



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 109.170 - SP (2008/0135310-8)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO LUIZ GIMENES DE OLIVEIRA PADILHA

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PORTE DE ARMA. ART. 16, *CAPUT*, DA LEI 10.826/03. ARMA COM NUMERAÇÃO RASPADA. ARTEFATO DESMUNICIADO. BEM JURÍDICO TUTELADO. AFETAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Não sendo o paciente denunciado nem condenado pela figura do parágrafo único, inciso IV, do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, não se deve sustentar a tipicidade, invocando-se a circunstância de se tratar de arma com numeração raspada, encontrando-se o artefato desmuniado.

2. Diante do princípio da ofensividade, não há falar em comportamento típico quando inexistente afetação do valor objeto de tutela. *In casu*, o paciente foi flagrado portando arma de uso restrito sem munição, ausente, portanto, qualquer risco para a incolumidade pública.

3. Ordem concedida para, revogando o trânsito em julgado, trancar a ação penal n. 630/05, da 6.^a Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 16 de dezembro de 2010(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 109.170 - SP (2008/0135310-8)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO LUIZ GIMENES DE OLIVEIRA PADILHA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO LUIZ GIMENES DE OLIVEIRA PADILHA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (AC n.º 934.338.3/9).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática do delito descrito no art. 16, *caput*, da Lei n.º 10.826/03, a cumprir pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, que foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mantendo-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

Extrai-se do acórdão guerreado:

Ao relatório da r. sentença de fls. 96/10 acrescenta-se que **THIAGO LUIZ GIMENES DE OLIVEIRA PADILHA** foi condenado à pena de 03 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, bem como ao pagamento de 34 (trinta e quatro) dias multa, no mínimo legal, por infração ao disposto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003.

Inconformada, apelou a defesa a fls. 111/117, buscando a reforma da r. decisão de 1º grau, para o fim de absolver o apelado, ante a manifesta atipicidade da conduta. Alternativamente, pugnou pelo abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

(...)

Senão vejamos: inquirido por ocasião da lavratura do flagrante, o averiguado confessou a prática dos fatos, asseverando que no momento da abordagem, realmente, estava em poder da arma de fogo que comprara, cinco dias atrás, de um desconhecido, no CEASA, em São Paulo, por R\$ 300,00 (fls. 04).

(...)

De outro vértice, não há que se falar em atipicidade da conduta, por ter sido o réu surpreendido portando arma de fogo desmuniada.

De fato, descabida a alegação na medida em que a objetividade jurídica dos crimes de porte e posse de arma de fogo tipificados na Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10.826/2003 não se restringe à incolumidade pessoal, alcançando também a liberdade pessoal, protegidas mediatamente pela tutela primária dos níveis da segurança coletiva, do que se conclui ser irrelevante a eficácia da arma para a configuração do tipo penal (Habeas Corpus nº 62742/DF (2006/0153505-3), 5ª Turma do STJ, Rei. Arnaldo Esteves Lima. j . 17.10.2006, unânime, DJ 06.11.2006).

(...)

Ressalte-se, mais uma vez, ser a arma em questão, ao contrário do que sustenta a d. defesa, apta à realização de disparos, conforme se infere do laudo pericial juntado nos autos (fls. 49). (fls. 17-19).

Alega o impetrante que a conduta imputada ao paciente não expôs a perigo nenhum bem jurídico penalmente relevante, pois a arma de fogo que portava estava desmuniada, conforme consta da própria denúncia. Sustenta, em síntese, a atipicidade da conduta.

Requer a concessão da ordem para absolver o paciente.

Sem pedido liminar, vieram as informações às fls. 33-48 e 62-73.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 51-54, da lavra do Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, opinando pela denegação da ordem.

De acordo com as informações prestadas, tendo o paciente várias condenações, atualmente, encontra-se em livramento condicional.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 109.170 - SP (2008/0135310-8)

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PORTE DE ARMA. ART. 16, *CAPUT*, DA LEI 10.826/03. ARMA COM NUMERAÇÃO RASPADA. ARTEFATO DESMUNICIADO. BEM JURÍDICO TUTELADO. AFETAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Não sendo o paciente denunciado nem condenado pela figura do parágrafo único, inciso IV, do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, não se deve sustentar a tipicidade, invocando-se a circunstância de se tratar de arma com numeração raspada, encontrando-se o artefato desmuniado.
2. Diante do princípio da ofensividade, não há falar em comportamento típico quando inexistente afetação do valor objeto de tutela. *In casu*, o paciente foi flagrado portando arma de uso restrito sem munição, ausente, portanto, qualquer risco para a incolumidade pública.
3. Ordem concedida para, revogando o trânsito em julgado, trancar a ação penal n. 630/05, da 6.^a Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O objeto da impetração cinge-se à verificação da atipicidade da conduta imputada ao paciente, da qual resultou sua condenação pelo disposto no art. 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento.

Pela leitura da denúncia e da sentença, verifica-se que a condenação do paciente não se alicerçou no art. 16, parágrafo único, inciso IV da Lei 10.826/03 (portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo **com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado**). Foi ele, antes, denunciado e condenado porquanto portava, sem autorização, arma de uso restrito. - *caput* do art. 16. Desta forma, percebe-se que não incide à espécie os seguintes precedentes do Pretório Excelso:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NÚMERO DE SÉRIE SUPRIMIDO: INTELIGÊNCIA DO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. IV, DA LEI N. 10.826/03. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. A arma de fogo, mesmo desmuniada, não infirma a conduta penalmente punível na forma tipificada no dispositivo mencionado, porque, com ou sem munição, ela haverá de manter o seu número de série, marca ou sinal de identificação para que possa ser garantido o controle estatal. 2. A supressão ou a alteração da numeração ou de qualquer outro sinal identificador impede ou dificulta o controle da circulação de armas pela ausência dos registros de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posse ou porte ou pela sua frustração. 3. Comprovação inegável do porte e posse de arma de fogo, com o seu número de série suprimido, pelo Recorrente. 4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(RHC 89889, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2008, DJe-232 DIVULG 04-12-2008 PUBLIC 05-12-2008 EMENT VOL-02344-01 PP-00156)

HABEAS CORPUS. PENAL. ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N. 10.826/03. ARMA DE FOGO. SUPRESSÃO DO NÚMERO DE IDENTIFICAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. A arma de fogo desmuniada não infirma a conduta tipificada no artigo 16, inciso IV, da Lei n. 10.826/03. Isso porque, com ou sem munição, dela sempre deverá constar número de série, marca ou sinal de identificação, a fim de garantir o controle estatal. Ordem denegada.

(HC 91853, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-02 PP-00287 RT v. 99, n. 891, 2010, p. 518-520)

Entendimento que encontra eco na compreensão firmada pela egrégia Quinta Turma desta Casa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E RECEPÇÃO. EXAME PERICIAL. NUMERAÇÃO RASPADA. DENÚNCIA. ELEMENTOS DO TIPO PENAL DO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI 10.826/03. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. PERÍCIA. EFICÁCIA PARA DISPARO. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

1. O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido.

2. Compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu.

3. O princípio da correlação compõe um dos sustentáculos do devido processo legal, já que assegura o direito à ampla defesa e ao contraditório na medida em que permite ao réu se defender dos fatos narrados na denúncia.

4. Na hipótese de erro de capitulação na peça inicial, pode o magistrado proceder à correção e adequação da tipificação, atribuindo aos fatos definição jurídica diversa, ainda que tenha que aplicar pena mais grave. Cuida-se, nesse caso, da emendatio libeli, previsto no art. 383 do CPP. Não há nessa situação a superveniência de fato novo, a impor a necessidade de aditamento da denúncia – tal como ocorre com a mutatio libeli, regulada no art. 384 do CPP – e, conseqüentemente, da abertura de prazo para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa se manifestar, indicando, inclusive, novas testemunhas.

5. No caso em exame, deve ser mantida a condenação pelo delito do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03, uma vez que irrelevante para a configuração da conduta típica a incapacidade do armamento de produzir disparos.

6. A eficácia da arma de fogo constatada pelo exame pericial enseja a condenação pelo crime do art. 14 da Lei 10.826/03, devendo ser mantido o decreto.

7. Ordem denegada.

(HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 02/08/2010)

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA (ART. 16, PARÁG. ÚNICO DA LEI 10.826/03). ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA INEXISTENTE. VACATIO LEGIS DOS ARTS. 30 E 32 DA LEI 10.826/03 INAPLICÁVEL, NA HIPÓTESE. ARMA DESMUNICIADA. CONDUTA TÍPICA. PRECEDENTES DO STJ. OPINA O MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. A Lei 10.826/03 não aboliu o crime de porte ilegal de arma de fogo e munições, anteriormente regulado pelo art. 10 da Lei 9.437/97, prevendo-o, expressamente, agora nos arts. 12, 14 e 16, inclusive com alteração da pena máxima para maior, inexistente, assim, a abolitio criminis do referido delito.

