



NJG

Nº 70054304068 (Nº CNJ: 0155033-22.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

**APELAÇÃO. PORTE DE ARMA DE FOGO INAPTA A
PRODUZIR DISPAROS. PROVA PERICIAL
COMPROBATÓRIA DE QUE A DITA ARMA NÃO
POSSUI APTIDÃO PARA PRODUZIR DISPAROS,
QUE NÃO SE ENCONTRA EM CONDIÇÕES DE USO
E FUNCIONAMENTO. ATIPICIDADE.**

**RECURSO PROVIDO.
ABSOLVIÇÃO DECRETADA.**

APELAÇÃO CRIME

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70054304068

COMARCA DE PASSO FUNDO

JONAS DOS SANTOS MENEZES

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade**, em dar provimento ao recurso, para absolver o recorrente com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO E DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO**.

Porto Alegre, 17 de outubro de 2013.

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI,



NJG

Nº 70054304068 (Nº CNJ: 0155033-22.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Relator.

RELATÓRIO

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (RELATOR)

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia contra J.S.M. e A.P.P., dando-os como incursos no artigo 14 da Lei 10.826/03, na forma do artigo 29, *caput*, do Código Penal, pelo seguinte fato delituoso:

No dia 05 de maio de 2009, por volta das 19h45min, na Rua Pio XI, nesta Cidade, os denunciados **J.S.M. e A.P.P.**, em comunhão de esforços e conjunção de vontades, portavam, transportavam e ocultaram 01 (um) revólver marca Italo, calibre. 22, número de série V617, 01(um) cartucho de mesmo calibre, e 01(uma) cápsula deflagrada calibre. 22, com potencialidade lesiva, sem autorização e em desacordo com a autorização legal ou regulamentar, pois não tinham autorização de órgão competente. Na oportunidade, os denunciados, em união de esforços e vontades, portavam, transportavam e ocultavam a mencionada arma de fogo na via pública supracitada, ocasião em que Policiais Militares, em patrulhamento de rotina, avistaram os acusados conduzindo o veículo VW/Polo Classic, placas identificadoras CYZ-7001. Ato contínuo, ao perceberem a aproximação da guarnição, os denunciados arremessaram a arma de fogo do interior do automotor que, ao atingir o solo, disparou acidentalmente. Apreendida a arma, esta foi remetida à perícia técnica, onde constatou que “não se encontra em condições de uso e de funcionamento” (laudo pericial de fl.30 do I.P.).

A denúncia foi recebida em 21.09.2009 (fl. 04). Os réus foram citados pessoalmente (fls. 38 a 40) e ofereceram resposta à acusação (fls. 41; 43 a 44). Durante a instrução processual, foi inquirida uma testemunha (fls. 55 a 56) e interrogados os réus (fls. 60 a 65).

Encerrada a instrução, em memorial, o Ministério Público requereu a condenação do réu nos termos da denúncia (fls. 70 a 71). A defesa de J.S.M., por sua vez, postulou a absolvição do acusado por insuficiência probatória, ou, alternativamente, a aplicação do artigo 65, I, do Código Penal, caso haja penalização (fls. 73 a 76). Por fim, a defesa de



NJG

Nº 70054304068 (Nº CNJ: 0155033-22.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

A.P.P. requereu sua absolvição alegando atipicidade da conduta e não ter o réu concorrido para o delito (fls. 81 a 88)

Sobreveio sentença de parcial procedência da denúncia, para o fim de absolver o réu A.P.P. e condenar o acusado J.S.M. como incursão no artigo 14 da Lei 10.826/03, impondo-lhe pena de **02 anos de reclusão** (pena-base definitiva), em regime inicialmente aberto, e multa de 10 dias-multa, à razão mínima legal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços à comunidade consistente em uma hora de trabalho por dia de condenação e pena pecuniária no valor de um salário mínimo a entidade assistencial definida pelo juízo da execução (89 a 94).

A sentença foi publicada em 05.10.2012 (fl. 95).

