



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.207.294 - AC (2010/0153286-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : DAGMAR SILVA DE FRANÇA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS RODRIGUES DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 14, *CAPUT*, DA LEI 10.826/03. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DE EFICIÊNCIA DE ARMA DE FOGO. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Tratando-se de crime de porte de arma de fogo, esta Sexta Turma tem defendido ser indispensável a comprovação da potencialidade lesiva do instrumento, sob pena de violação ao princípio da ofensividade em Direito Penal, o qual exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado.
2. Recurso especial a que se dá provimento, para reconhecer a ofensa ao artigo 14 da Lei 10.826/03, ante a não comprovação da materialidade para fins de condenação pelo delito de porte de arma de fogo.

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) 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, 31 de maio de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.207.294 - AC (2010/0153286-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : DAGMAR SILVA DE FRANÇA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS RODRIGUES DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto por DAGMAR SILVA DE FRANÇA, com fundamento na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, ementado *verbis*:

"APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS – COMPROVAÇÃO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. A ausência de laudo pericial de arma, apto a atestar a sua eficiência lesiva, não desconfigura o crime previsto no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03". (fl. 155).

Sustenta o recorrente, às fls. 170/177, ter havido violação ao artigo 14, *caput*, da Lei 10.826/03, haja vista não existir laudo pericial de eficiência de arma de fogo, razão pela qual entende não ter restado comprovada a materialidade do delito.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 181/186.

O Tribunal de origem admitiu o recurso à fl. 190.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 201/203, pelo desprovimento do recurso, nos seguintes termos:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 14, *CAPUT*, DA LEI Nº 10.826/03. PERÍCIA. POTENCIALIDADE LESIVA. IRRELEVÂNCIA. NA LINHA DOS PRECEDENTES DO STJ, PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03, É IRRELEVANTE SE A ARMA DE FOGO POSSUI OU NÃO POTENCIALIDADE LESIVA. Parecer pelo desprovimento do recurso".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.207.294 - AC (2010/0153286-9)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 14, *CAPUT*, DA LEI 10.826/03. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DE EFICIÊNCIA DE ARMA DE FOGO. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Tratando-se de crime de porte de arma de fogo, esta Sexta Turma tem defendido ser indispensável a comprovação da potencialidade lesiva do instrumento, sob pena de violação ao princípio da ofensividade em Direito Penal, o qual exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado.
2. Recurso especial a que se dá provimento, para reconhecer a ofensa ao artigo 14 da Lei 10.826/03, ante a não comprovação da materialidade para fins de condenação pelo delito de porte de arma de fogo.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência merece prosperar. Com efeito, esta Sexta Turma tem defendido que, tratando-se de crime de porte de arma de fogo, faz-se necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em direito penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato. Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EFICIÊNCIA DA ARMA. NECESSIDADE DE PERÍCIA. 1. Com a ressalva do ponto de vista do relator, a Sexta Turma, modificando entendimento anterior, firmou a compreensão de que, em se tratando de crime de porte de arma de fogo, se faz necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em direito penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato. 2. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 1009555/RS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 25/10/2010)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA DE FOGO. PROVA DO FATO. INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA VÁLIDA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. AGRAVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A questão da exigência da perícia válida para a comprovação dos tipos relativos ao porte de arma de fogo, quer seja autônomo, quer seja considerado como majorante, se afigura mais consentânea com um Direito Penal sintonizado com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento". (AgRg no REsp 932.828/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010).

"Porte ilegal de arma de fogo (absolvição). Perícia para a comprovação da lesividade da arma (imprescindibilidade). Peritos sem qualificação técnica (caso). Nulidade (reconhecimento). 1. Tratando-se de crime de porte ilegal de arma de fogo, é necessária a comprovação da potencialidade lesiva da arma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato. 2. A perícia deve ser efetuada por dois peritos oficiais ou por duas pessoas idôneas e obrigatoriamente portadoras de diploma de curso superior, o que, no caso, não ocorreu. 3. Agravo regimental improvido". (AgRg no REsp 974026/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 18/12/2009).

"HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA. PEDIDO DE DILIGÊNCIAS FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA TÉCNICA NO SENTIDO DE QUE ARTEFATO FOSSE SUBMETIDO A PERÍCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. OMISSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. RENOVAÇÃO DA INSTRUÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. 1. Conquanto se tenha firmado a orientação de que pode o Magistrado indeferir pedido de diligências formulado pelas partes, é indispensável que tal negativa seja devidamente fundamentada. 2. No caso, em sede de alegações finais, tanto o representante do Ministério Público quanto a defesa técnica pleitearam fosse a arma submetida a perícia, providência a respeito da qual não houve qualquer manifestação por parte do julgador. 3. De se ver, ainda, que o exame pericial não pode ser desprezado, pois, na linha da jurisprudência firmada no âmbito desta Sexta Turma a partir do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 998.993/RS, "tratando-se de crime de porte de arma de fogo, faz-se necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em direito penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato". 4. Com a necessidade de realização de diligência e de prolação de nova sentença, tem-se por ferido de morte o princípio da razoável duração do processo, uma vez que a prisão do paciente ocorreu em 14.10.06. 5. Ordem concedida para, de um lado, anular a sentença e os atos subsequentes, a fim de que outra seja proferida após a realização de perícia na arma apreendida; de outro lado, determinar se expeça alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso o paciente". (HC 111455/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 28/09/2009).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO. TRANCAMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. NULIDADE DA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE. 1. Tratando-se de crime de porte de arma de fogo, faz-se necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em direito penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato. 2. Com isso, uma vez anulado o exame balístico, resta atípica a conduta do porte de arma. 3. Agravo provido para o fim de desprover o recurso especial, que visava reformar o trancamento da ação penal". (AgRg no REsp 998993/RS, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 08/06/2009).

De fato, na linha do que defendi no julgamento do agravo regimental interposto contra o recurso especial nº 998.993/RS, entendo que a questão da exigência da perícia para a comprovação dos tipos relativos ao porte de arma de fogo, quer seja autônomo, quer seja considerado como majorante, embora contrária ao entendimento esposado por esta Casa de Justiça, tal posição sempre se me afigurou mais consentânea com um Direito Penal sintonizado com o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos.

Dessarte, à luz do Direito Penal do fato e da culpa, iluminado pelo princípio da ofensividade, vejo-me forçada a reconhecer que, para a existência do crime de porte de arma há necessidade de realização de perícia, pela qual seja confirmada a potencialidade lesiva do instrumento.

É claro que abalizada corrente, inclusive no Supremo Tribunal Federal, vem afirmando ser o tipo do porte de arma uma nova vertente assumida pelo Estatuto do Desarmamento, segundo a qual o crime se perfectibiliza em face de lesão abstrata ao bem jurídico tutelado, que é a incolumidade pública.

Ocorre que, também, sobre a discussão 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 correspectiva 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Assim, verificando-se que o Tribunal de Justiça local manteve a condenação da recorrente, não obstante a inexistência de laudo pericial de eficiência da arma de fogo, entendo ser o caso de se dar provimento ao recurso especial, para absolver o recorrente, ante a não comprovação da materialidade delitiva.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso especial, para reconhecer a ofensa ao artigo 14, *caput*, da Lei 10.826/10 e absolver o recorrente ante a ausência de materialidade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0153286-9

REsp 1.207.294 / AC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1070180890 180892620078010001 20090027010 20090027010000100 9013

PAUTA: 19/05/2011

JULGADO: 31/05/2011

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DAGMAR SILVA DE FRANÇA

ADVOGADO : JOSÉ CARLOS RODRIGUES DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) 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.