2. Esta Corte firmou o entendimento de ser atípica a conduta apenas no concernente ao crime de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (art. 12) quanto de uso restrito (art. 16), no período estabelecido nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03, que permitiu a entrega das armas à Polícia Federal mediante indenização ou a sua regularização. A conduta de portar arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, que ensejou a denúncia do paciente, continuou típica e não foi abrangida pela descriminalização temporária.

3. A circunstância da arma de fogo se encontrar desmuniada não exclui, por si só, a tipicidade do delito, uma vez que a conduta de portar armamento coloca em risco a paz social, bem jurídico a ser protegido pelo artigo art. 14 da Lei 10.826/03. Precedentes.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.

(HC 142.359/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 22/02/2010)

Todavia, como já salientado, o paciente não foi denunciado/condenado pelo disposto no parágrafo único, mas pelo descrito na cabeça do artigo 16 do Estatuto do Desarmamento.

De qualquer forma, ainda que assim não fosse, particularmente, não entendo que os tipos penais da Lei 10.826/03 tenham como objeto de tutela valores outros, como o controle de circulação de armas, mas, antes, circunscrevem o seu âmbito de proteção à incolumidade pública.

Assim, mesmo que efetivamente a condenação dissesse respeito à figura do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inciso IV do parágrafo único do artigo 16, penso que a ação penal em foco deveria ser trancada, dada a sua atipicidade material.

Não se deve olvidar, que o Pretório Excelso já considerou atípico o porte ilegal de arma de fogo, uma vez apurado o seu desmuniamento. A questão foi, então, enfrentada no RHC nº 81.507/SP, de que foi relator para acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, defendendo-se que se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há falar-se em artefato idôneo a produzir disparo, por isso, não se realizando a figura típica de porte ilegal de arma:

"Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato:

1. 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. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte.

3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo.

4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena.

5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica." (STF, Primeira Turma, RHC 81057/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 25/05/2004, DJ de 29/04/2005, p. 30).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal posição sempre se me afigurou mais consentânea com um Direito Penal sintonizado com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos.

Cumpre salientar, contudo, que no aresto da Suprema Corte, acima transcrito, a ação penal trancada dizia com a imputação do art. 10 da Lei n. 9.437/97. Já no tocante à nova sistemática do Estatuto do Desarmamento, destaco que o Plenário do Pretório Excelso encontra-se debruçado sobre a matéria, vertida no seio do *Habeas Corpus* 90.075/SC. Em tal ordem, após o voto do relator, Ministro Eros Grau, não reconhecendo a atipidade, no que foi acompanhado pelo Ministro Joaquim Barbosa, inaugurou a divergência o Ministro Cezar Peluso. Encontra-se a situação ainda pendente de solução em razão de pedido de vista formulado pela Ministra Ellen Gracie, em 20/04/2010.

Mais recentemente, a Primeira Turma daquela Corte, tem reconhecido a tipicidade do comportamento em tela:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, consuma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e a probabilidade de vir a ocorrer algum dano é presumida pelo tipo penal. Além disso, o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo municiada ou não. Precedentes. 3. Ordem denegada. (HC 104206, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/08/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-03 PP-00671)

Quando do julgamento do citado HC 56.358/RJ, de minha relatoria, diante da tipificação trazida pela Lei 10.826/03, incriminando o porte tão-apenas da munição (sem a arma), entendi que, *ipso iuris*, também se deveria aceitar - logicamente - a tipificação do porte de arma, sem a munição.

Todavia, melhor refletindo sobre a matéria, à luz do Direito Penal do fato e da culpa, iluminado pelo princípio da ofensividade, modifiquei meu entendimento no seio do HC 70544, no qual prolatei voto vista, em aresto, de que relator o eminente, hoje aposentado, Ministro Nilson Naves:

Arma de fogo (porte ilegal). Arma sem munição (caso). Atipicidade da conduta (hipótese).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

3. Ordem de habeas corpus concedida.

(HC 70544/RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 03/08/2009)

Da leitura da denúncia, não apuro concreta colocação em risco do bem jurídico tutelado - incolumidade pública-, evidenciando-se, no caso, a atipicidade material.

