



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 101.638 - MS (2008/0051595-9)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : SEBASTIÃO VIANA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ARMA DESMUNICIADA E DESMONTADA. ATIPICIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I. No caso em julgamento, o paciente trazia uma arma desmontada. É evidente que não havia potencialidade ofensiva, porquanto arma desmontada não é arma. O paciente portava apenas partes de uma arma, que não lhe serviriam sequer para defender-se de um repentino ataque de algum animal selvagem.

II. Há expressões, como dignidade humana, igualdade, cidadania, privacidade, bem comum, interesse público, que veiculam direito e princípios fundamentais. O juiz, deparando-se com essas expressões, faz escolhas de caráter não apenas jurídico, mas ético-político, visando a um resultado justo. Na verdade, nos casos difíceis, que se encontram na penumbra, o juiz pode fazer uso de critérios outros e não estará agindo discricionariamente: limita-se a aplicar elementos estruturantes do sistema jurídico.

III. Não cabe mais o direito penal meramente formal.

IV. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) concedendo a ordem de *habeas corpus*, e os votos dos Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do Sr. Ministro Celso Limongi Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), que lavrará o acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Votou vencido o Sr. Ministro Relator. Votaram com o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura.

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

Brasília, 02 de setembro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO CELSO LIMONGI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 101.638 - MS (2008/0051595-9)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Depreende-se dos autos que, SEBASTIÃO VIANA foi acusado pela prática do crime previsto no art. 14, da Lei nº 10.826/03, porque "ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, foi surpreendido por policiais militares transportando, em sua motocicleta, **1 (uma) espingarda calibre 16 de marca e numeração ilegíveis**, sem possuir autorização e em desacordo com determinação legal, **além de 06 (seis) cartuchos carregados** e alguns petrechos de caça".

Absolvido pelo MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ivinhema/MS, veio a ser condenado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto – tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por restritiva de direitos – nos termos da seguinte ementa (fl. 70):

APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE ARMA E MUNIÇÃO - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - RECURSO MINISTERIAL - PRETENDIDA CONDENAÇÃO DO ACUSADO - PROCEDÊNCIA - ARMA DESMONTADA - IRRELEVÂNCIA - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - TRANSPORTE DE MUNIÇÃO QUE POR SI SÓ JÁ O INCRIMINA - CONDENAÇÃO IMPOSTA - RECURSO PROVIDO.

O crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03, é de mera conduta e de perigo abstrato, de modo que torna-se irrelevante para sua configuração, que esteja a arma desmontada ou desmuniada. Assim, impõe-se a condenação por este delito ao agente que é flagrado transportando uma espingarda desmontada, mormente se ainda foi apreendido em seu poder seis cartuchos, o que por si só, já seria suficiente para o incriminar.

Daí o presente **habeas corpus**, por meio do qual alega a Defensoria Pública, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que a arma, desmuniada e desmontada, não oferecia potencialidade lesiva, devendo ser o fato considerado atípico.

Requer, diante disso, a concessão da ordem para que seja reconhecida a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atipicidade do fato e a consequente extinção da punibilidade do paciente.

A liminar foi indeferida (fls. 77/78).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco Dias Teixeira, opinou pela denegação da ordem. Eis a ementa:

**ARMA DE FOGO - PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA:
TIPICIDADE**

O tipo descrito no art. 14 da Lei nº 10.826/03 é de mera conduta, prescinde da ocorrência de perigo. A simples conduta de portar arma de fogo em desacordo com as determinações legais e regulamentares perfaz o tipo penal. E, conceitualmente, a arma de fogo não pressupõe a respectiva munição. Isto, que já se extraía da lei anterior, ficou expresso na nova lei, em seu art. 14, ao tipificar as mesmas condutas relativas á simples munição, quando se sabe que o simples porte (ou conduta assemelhada) da munição não representa perigo.

Parecer no sentido de ser denegada a ordem requerida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 101.638 - MS (2008/0051595-9)

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Cinge-se o caso, como relatado, na alegação da Defensoria Pública de atipicidade da conduta do réu que transportava arma desmuniada e desmontada, destituída, portanto, segunda a impetrante, de potencialidade lesiva.

Segundo a orientação prevalente na Sexta Turma desta Corte, o fato de a arma de fogo estar desmuniada ou não se comprovar sua potencialidade lesiva afasta, efetivamente, a tipicidade do delito. Nesse sentido, por exemplo, o AgRg no HC-76.998/MS, Relator Desembargador convocado Haroldo Rodrigues, DJ de 22.2.10 e HC-70.544, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 3.8.09, entre outros.

O desmuniamento, segundo o entendimento delineado pelo Supremo Tribunal Federal, é aquele em que a munição está em local inacessível de imediato pelo agente, ou seja, "não há imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal" (RHC 81057/SP, Rel. p/ acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 29.4.05). Por outro vértice, a potencialidade lesiva é verificada e comprovada por meio de prova técnica (pericial) que deverá atestar a possibilidade de eficácia da arma.

Pois bem, tal compreensão não se aplica neste caso.

Com efeito, em primeiro lugar porque a própria denúncia nos dá conta de que o paciente, abordado por policiais, além de transportar uma espingarda calibre 16 (dezesseis), com marca e numeração ilegíveis, sem autorização legal, **também transportava 6 (seis) cartuchos carregados**. A arma, desmontada, encontrava-se dentro de uma sacola, onde também foram encontradas as munições.

Ou seja, apesar de desmuniada, a munição se encontrava próxima à arma, ou, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, "à mão". Logo, no caso dos autos, verifico a viabilidade de se municiar a espingarda sem demora significativa e, conseqüentemente, efetuar-se eventual disparo.

Em segundo lugar, verifico que o fato de a arma se encontrar desmontada não traz grandes modificações no raciocínio que deve ser feito em relação à eficácia do artefato e, em consequência, sua potencialidade lesiva que, aliás, restou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

plenamente comprovada por laudo pericial.

Algumas armas, até mesmo pelas dimensões, ficam melhor acondicionadas quando desmontadas, mas isso não significa que se lhes retirou a potencialidade lesiva, que diz respeito à finalidade ou objetivo da arma. Nesse particular, apenas como registro, saliento que há pessoas, por exemplo, que são capazes de montar e desmontar uma arma em segundos.

Estou, portanto, de acordo com o precedente da Relatoria da ilustre Ministra Maria Thereza de Assis Moura que, em caso análogo, decidiu:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANSPORTE DE ARMA. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARMA DESMUNICIADA, DESMONTADA E ARMAZENADA EM SACOLA NA CARROCERIA DE CAMINHONETE. IMPOSSIBILIDADE IMEDIATA DE DISPARO. IRRELEVÂNCIA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. 2. ORDEM DENEGADA.

1. Tratando-se de transporte de arma de fogo, desmuniada e desmontada, armazenada em sacola, na carroceria de caminhonete, comprovadamente apta a efetuar disparos, não há falar em atipicidade tendo em conta a redação abrangente do art. 14 do Estatuto do Desarmamento.

2. Ordem denegada.

(HC nº 56.358/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26/11/2007)

Pelo exposto, **denego a ordem.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0051595-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 101.638 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12050006128 20070226007

EM MESA

JULGADO: 05/08/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADO : SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : SEBASTIÃO VIANA

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:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator denegando a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Aguardam os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura."

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

Brasília, 05 de agosto de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 101.638 - MS (2008/0051595-9)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : SEBASTIÃO VIANA

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): O paciente foi surpreendido por policiais militares, transportando em sua motocicleta uma espingarda de calibre 16 e 6 (seis) cartuchos carregados e alguns petrechos de caça. Foi, por tais fatos, denunciado como incurso nas penas do art. 14 da Lei nº 10.826/2003. O MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ivinhema/MS o absolveu, mas o E. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, provendo recurso da acusação, o condenou a dois anos de reclusão, em regime aberto, com substituição por pena restritiva de direitos.

A Defensoria Pública impetrou o presente *habeas corpus*, objetivando o reconhecimento da atipicidade do fato e consequente extinção da punibilidade, sob o fundamento de que a arma desmuniada e desmontada não oferecia potencialidade lesiva.

O eminente Relator, Ministro Og Fernandes, denegou a ordem, em voto, como sempre, muito bem fundamentado.

Pedi vista, diante das singularidades que envolviam a espécie.

E, efetivamente, merece destaque a especial circunstância de que a arma se encontrava desmontada e, pois, desmuniada. Os cartuchos estavam ao alcance do paciente. Este saía para caçar, como ficou esclarecido e incontroverso nos autos, tanto que os policiais militares se referiram aos petrechos de caça que ele trazia consigo.

O Ministro Arnaldo Esteves Lima, no HC nº 128.591/DF, julgado em 2 de fevereiro de 2010, anotou:

Com efeito, depois de Kelsen, é de rigor procurar-se o fundamento da norma para além de sua positividade. Para o pensamento a ele posterior, o problema da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretação passou a ser o centro da chamada virada hermenêutica da teoria jurídica. Rompe-se a dualidade direito/sociedade, texto/contexto: o direito é texto como contexto social. Em cada ato interpretativo está presente o contexto com base no qual o intérprete faz os significados significarem.

Daí por que é hoje curial a convicção de que o sentido de uma norma jamais está dado em definitivo e em absoluto. Toda regra, seja moral ou ética, se deposita na temporalidade e na experiência, o que requer o exercício permanente do estabelecimento de seu sentido.

Nesse sentido, a segurança jurídica passa a ser vista não mais como previsibilidade, que de resto sequer existe nas ciências naturais em caráter absoluto, mas sim como processualidade, tendente a assegurar direitos justificáveis pelos atores envolvidos.

O Ministro Eros Grau, no Supremo Tribunal Federal, julgando a Reclamação nº 3.034-2, deixou assentado:

Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito - porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação - ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações no mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos - para o que nos bastaria alfabetização - mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.

Em suma, conclui-se que não existe norma sem fato. O Direito não precisaria existir se não houvesse fato, pois não operamos no mundo das abstrações. Por isso é que a operação de interpretar a lei já significa aplicar essa mesma lei. A interpretação se coloca como parte integrante do direito, pois viabiliza a aplicação de normas gerais a uma situação concreta, ou, em outras palavras, efetiva a realização do direito. A norma, por si, é dispositivo inerte. Não existe sem o fato.

Há expressões, como dignidade humana, liberdade, igualdade, cidadania, privacidade, bem comum, interesse público, que veiculam direito e princípios fundamentais. O juiz, deparando-se com essas expressões, faz escolhas de caráter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não apenas jurídico, mas ético-político, visando a um resultado justo. Na verdade, nos casos difíceis, que se encontram na penumbra, o juiz pode fazer uso de critérios que não são propriamente regras, mas princípios e metas em busca de um resultado justo. E, se o juiz usa não só das regras, mas também de critérios outros, não está agindo discricionariamente: está apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico.

Luigi Ferrajoli, professor da Universidade de Camerino (cf. "Direito como sistema de garantias" , in Revista do Ministério Público", janeiro e março de 1995, nº 61), preleciona:

A sujeição do juiz à lei já não é facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição a letra da lei qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição; e a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado a mera existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência - mais ou menos opinável sempre submetida a valoração do juiz - dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.

No caso em julgamento, o paciente trazia uma arma desmontada. É evidente que não havia potencialidade ofensiva, porquanto arma desmontada não é arma. O paciente portava apenas partes de uma arma, que não lhe serviriam sequer para defender-se de um repentino ataque de algum animal selvagem.

O juiz precisa igualmente verificar o contexto na aplicação da lei. E dúvida nenhuma há nos autos de que o paciente saiu para caçar. Assim, a posse da arma e da munição não reflete nenhum desvalor que merecesse, até eticamente, punição. Não se pode compreender, na atualidade, um Direito Penal só formal, que desconsidere a inexistência de lesividade.

Bem por isso é que, não divisando na conduta do paciente desvalor jurídico e mesmo ético, a minha proposta é de restaurar a sentença de primeiro grau, extinguindo-se a punibilidade por atipicidade dos fatos, sempre com a devida vênia do eminente e culto Relator.

Para esse fim, meu voto concede a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0051595-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 101.638 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12050006128 20070226007

EM MESA

JULGADO: 02/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : SEBASTIÃO VIANA

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:

"Prosseguindo no julgamento após voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) concedendo a ordem de habeas corpus, e os votos dos Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura no mesmo sentido, a Turma, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), que lavrará o acórdão. Votou vencido o Sr. Ministro Relator."

Votaram com o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 02 de setembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário