julgadores, em acórdão que foi relatado pelo Des. NUEVO CAMPOS, ora transcrito:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016877-22.2011.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ANTONIO ALVES.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao

recurso ministerial e deram provimento ao apelo da defesa, para absolver Antônio Alves da imputação de se achar incurso no art. 12, da Lei 10.826/03, com fundamento no art. 386, III, do Cód. de Proc. Penal, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente), RACHID VAZ DE ALMEIDA E CARLOS BUENO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2015.

Nuevo Campos

RELATOR

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL no 0016877-22.2011.8.26.0554.

MM. Juíza de Primeira Instância: Dra. Teresa Cristina Cabral Santana Rodrigues dos Santos.

Comarca: Santo André - SP.

Apelantes/Apelados: Justiça Pública e Antônio Alves.

Voto: 31.241.

APELAÇÃO RECEPTAÇÃO QUALIFICADA PROVA INSUFICIENTE RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO PROVA INSUFICIENTE QUANTO AO DOLO DE OFENSA À INCOLUMIDADE PÚBLICA APELO DEFENSIVO PROVIDO RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO E APELO DEFENSIVO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

Vistos.

Trata-se de recurso interposto pelo D. Representante do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição e por Antônio Alves contra a r. decisão monocrática de fls. 342/350, que julgou parcialmente procedente a ação penal e condenou-o como incurso no art. 12, *caput,* da Lei 10.826/03, a 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e a 10 (dez) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, e o absolveu da imputação de se achar incurso no art. 180, § 1º, do Cód. Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Cód. de Proc. Penal, concedido o direito de recorrer em liberdade.

A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo período de 3

(três) anos, à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, a ser estabelecida em sede de execução.

Alfredo José Lopes, denunciado como incurso no art. 180, § 1º, do Cód. Penal, em concurso material com o art. 29, § 1º, III, da Lei 9.605/98, foi absolvido, com fundamento no art. 386, VII, do Cód. de Proc. Penal, da imputação de se achar incurso no art. 180, § 1º, do Cód. Penal, e com fundamento no art. 386, VI, do Cód. de Proc. Penal, da imputação de se achar incurso no art. 29, § 1º, III, da Lei 9.605/98.

O D. Representante do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição não apelou em relação ao acusado Alfredo José Lopes (fl. 404).

Pugna a acusação, em suma, pela condenação do acusado Antônio, nos termos da inicial, por entender que o conjunto probatório é suficiente a tanto (fls. 353/357).

Pugna a defesa, em suma, pela absolvição do acusado, sob o fundamento da atipicidade da conduta, bem como pela liberação e restituição do veículo VW/Kombi apreendido (fls. 373/376).

Contra-arrazoados os recursos (fls. 366/370, 387/390 e 398A/402), manifestou-se a D. Procuradoria da Justiça pelo desprovimento dos apelos (fls. 412/413).

É, em síntese, o relatório.

O recurso ministerial não procede, enquanto que o apelo da defesa comporta acolhimento.

Não ficou demonstrado, com a necessária segurança, que, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, o acusado foi surpreendido por policiais militares, em atividade comercial, ocultando e guardando diversas peças de automóveis descritas no auto de exibição e apreensão de fls. 46/50, cientes de sua origem ilícita.

Restou incontroverso, por outro lado, que o acusado mantinha, em sua residência, uma garrucha, de calibre 32, arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Policiais militares, em patrulhamento de rotina, informados por um popular de um possível desmanche, dirigiram-se para o local indicado, e, no interior de um galpão, atrás de uma porta de ferro na parede dos fundos, localizaram sete placas de veículos, um pedaço de coluna e um pedaço de assoalho, referentes a veículos subtraídos na região.

No interior da residência do apelado, encontraram, ainda, uma garrucha, de calibre 32, arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade restou demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 46/50), auto de entrega (fl. 51), fotos (fls. 88/90), laudo pericial das

armas (fls. 127/135 e 169/172), laudo pericial do local (fls. 178/185) e laudo pericial (fls. 206/216).

Importa considerar, entretanto, que não restou demonstrada a autoria da receptação das peças apreendidas.

O acusado, ao longo da persecução penal, negou a autoria do crime, alegando que teria alugado o galpão da chácara para um indivíduo conhecido apenas como "Orlando", a quem pertenciam as peças apreendidas (fls. 11/12 e 276/283).

É certo que o acusado não forneceu maiores detalhes a respeito do agente identificado apenas como "Orlando", bem como não apresentou qualquer contrato de locação.

Nesse sentido são os depoimentos dos policiais militares Fábio Lopes Y Lopes (fls. 4/5 e 264/268) e Alex Martino (fls. 6/7 e 259/263).

Tais circunstâncias, sem dúvida, permitem extrair da análise do conjunto probatório indícios desfavoráveis ao apelado.

Entretanto, ainda que se vislumbre indícios desfavoráveis ao recorrido estes não são veementes, mas remotos, razão pela qual não se inserem no âmbito do art. 239, do Cód. de Proc. Penal, e, consequentemente, não autorizam a condenação quanto ao crime de receptação.

Importa anotar, neste aspecto, o depoimento de Alfredo José Lopes, no sentido de que tinha conhecimento que o acusado alugava o galpão da chácara em que o recorrido residia (fls. 284/288).

Ademais, como bem ressaltado na r. sentença de primeiro grau de jurisdição, não restou, suficientemente, esclarecido o que o acusado e Alfredo faziam no momento da abordagem dos policiais, bem como que não foram infirmadas as alegações de que Alfredo lá se encontrava apenas para realizar o conserto do veículo VW/Kombi, que pertence ao acusado.

Era de rigor, portanto, no que tange ao crime previsto no art. 180, § 1º, do Cód. Penal, o pronunciamento do *non liquet.*

No que tange ao crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, embora tenha restado demonstrado que o acusado possuía em sua residência arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não restou demonstrado que o acusado agiu com o dolo de ofensa à incolumidade pública.

Insta observar, neste aspecto, as declarações do acusado no sentido que possuía a arma, que era de seu pai, há muito tempo (fls. 276/283), bem como que a guardava, pois morava em local afastado (fls. 11/12).

Ademais, o acusado é primário e não ostenta antecedentes criminais (fls. 106/108).

O pronunciamento do *non liquet,* em relação ao crime previsto no art. 12, da Lei 10.826/03, portanto, observada a excepcionalidade do caso em tela, é de rigor.

Determina-se, finalmente, que o pedido de liberação do veículo VW/Kombi apreendido, formulado pelo acusado às fls. 374/375, com o retorno dos autos à origem, seja apreciado pelo R. Juízo *a quo.*

Face ao exposto, meu voto nega provimento ao recurso ministerial e dá provimento ao apelo da defesa, para absolver Antônio Alves da imputação de se achar incurso no art. 12, da Lei 10.826/03, com fundamento no art. 386, III, do Cód. de Proc. Penal, com determinação.

NUEVO CAMPOS

Relator

Assim, ao exigir o dolo específico de ofensa à incolumidade pública para a caracterização do artigo 12 da Lei n. 10.826/03, a douta Turma Julgadora, além de negar vigência ao citado preceito infraconstitucional, divergiu da orientação do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, autorizando, pois, a interposição deste recurso, com amparo nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

2. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL

A C. Câmara absolveu o acusado da imputação de possuir arma de fogo na residência, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar sob o fundamento de que **“ (...)** ***no que tange ao crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, embora tenha restado demonstrado que o acusado possuía em sua residência arma de fogo de uso***

permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não restou demonstrado que o acusado agiu com o dolo de ofensa à incolumidade pública.

Nesse aspecto, negou vigência ao artigo 12 da Lei n. 10.826/03 que, **não exige o dolo específico ou elemento subjetivo especial de ofensa à incolumidade pública, pois se trata de delito de mera conduta e de perigo abstrato.**

Com efeito, o dolo, elemento subjetivo do tipo, consiste na consciência e vontade da realização da conduta típica.

A doutrina clássica o dividia o dolo *genérico* ou *elemento subjetivo geral* e dolo *específico*. O dolo genérico é a vontade de realizar fato descrito na norma penal incriminadora; o dolo específico é a vontade de praticar o fato e produzir um fim especial (DAMÁSIO E. DE JESUS, Direito Penal, Parte Geral, 28. ed., Saraiva, p. 293).

Ainda:

> "*Ele se distingue do dolo genérico – porque neste basta que seja querido o fato descrito na norma incriminadora, enquanto que no dolo específico, o agente tem em vista um fim ou objetivo que se situa fora do fato descrito na lei penal*" (FREDERICO MARQUES, Tratado de Direito Penal, v. II, Bookseller, 1997, p. 262).

Modernamente, a doutrina afirma que o dolo é único e que o *especial fim do agente* é um elemento subjetivo do tipo.

> "O *especial fim de agir* que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a *ilicitude* do fato, constituindo, assim, *elemento subjetivo do tipo* de ilícito, dee forma autônoma e

> independente do dolo. A denominação correta, por isso, é *elemento subjetivo especial do tipo* ou *elemento subjetivo especial do injuto,* que se equivalem, porque pertencem à ilicitude e ao tipo que a ela corresponde" (CEZAR ROBERTO BITENCOURT, Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 8. ed., Saraiva, p. 218).

Assim, alguns delitos contém apenas o dolo ou *dolo genérico* (o homicídio simples – art. 121, *caput,* CP - por exemplo), enquanto que outros contém o *especial fim de agir,* chamado de *dolo específico* ou *elemento subjetivo especial do tipo* (a extorsão mediante sequesto – art. 159, *caput,* CP - por exemplo).

Os delitos que contém em sua descrição típica o *especial fim de agir* ou o *elemento subjetivo especial do injusto* (ou o dolo específico), só se configuram se o agente dolosamente agiu buscando essa especial finalidade.

Por outro lado, os tipos penais que não contém o elemento subjetivo especial do injusto se concretizam com o dolo geral, ou seja, com a simples prática da conduta descrita no tipo.

Pois bem, dispõe o artigo 12 da Lei n. 10.826/03:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Análise desse preceito infraconstitucional revela que o tipo contém apenas o dolo geral (ou genérico) de ter a arma na

residência, independentemente de qualquer outra finalidade ou objetivo especial do agente. Logo, ausente na descrição típica *qualquer especial fim de agir* (ou dolo específico), incabível exigir essa finalidade para a condenação.

Tratando do elemento subjetivo do crime de posse ilegal de arma de uso permitido, ensina FERNANDO CAPEZ:

> "*É o dolo. Não estão previstas formas culposas. Não há elemento subjetivo do injusto, exigindo-se tão somente que o agente tenha a consciência e a vontade de possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda, no seu local de trabalho*" (Curso de Direito Penal: Legislação penal especial, v. 4, 7. ed., Saraiva, 2012, p. 390).

Ainda:

> *"Elemento subjetivo: é o dolo. Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa*. (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Leis penais e processuais penais comentadas, 4. ed., RT, 2010, nota ao artigo 12, p. 85).

> "*Cuida-se de delito doloso, não exigindo uma finalidade especial* (...) (CESAR DARIO MARIANO DA SILVA, Estatuto do Desarmamento, 3. ed., Forense, 2007, p. 70).

Ademais, o delito de posse ilegal de arma de fogo <u>é de perigo abstrato</u>, se concretizando com a conduta de possuir arma ou mantê-la sob sua guarda, independentemente do risco concreto à incolumidade pública que, no caso, é presumido.

> "*Trata-se de crimes de perigo abstrato e coletivo (...) Observamos que os crimes descritos no Estatuto prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a experiência tem demonstrado que a posse ou o porte de armas de fogo, acessórios ou munições, ou outras condutas correlatas, colocam em risco a coletividade, sendo isso fato notório"* (CESAR DARIO MARIANO DA SILVA,ob. cit., p. 31).

Ainda:

> "*é crime de mera conduta (não depende da ocorrência de nenhum efetivo prejuízo para a sociedade ou para qualquer pessoa* (...) *de perigo abstrato (a probabilidade de dano, com o mau uso da arma é presumida pelo tipo penal* (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, ob. cit., p. 86).

No mesmo sentido a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. ABSOLVIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. PRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E RISCO CONCRETO DE DANO. TIPICIDADE DA CONDUTA. AFASTAMENTO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a

> espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. - **A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o crime descrito no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 é de mera conduta e de perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a segurança pública e a paz social. - Para sua configuração, basta o dolo genérico, ou seja, é suficiente a posse de arma de uso restrito, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, sendo irrelevante a existência ou não de dolo específico, bem como a ausência de risco concreto de dano**. - Bem delineada, nas instâncias ordinárias, a conduta do paciente, não há falar em absolvição ou desclassificação na via estreita do habeas corpus, ante o necessário revolvimento fático-probatório inadmissível na via eleita. Habeas corpus não conhecido (HC 305405 / RS, Relator Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, Julgamento 18/11/2014, DJe 26/02/2015).

Assim, ao exigir prova do elemento subjetivo especial de ofensa à incolumidade pública, o v. acórdão criou requisito não constante do tipo penal do artigo 12 da Lei n. 10.826/03 e, por isso, negou vigência a esse preceito infraconstitucional.

3. DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

Encontra-se pacificado nas duas Turmas Criminais do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que o delito do artigo 12 do Estatuto do Desarmamento é de mera conduta e perigo abstrato, consumando-se com a mera posse de arma ou munição, independentemente de qualquer finalidade especial do agente ou perigo concreto de dano.

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 12 DA LEI N.º 10.826/2003. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELA EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (18 PEDRAS DE CRACK, 65 PAPELOTES DE COCAÍNA, 01 BUCHA DE MACONHA E 04 GRANDES PEDRAS DE CRACK). ART. 42, DA LEI N.º 11.343/06. RECLUSÃO E DETENÇÃO: PENAS QUE NÃO SE SOMAM PARA FINS DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. REPRIMENDA DO CRIME DE TRÁFICO MENOR QUE 4 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. **1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o crime previsto no art. 12 da Lei n.º 10.826/2003 é de perigo abstrato e de mera conduta, sendo desnecessária lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico**. 2. No crime de tráfico de drogas, não há ilegalidade no aumento da pena-base se nas instâncias ordinárias esclareceu-se ter sido grande a quantidade de droga apreendida (no caso, 18 pedras e 4 pedras grandes de crack, 65 papelotes de cocaína, 01 bucha de maconha) e variada a natureza. O art. 42 da Lei n.º 11.343/06 é expresso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto". 3. As penas de reclusão e de detenção não se somam para fins de fixação de regime prisional. 4. Imposta pena privativa de liberdade menor que 8 anos a condenado por crime hediondo ou equiparado, é possível, em tese, iniciar o cumprimento da reprimenda em regime prisional que não o fechado. 5. Por outro lado, se a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porque considerada circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Paciente,

mostra-se cabível regime mais gravoso que o aberto para início do cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. 6. No caso, em que a reprimenda do Paciente pelo crime de tráfico foi fixada em três (3) anos e quatro (4) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e considerado o fato de que a pena-base não foi fixada no mínimo legal - ante o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis -, impõe-se a fixação do regime semiaberto. 7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, tão somente para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena referente ao delito de tráfico de drogas (HC 214180 / ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, Julgamento 22/10/2013, DJe 05/11/2013).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 384, § 4º, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. ART. 16 DA LEI N. 10.826/2003. POTENCIAL LESIVO. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA. PERIGO ABSTRATO. ART. 386, VII, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. NECESSIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. ART. 129 DO CP. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não houve prévio debate acerca da aplicabilidade do art. 384, § 4º do Código Penal à demanda e nem sequer foram opostos embargos de declaração na origem para ventilar a matéria. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF, em razão da falta de prequestionamento. 2. O requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo Tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados. **3. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica, no sentido de que em relação às formas do crime descrito no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, sua**

caracterização não depende de perícia acerca do potencial lesivo da arma apreendida, tratando-se de delito de mera conduta, de perigo abstrato, o qual se consuma com a mera posse (ou porte) sem a devida autorização. 4. Quanto ao pleito de absolvição, rever o entendimento consignado na instância ordinária demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em sede de recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 07 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerando que a pena privativa de liberdade definitivamente aplicada ao agravante foi de 9 meses, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, cujo prazo prescricional era, à época do fato, de 2 anos, conforme dicção do art. 109, VI, do Código Penal, em vigor à época dos fatos. 6. Levando-se em conta que o fato ocorreu em 26/9/2006, a denúncia foi recebida em 27/7/2009, a condenação se deu tão somente em 3/4/2012 e transcorram mais de 2 anos entre as referidas datas, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade superveniente é medida que se impõe. 7. Agravo regimental parcialmente provido, tão somente para reconhecer a ocorrência da prescrição em relação ao crime do art. 129 do Código Penal (AgRg no AREsp 376403 / PI, Relatora Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgamento 05/02/2015, DJe 20/02/2015)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO (ARTIGO 12 DA LEI 10.826/2003). ALEGADA AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SEGURANÇA PÚBLICA E À PAZ COLETIVA. 1. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação. 2. As condutas punidas por meio dos

delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico. 3. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância à posse ilegal de 48 (quarenta e oito) munições de revólver calibre 38 e um recipiente contendo pólvora, por se tratar de crime de perigo abstrato, que visa a proteger a segurança pública e a paz coletiva. Precedentes. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. POTENCIALIDADE LESIVA. CRIME DE MERA CONDUTA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. **1. O simples fato de possuir munição de uso permitido configura a conduta típica prevista no artigo 12 da Lei 10.826/2003, por se tratar de delito de mera conduta e de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva. 2. Havendo provas nos autos relativas à materialidade do crime de posse ilegal de munição de uso permitido, eventual apreensão de munições ou armas isoladas, ou incompatíveis com projéteis, não descaracteriza o crime em questão, pois para a sua configuração basta a simples posse ou guarda da munição sem autorização da autoridade competente**. APONTADA ILICITUDE DA APREENSÃO DAS MUNIÇÕES NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. POLICIAIS QUE TERIAM INGRESSADO NO LOCAL SEM ORDEM JUDICIAL. FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EIVA NÃO CARACTERIZADA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas (Doutrina e jurisprudência). 2. Recurso improvido (RHC 43756 / AL, Relatora Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgamento 08/04/2014, DJe 23/04/2014).

3.1. DECISÃO PARADIGMA

No julgamento da Apelação Criminal 1.0707.12.029507-6/001, relator Des. Eduardo Machado, relator do Acórdão Des. Eduardo Machado, Julgamento**:** 19/11/2013, **Data da Publicação:** 25/11/2013, que ora se oferta como **paradigma** (cópia anexa, **cuja autenticidade é declarada nos termos do artigo 365, IV, do Código de Processo Civil**), o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTATUTO DO DESARMAMENTO - POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA E MUNIÇÕES - TIPICIDADE DA CONDUTA - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - DESNECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DE DOLO. O crime de posse ilegal de arma de fogo é de perigo abstrato; de perigo, porque se configura com a simples ameaça do bem tutelado, que se cria a partir da ação do agente, sequer sendo exigido o dolo de produzir algum dano efetivo; abstrato, porque é prescindível que a conduta do agente resulte na produção de um perigo real para a segurança coletiva, pois a própria ação expõe a risco à incolumidade pública. VV. POSSE DE ARMA DE FOGO - ABOLITIO CRIMINIS - DECRETO N° 7.473/2011 - RECONHECIMENTO.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0707.12.029507-6/001 - COMARCA DE VARGINHA - APELANTE(S): JOSÉ PEQUENO DE OLIVEIRA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A C Ó R D Ã O

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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

DES. EDUARDO MACHADO

RELATOR.

DES. EDUARDO MACHADO (RELATOR)

V O T O

Trata-se de apelação criminal interposta contra a decisão de fls. 93/96, que, julgando procedente a denúncia, condenou o apelante pela prática do crime previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, às penas de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) diasmulta, sendo a reprimenda corporal substituída pelas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de freqüentar determinados lugares.

Nas razões recursais, às fls. 108/109, pleiteia-se a absolvição, por ausência de dolo, alegando-se, em apertada síntese, que "O réu tinha a posse de arma de fogo há mais de 20 anos, fazendo-se inaplicável na lei nova... vale ressaltar que o réu sequer sabia que a arma era raspada".

Contrarrazões recursais, às fls. 110/111.

Manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça, às fls. 121/132, pelo não provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação criminal.

Narra a denúncia "que no dia 19 de novembro de 2012, por volta das 17h50min, na Av. Rogassiano Francisco Coelho, nº 137, bairro Industrial JK, na cidade de Varginha, o denunciado possuía e mantinha sob sua guarda, na sua residência, um revólver calibre .38, marca Rossi, nº de série raspado/pinado, com capacidade para 06 unidades de carga, carregado com 05 munições, além de 02 (duas) munições do mesmo calibre, marca CBC; tudo em total desacordo com a norma legal e sem autorização da autoridade competente".

No presente caso, não há dúvida acerca da apreensão de arma de fogo e munições, por policiais militares, na casa do apelante, tal fato é, inclusive, confesso.

Todavia, a Defesa pleiteia a absolvição, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de dolo, pois "O réu tinha a posse de

arma de fogo há mais de 20 anos... sequer sabia que a arma era raspada".

O crime de posse ilegal de arma de fogo é de perigo abstrato.

De perigo, porque se configura com a simples ameaça do bem tutelado, que se cria a partir da ação do agente, sequer sendo exigido o dolo de produzir algum dano efetivo.

Abstrato, porque é prescindível que a conduta do agente resulte na produção de um perigo real para a segurança coletiva, pois a própria ação expõe a risco à incolumidade pública.

Certo é que a posse ilegal de arma de fogo representa um perigo para a segurança coletiva, sendo, assim, justificada a presunção de perigo.

Em que pese a alegação da Defesa, irrelevante o fato de o acusado possuir a arma e as munições há mais de 20 (vinte) anos; pois, o que importa é que quando se deu a apreensão de tais objetos, no dia 19 de novembro de 2012, estava em vigor a Lei nº 10.826/03, merecendo ser destacado que tal conduta não fora abrangida pelo período de anistia.

Nesse contexto, irrelevante, ainda, para a caracterização do crime em questão, a alegação de que o réu desconhecia o fato de que o número de série da arma de fogo estava raspado.

Feitas tais considerações, deve ser mantida a condenação do apelante pelo crime previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03.

Por fim, saliente-se que a pena foi cominada ao réu no mínimo legal; e, em seguida, substituída a privativa de liberdade pelas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de freqüentar determinados lugares.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, mantendo-se "in totum" a decisão hostilizada.

Custas na forma da lei.

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Peço vênia ao I. Relator, mas divirjo da condenação do apelante pelo crime do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03.

Narrou a denúncia que, "no dia 19 de novembro de 2012, por volta das 17h50min, na Av. Rogassiano Francisco Coelho, nº 137, bairro Industrial JK, na cidade de Varginha, o denunciado possuía e mantinha sob sua guarda, na sua residência, um revólver calibre .38, marca Rossi, nº de série raspado/pinado, com capacidade para 06 unidades de carga, carregado com 05 munições, além de 02 (duas) munições do mesmo calibre, marca CBC; tudo em total desacordo com a norma legal e sem autorização da autoridade competente".

Há uma corrente jurisprudencial neste Tribunal de Justiça que estou a adotar. Para esclarecê-la, cito trecho do voto da Eminente Desembargadora Maria Luíza de Marilac, pedindo licença para fazê-lo:

> ***"(...) a ação descritiva na denúncia não encontra, neste momento, tipicidade, por força do Decreto 7.473/2011, que regulamentou a Lei 10.826/2003, acabando por ampliar e modificar as condições do período de vacatio legis temporalis, ao permitir a regularização e entrega espontânea das armas de fogo e munições por prazo indeterminado.***
>
> ***A nova redação dos dispositivos prorrogou a situação peculiar que não mais existia, ao renovar a possibilidade de regularização do registro e entrega espontânea por tempo indeterminado, dando mais uma oportunidade de devolução das armas e munições possuídas ilegal ou irregularmente, por recriar a situação excepcional que tornou atípica as ações descritivas tanto no art. 12 como no art. 16 da Lei Federal 10.826/03 e recriando a condição de abolitio criminis temporalis por prazo indeterminado, ou seja, até que novo decreto estipule nova data final para entrega das armas e munições, após a qual os delitos indicados encontrarão completa adequação típica.***
>
> ***Neste sentido:***

Respeitados entendimentos diversos, minha interpretação em relação aos artigos 5º, § 3º, 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, é a de que a abolitio criminis temporária criada pela Lei 10.826/2003 e recentemente estendida pelo Decreto nº 7.473/2011, abrange as condutas de possuir e manter sob guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido ou restrito, com numeração raspada ou adulterada, em sua residência ou dependência desta, ou ainda, no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa. Logo, o comportamento perpetrado pelo recorrente, segundo a acusação, de manter sob sua guarda no interior da residência uma espingarda, resta abarcado pela citada causa extintiva de punibilidade. Declarada, de ofício, a extinção da punibilidade do apelante, restando prejudicado o exame de seu recurso. (TJRS - Ap. Criminal 70043111533 - Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira - 05.10.2011)

Dadas as disposições da Lei nº 10.826/03, com a alteração subsequente pelo Decreto nº 7.473, de 05.5.2011, ocorreu um vácuo legislativo em relação à posse de arma de fogo por prazo indeterminado, já que "presumir-se-á a boa -fé dos possuidores e proprietários de armas de fogo que espontaneamente entregá-las na Polícia Federal ou nos postos de recolhimento credenciados, nos termos do art. 32 da Lei nº 10.826, de 2003". Assim, atualmente ocorre atipicidade das condutas previstas nos arts. 12 e 16 (quanto à posse) do Estatuto do Desarmamento, inexistindo punição cabível, já que se presume a boa-fé de que o agente entregaria a arma e munições. Aplica-se, no caso, o parágrafo único do art. 2º do Código Penal. (TJRS - Ap. Criminal 70043326149 - Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas - 28.09.2011)".

A ementa do referido julgado é a seguinte: EMENTA: POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO. ABOLITIO CRIMINIS. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO

> ***QUE SE IMPÕE. A posse de arma de fogo e munição, no interior da residência, sem autorização e em desacordo com a disposição legal está temporariamente coberta pela abolitio criminis, em observância ao Decreto 7.473/2011. (Apelação Criminal 1.0440.11.001898-1/001, Rel. Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/03/2013, publicação da súmula em 13/03/2013). Na ocasião, de acordo com a Relatora votaram os Eminentes Desembargadores Antônio Carlos Cruvinal e Paulo Cézar Dias, restando unânime a absolvição.***

Destacando o Decreto 7.473/2011, a ausência de fixação de prazo e a necessária presunção de boa-fé, aplico para o presente caso o entendimento acima e absolvo o apelante da prática do crime do art. 16 do Estatuto do Desarmamento.

Com essas considerações, DOU PROVIMENTO ao recurso do apelante para absolvê-lo, com fulcro no art. 386, III, CPP. É como voto.

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL" 7

3.2. DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DE SEMELHANÇA

Como se verifica pela transcrição ora feita, é evidente o paralelismo entre os casos tratados no r. julgado trazido à colação e a hipótese decidida nos autos: nos dois processos houve decisão sobre a natureza do crime de posse de arma de fogo; porém, as soluções aplicadas apresentam-se opostas.

Segundo o teor do v. acórdão impugnado:

“No interior da residência do apelado, encontraram, ainda, uma garrucha, de calibre 32, arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade restou demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 46/50), auto de entrega (fl. 51), fotos (fls. 88/90), laudo

pericial das armas (fls. 127/135 e 169/172), laudo pericial do local (fls. 178/185) e laudo pericial (fls. 206/216).

(...)

No que tange ao crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, embora tenha restado demonstrado que o acusado possuía em sua residência arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não restou demonstrado que o acusado agiu com o dolo de ofensa à incolumidade pública.

Insta observar, neste aspecto, as declarações do acusado no sentido que possuía a arma, que era de seu pai, há muito tempo (fls. 276/283), bem como que a guardava, pois morava em local afastado (fls. 11/12).

Ademais, o acusado é primário e não ostenta antecedentes criminais (fls. 106/108).

O pronunciamento do *non liquet,* em relação ao crime previsto no art. 12, da Lei 10.826/03, portanto, observada a excepcionalidade do caso em tela, é de rigor" (fls. 429/431).

Enquanto para o paradigma:

"No presente caso, não há dúvida acerca da apreensão de arma de fogo e munições, por policiais militares, na casa do apelante, tal fato é, inclusive, confesso.

Todavia, a Defesa pleiteia a absolvição, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de dolo, pois "O réu tinha a posse de arma de fogo há mais de 20 anos... sequer sabia que a arma era raspada".

O crime de posse ilegal de arma de fogo é de perigo abstrato.

De perigo, porque se configura com a simples ameaça do bem tutelado, que se cria a partir da ação do agente, sequer sendo exigido o dolo de produzir algum dano efetivo.

Abstrato, porque é prescindível que a conduta do agente resulte na produção de um perigo real para a segurança coletiva, pois a própria ação expõe a risco à incolumidade pública.

Certo é que a posse ilegal de arma de fogo representa um perigo para a segurança coletiva, sendo, assim, justificada a presunção de perigo.

Em que pese a alegação da Defesa, irrelevante o fato de o acusado possuir a arma e as munições há mais de 20 (vinte) anos; pois, o que importa é que quando se deu a apreensão de tais objetos, no dia 19 de novembro de 2012, estava em vigor a Lei nº 10.826/03, merecendo ser destacado que tal conduta não fora abrangida pelo período de anistia.

Nesse contexto, irrelevante, ainda, para a caracterização do crime em questão, a alegação de que o réu desconhecia o fato de que o número de série da arma de fogo estava raspado".

Portanto, **enquanto para o r. julgado recorrido**: No que tange ao crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, embora tenha restado demonstrado que o acusado possuía em sua residência arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não restou demonstrado que o acusado agiu com o dolo de ofensa à incolumidade pública. Insta observar, neste aspecto, as declarações do acusado no sentido que possuía a arma, que era de seu pai, há muito tempo (fls. 276/283), bem como que a guardava, pois morava em local afastado (fls. 11/12).

Para o v. acórdão paradigma: "O crime de posse ilegal de arma de fogo é de perigo abstrato. De perigo, porque se configura com a simples ameaça do bem tutelado, que se cria a partir da ação do agente, sequer sendo exigido o dolo de produzir algum dano efetivo. Abstrato, porque é prescindível que a conduta do agente resulte na produção de um perigo real para a segurança coletiva, pois a própria ação expõe a risco à incolumidade pública. Certo é que a posse ilegal de arma de fogo representa um perigo para a segurança coletiva, sendo, assim, justificada a presunção de perigo" Em que pese a alegação da Defesa, irrelevante o fato de o acusado possuir a arma e as munições há mais de 20 (vinte) anos; pois, o que importa é que quando se deu a apreensão de tais objetos, no dia 19 de novembro de 2012, estava em

vigor a Lei nº 10.826/03, merecendo ser destacado que tal conduta não fora abrangida pelo período de anistia"

Nítida, pois, a semelhança das situações cotejadas e manifesta a divergência de soluções.

Sendo assim, mais correta, a nosso ver, a solução encontrada pela decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

4. RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA

Ante o exposto, demonstrados fundamentadamente a negativa de vigência à lei federal e o dissídio jurisprudencial, aguarda o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO seja deferido o processamento do presente **RECURSO ESPECIAL** por essa Egrégia Presidência, bem como seu ulterior conhecimento e provimento pelo **Superior Tribunal de Justiça**, para que seja cassada a decisão impugnada, restabelecendo-se a sentença de Primeiro Grau que condenou o acusado **ANTONIO ALVES** por infração ao artigo 12 da Lei n. 10.826/03.

São Paulo, 8 de abril de 2015.

JORGE ASSAF MALULY

PROCURADOR DE JUSTIÇA

JAIRO JOSÉ GÊNOVA

PROMOTOR DE JUSTIÇA
DESIGNADO