Saliente-se que não são poucos os doutrinadores a defender a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, por entenderem insuficiente o mero enunciado de um comportamento sem a co-respectiva sondagem de afetação ao bem jurídico, *verbis*:

Ao sancionar-se penalmente um comportamento dentro destes parâmetros de valoração somos confrontados com a inexistência de uma qualquer 'ofensividade' relativamente a um *concreto* bem jurídico. É claro que sempre se poderá dizer e, mais do que dizer, sempre se poderá encontrar um bem jurídico que sustente formalmente o mais extremo dos tipos legais de crime abstracto. Neste óptica, os bens jurídicos penais da paz jurídica, ou da segurança desempenham um papel agregador de referências vinculantes, mas desempenham um papel tão agregador que, quanto a nós, desaguam, se assim entenderem em meros significantes de vaguíssima referência axiológica, desprovidos de conteúdo. Se os virmos e os percebermos nessa veste, aqueles importantes valores nunca serão significados axiologicamente relevantes, porquanto também nunca ascenderão à dignidade de nódulos normativos susceptíveis de congregarem um sentido de desvalor (objectivo) que o ilícito-típico tem de comportar. O que nos leva a confirmar a fragilidade e a inconsistência de uma tal via argumentativa para justificar os chamados crimes de perigo abstrato (José Francisco de Faria Costa, *O perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 624/625).

Sobre o tema, muitos são os cuidados enumerados pelos estudiosos a fim de se preservar o princípio da ofensividade, registre-se a lição de FABIO ROBERTO D'AVILA:

"Devemos observar que, quando falamos em ofensividade, estamos a referir uma exigência de dano ou perigo ao bem jurídico-penal, assente nas formas de dano/violação, concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo, e tendo como categoria-limite de ofensividade, a noção material de cuidado-de-perigo. A ofensa do cuidado-de-perigo, tal qual a concebemos, consiste em uma hipótese de ofensividade que deve ser exigida e acertada no âmbito dos denominados crimes de perigo abstrato, de modo a sobrepor-se a leituras meramente formais, em termos de simples desobediência - hoje, por tudo já exposto, constitucionalmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inadmissíveis -, e a permitir uma importante recuperação hermenêutica da correspondente técnica de tipificação. Trata-se, em termos substanciais, de uma *interferência, jurídico-penalmente desvaliosa, na esfera de manifestação do bem jurídico*, capaz de representar uma concreta *situação de desvalor* e, conseqüentemente, consubstanciar um verdadeiro *resultado jurídico*. Concepção que é verificada, no caso concreto, através de um juízo *ex ante*, de base *total*, e mediante um critério *objetivo-normativo*, nomeadamente, uma *possibilidade, não-insignificante, de dano ao bem jurídico*. Logo, em poucas palavras, sem ao menos uma possibilidade, não insignificante, de dano ao objeto jurídico da norma, se ao menos uma ofensa de cuidado-de-perigo, não podemos reconhecer a ocorrência de um legítimo ilícito penal.

(...)

O mesmo deve ser dito, v.g., acerca do porte ilegal de arma de fogo desmuniada, cuja munição não esteja prontamente acessível - o que, aliás, já foi assim considerado pelo Supremo Tribunal Federal, no RHC 81057 -, ou de acessórios (art. 14 da Lei 10.826/2003), bem como da posse irregular de arma de fogo ou acessórios em residência (art. 12 da Lei 10.826/2003), sempre que, diante das circunstâncias concretas do caso, não for possível afirmar sequer uma possibilidade, não insignificante, de dano ao bem jurídico. Na ausência de uma ofensa ao objeto jurídico de proteção da norma, não nos resta alternativa senão reconhecer que tais fatos não possuem substrato material suficiente para originar uma reprovação jurídico-criminal, o que, porém, não significa afirmar a sua irrelevância em termos de desvalor ético-social ou impossibilidade de censura, mas apenas que este juízo e as suas conseqüências devem advir de um espaço de regulamentação não-penal, nomeadamente, do direito administrativo sancionador." (O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In: *Direito Penal Secundário*, org. por Fabio Roberto D'Avila e Paulo Vinícius Sporleder de Souza, São Paulo e Coimbra: Revista dos Tribunais e Coimbra Ed., 2006).