Em face dessa decisão, a defesa de J.S.M. interpôs, tempestivamente, recurso de apelação (fl. 99). Alegou, nas razões recursais, ser o fato *in casu* atípico por tratar-se de crime impossível, devendo o réu ser absolvido. Requereu ainda, alternativamente, a isenção da pena de multa, por ser esta inexecutável e por isso inútil (fls. 99 a 103).

Com as contrarrazões (fls. 105 a 106), subiram os autos.

Nesta instância, o digno Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (fls. 108 a 110).

É o relatório.

VOTOS

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI (RELATOR)

Eminentes colegas:

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo réu Jonas, em face de sentença que o condenou como incursão no artigo 14, *caput*, da Lei 10.826/03.



NJG

Nº 70054304068 (Nº CNJ: 0155033-22.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Não havendo preliminares, passo diretamente ao exame do mérito.

As provas produzidas sob contraditório judicial foram assim examinadas na sentença *a quo*:

A materialidade do delito restou consubstanciada pela comunicação de ocorrência policial (fls. 04/05), pelo auto de apreensão (fl. 06) e pelo laudo pericial da arma de fogo apreendida (fl.30).

[...]

O réu Jonas dos Santos Menezes, ao ser interrogado, declarou que estava portando a arma, mas que era de um amigo seu. Relatou que estava indo na casa de sua avó para entregar a arma ao suposto dono, quando o outro réu passou de carro e acabou pedindo carona. Narrou que viu a Brigada Militar e jogou fora a arma, informando apenas, neste momento, a Anderson que estava portando o revólver.

[...]

Em seu interrogatório, o acusado Anderson Portela Pinho relatou que apenas deu carona para Jonas ir à residência de sua avó, quando encontraram uma guarnição da Brigada Militar. Nesse momento, o outro acusado lhe pediu para abrir a janela do veículo que tinha que jogar uma coisa fora, informando que era um revólver. Narrou que, no primeiro momento, achou que era brincadeira de Jonas, pois o outro réu não carregava nada nas mãos.

[...]

A testemunha Valmir Antônio Lemes, limitou-se a dizer que durante a patrulha avistaram um veículo suspeito e tentaram abordar os réus. Narrou que antes da abordagem, os acusados pararam a arremessaram a arma para fora do carro, que posteriormente foi recolhida.

Compulsando os autos, verifico ser impositiva a reforma da sentença condenatória, pois o laudo pericial da fl. 30 afasta a potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida ao afirmar expressamente “que o mecanismo de disparo e repetição encontra-se inoperante, não sendo capaz de produzir tiros”, do que resultou a conclusão de que “a arma questionada não se encontra em condições de uso e de funcionamento”.

O delito em questão – **porte de arma** –, sabe-se, é classificado como tipo penal de perigo abstrato, comumente conceituado, pela doutrina,



NJG

Nº 70054304068 (Nº CNJ: 0155033-22.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

como sendo aqueles crimes em que o perigo é presumido pelo legislador, motivo pelo qual se consumam independentemente da produção de um resultado naturalístico.

Não obstante essa conceituação doutrinária, entendo que, no âmbito de um direito penal secularizado, compatível com o Estado Democrático de Direito, não é possível a legitimação da intervenção penal quando ausente um mínimo risco de perigo na conduta do réu. A propósito, pontua FABIO D'AVILA:

“Em verdade, podemos dizer que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos em sua vertente principiológica, o denominado Princípio da Ofensividade, é, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito.” (Ofensividade em Direito Penal, 2009, p. 68).

Segundo o autor, a ofensividade é, antes de tudo, uma exigência propriamente constitucional. Isso porque, consideradas a inviolabilidade do direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana como normas de natureza fundamental, a sua restrição, através do Direito Penal, só seria legítima em razão da ofensa a outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados. De fato, “seria no mínimo contraditório o reconhecimento constitucional do direito inviolável à liberdade simultaneamente a criminalização fácil e irrestrita do seu exercício.” (Op. Cit. p. 71).

Das referidas passagens transcritas infere-se, então, um paradigma constitucional, ou seja, de uma perspectiva de crime como **ofensa** a bens jurídicos constitucionais, o que afasta, de pronto, a possibilidade de uma concepção meramente formal de crime como simples violação de uma regra já estabelecida.



NJG

Nº 70054304068 (Nº CNJ: 0155033-22.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

A legitimidade da intervenção do Direito Penal, outra vez segundo FÁBIO D'AVILA, exige a compreensão material delitiva, a identificação do **desvalor da infração**, expressão que indica a “contrariedade não só à intencionalidade jurídico-normativa, mas à própria função do direito penal...” (Op. Cit. p. 46).

Assim, afigura-se correto afirmar que o Direito Penal de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, estruturado no respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) ultrapassa as barreiras dogmático-formais subjetivas e se insere na concepção objetiva substancial do Direito Penal. Dentro dessa perspectiva, é de suma importância o bem jurídico protegido; não a regra em si, mas o que esta tutela.

A infração penal não é mera violação da regra. É mais que isso, é violação do bem jurídico, numa perspectiva de resultado e de relevância da ofensa ao bem jurídico protegido.

Assim, entendo que a conduta de porte de uma arma **inapta a produzir disparos** não encontra adequação típica ao tipo penal abstrato do artigo 14 da Lei 10.826/03, pois não representa absolutamente nenhum risco de perigo ao bem jurídico *incolumidade pública*. Com efeito, tal conduta, objetivamente, representa o mesmo que o porte de uma arma de brinquedo, ou de uma faca, ou de um canivete: embora tenha um poder de intimidação, não tem qualquer possibilidade de colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal.

Nesse sentido, aliás, destaco dois importantes – e recentes – precedentes do Superior Tribunal de Justiça, referentes à porte de arma desmuniciadas:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. FALTA DE ACESSO PRONTO À MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. OBSERVÂNCIA DO PRÍNCIPIO DA LESIVIDADE. ORDEM CONCEDIDA.



NJG

Nº 70054304068 (Nº CNJ: 0155033-22.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

1. Como bem observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC nº 81.057-8/SP, "para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - **o cuidar-se de crime de mera conduta** - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - **não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.**"
2. De feito, o simples portar arma, sem que se tenha acesso à munição, não apresenta sequer perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, no caso, a segurança pública, devendo ser reconhecida a atipicidade material da conduta, observando-se, sempre, o caráter fragmentário do direito penal.
3. Na hipótese, o paciente foi abordado portando uma espingarda, tipo carabina, desmuniada, e na oportunidade acompanhou os policiais militares até a sua residência, onde foi encontrada a munição. Conduta atípica.
4. Ordem concedida.

(HC 140.061/ES, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010)

Arma de fogo (porte ilegal). Munição (inexistência). Atipicidade da conduta (hipótese).

1. **A arma, para ser arma, há de ser eficaz; caso contrário, de arma não se cuida. Tal é o caso de arma de fogo sem munição, que, não possuindo eficácia, não pode ser considerada arma.**
2. Assim, não comete o crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto na Lei nº 10.826/03, aquele que tem consigo arma de fogo desmuniada. Isto é, não há potencialidade lesiva.
3. Recurso especial improvido.

(REsp 1017815/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 14/06/2010)

Dessa forma, o fato descrito na denúncia – **porte ilegal de uma arma inapta a produzir disparos** –, embora reconhecido pelo legislador como delito – pois está tipificado e inexiste norma geral a respeito da ofensividade –, merece uma exegese valorativa do ponto de vista do bem jurídico tutelado, o qual integra a própria previsão abstrata, mais



NJG

Nº 70054304068 (Nº CNJ: 0155033-22.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

precisamente, se houve relevância ofensiva ao bem jurídico, examinando-se as suas consequências jurídicas.

A ofensividade ao bem jurídico protegido merece uma disposição geral expressa no Código Penal, limitador da tipicidade abstrata, e uma constitucional, limitadora do próprio poder legiferante. Quiçá, com isso, se evitaria a inflação de tipos penais, também causadora da demanda processual criminal; da concepção de que o Direito Penal se presta para a solução de todos os males da sociedade atual, da incompetência política, econômica e social, inclusive para ocultar as misérias humanas nos porões dos cárceres.

A tutela ao bem jurídico há de ser averiguada do ponto de vista positivo, ou seja, de que somente há transgressão de uma regra penal quando efetivamente existir um ataque ofensivo ao valor tutelado, ou, no mínimo, uma colocação do bem jurídico em situação de **risco de perigo**. Afastada a efetiva ofensa ao bem jurídico, o tipo penal abstrato não se perfectibiliza no plano concreto da realidade da vida.

Como bem ensina CARBONELL MATEU, o princípio da ofensividade, ou lesividade, exige que não haja crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, dentro de um critério valorativo que a norma comporta (Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales, 1999, p. 215 a 218). Mais, em um Estado social e democrático de Direito, a intervenção punitiva somente se justifica nas condutas transcedentes aos demais, que atinjam as esferas de liberdade alheias, sendo contrário ao princípio de ofensividade o castigo de uma conduta imoral, antiética ou antiestética que não invadam a liberdade alheia. No mesmo sentido, PALAZZO preconiza que o princípio da ofensividade informa que o fato não constitui um ilícito se não for lesivo ou perigoso ao bem jurídico tutelado (Valores Constitucionais e Direito Penal, 1989, p. 79 a 84).



NJG

Nº 70054304068 (Nº CNJ: 0155033-22.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Também FERRAJOLI ensina que somente os efeitos lesivos justificam a proibição e a pena (Derecho y Razón, 1997, p. 464 a 467). Este princípio surge já em Aristóteles e Epicuro e domina toda a cultura penal ilustrada: de Hobbes, Prefendorf e Locke, a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, os quais observam que os danos causados a terceiros são a razão, o critério e a medida das proibições e das penas. O bem jurídico implica uma valoração para sabermos se deve haver ou não tutela penal.

O tipo penal se constitui como uma pedra bruta que necessita ser lapidada, burilada, integrada com elementos externos à abstração, tomados, também, desde o plano objetivo. Só assim é que poderemos conceber a formação de um suporte válido, constitucionalmente legítimo, suficiente e real à aplicação da sanção criminal.

A adoção deste princípio implica que se investigue o conteúdo material do tipo penal, isto é, se a conduta se revestiu de entidade suficiente a lesar o bem jurídico ou a criar uma situação de risco a ele. A proteção do bem jurídico e a ofensividade se conectam e se constituem em pilares de sustentação de um Direito Penal voltado à humanização das sanções criminais e ao direito penal de *ultima ratio*. O que deve ser protegido pela regra penal – bem da vida determinado, ou bem jurídico –, apenas informa o Direito Penal do bem jurídico, não sendo suficiente para determinar se há delito, ou, mais precisamente, se a previsão abstrata se concretiza, isto é, se ocorreu uma lesão ou perigo concreto ao valor cultural protegido – ofensividade. Não há crime sem uma real ofensa, ou sem um real risco de ofensa, ao bem jurídico, materializada no brocado *nullum crimen sine iniuria*.

Destarte, quando não há ofensa ou risco de ofensa ao bem jurídico protegido, não há fato típico, eis que a previsão abstrata não se verifica no mundo dos fatos concretos.



NJG

Nº 70054304068 (Nº CNJ: 0155033-22.2013.8.21.7000)
2013/CRIME

Assim, não estando a arma apreendida em condições de funcionamento como arma **de fogo**, impõe-se reconhecer a atipicidade da conduta imputada aos réus.

Com efeito, o tipo penal do artigo 14 da Lei 10826/03, imputado aos réus, refere ser crime a conduta de portar arma **de fogo**, de modo que se a arma apreendida não está em condições de produzir **fogo** (disparos), a conduta não é típica.

Voto, pois, por dar provimento ao recurso, para absolver o recorrente com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

DES. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI - Presidente - Apelação Crime nº 70054304068, Comarca de Passo Fundo: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, PARA ABSOLVER O RECORRENTE COM BASE NO ARTIGO 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: ANA CRISTINA FRIGHETTO CROSSI