Em outro trabalho, o mesmo autor esclarece:

"Quando falamos em cuidado-de-perigo como forma de ofensa e, por isso, afirmamos tratar-se de um efetivo resultado jurídico, fizemo-lo levando em consideração o conteúdo material de ofensividade que expressa a noção de cuidado-de-perigo. Não se trata, em hipótese alguma, de uma mera característica da ação, mas sim de uma realidade jurídico-penalmente desvaliosa que se projeta, a partir de uma relação de dependência absoluta com o contexto, para além da própria conduta. Só podemos falar em ofensa de cuidado-de-perigo, em possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico à luz de um concreto contexto, pois é exatamente o contexto que, cotejado a partir da conduta típica, irá permitir a afirmação ou negação de uma possibilidade de dano. É dizer, quando afirmamos que o ato de pôr fogo em uma residência pode produzir uma ofensa de cuidado-de-perigo, em razão da possibilidade de atingir pessoas, fazemos isso ao considerar o contexto no qual a conduta ingressa." (O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista Brasileira*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Ciências Criminais, n. 67, jul.-ago., 2007, p. 48-49).

Lembre-se, ainda, o escólio do Professor de Direito Penal da Universidade de São Paulo, PIERPAOLO CRUZ BOTTINI:

"A tese pela qual o direito repressor deve proteger a dignidade humana por intermédio dos bens jurídicos, e a antítese, pela qual esta atuação está limitada por esta mesma dignidade, permite a construção de uma síntese, por meio de um processo dialético de raciocínio, que permeará todos os níveis de construção dogmática. A avaliação da legitimidade da incidência do direito penal em determinado contexto de atividade estará ligada ao processo dialético de construção exposto.

O enfrentamento dos novos âmbitos de risco pelo direito penal, portanto, estará pautado pela necessidade, revelada pela importância dos bens jurídicos possivelmente afetados por estes riscos e pela limitação imposta pelo modelo de Estado, que implicará a observância dos parâmetros de garantia da dignidade humana. Sobre esta metodologia serão avaliados os crimes de perigo abstrato.

A determinação da natureza jurídica dos crimes de perigo abstrato deve estar adequada aos fundamentos expostos, de maneira a permitir que estes delitos cumpram com sua missão funcional em um Estado Democrático de Direito. Desta forma, esta categoria típica somente será legítima se estiver voltada à proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes para a dignidade humana, e for aplicada de modo a não violar esta mesma dignidade, respeitando os princípios de subsidiariedade, de fragmentariedade e de proporcionalidade." (*Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 175).

Segundo penso, na espécie, não há afetação do bem jurídico incolumidade pública que, segundo MAGALHÃES NORONHA:

Compreende o complexo de bens e interesses relativos à vida, à integridade corpórea e à saúde de todos e de cada um dos indivíduos que compõem a sociedade. (*Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 3, p. 352).

A hipótese trazida a exame envolve conduta que, no meu sentir, não pôs em xeque a integridade física sequer de uma pessoa, que dirá da sociedade como um todo.

In casu, o paciente, ao trafegar na garupa de motocicleta, levava consigo a arma de fogo dentro de uma *pochette*, contudo, encontrava-se o artefato desmuniado. Trata-se, portanto, de hipótese de aplicação do princípio da ofensividade, pois não houve concreta afetação do bem jurídico, revelando-se claramente a conduta descrita na sentença como materialmente atípica.

Nesta linha, cumpre trazer a contexto, o seguinte precedente do Ministro Og Fernandes, de cujo brilhante voto se extrai o seguinte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se observa, o paciente foi preso em flagrante portando arma de fogo de uso permitido. Muito embora no caso tenha sido comprovado, por meio de laudo pericial, que a arma se encontrava apta a realizar disparos, o fato é que ela se encontrava desmuniada, sendo, neste caso, atípica a conduta, por ausência de ofensa ao princípio da lesividade.

Na linha da orientação prevalente na Sexta Turma desta Corte, o fato de a arma de fogo estar desmuniada afasta a tipicidade do delito.

(...)

A esse respeito, aliás, oportunas as palavras do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC nº 81.057-8/SP, do qual destaco a seguinte ementa:

*Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato: 1. 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. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. **Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica. (DJ de 29.4.05)***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 99.510/RJ, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 29/11/2010, destaquei)

Ante o exposto, concedo a ordem para, revogando o trânsito em julgado, trancar a ação penal n. 630/05, da 6.^a Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0135310-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 109.170 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 6302005 9343383

EM MESA

JULGADO: 16/12/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : THIAGO LUIZ GIMENES DE OLIVEIRA PADILHA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário