

HABEAS CORPUS Nº 490.014 - SP (2019/0017547-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON BARBOSA DE SOUZA ALVES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de ANDERSON BARBOSA DE SOUZA ALVES, contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0004533-90.2016.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 13 (quinhentos) dias-multa**, por ter praticado a conduta descrita no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e **2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa**, como incurso nas iras do art. 12 da Lei n. 10.826/2003.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo, a fim de tipificar a conduta do ora paciente no art. 157, § 2º, II, do Código Penal e art. 12 da Lei n. 10.826/2003, sem reflexos na pena e no regime inicial.

Confira-se a ementa do aludido julgado:

"APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO.

Artigos 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal e 12, da Lei n. 10.826/03. Sentença condenatória. Autorias e materialidade demonstradas. Confissões corroboradas pelos depoimentos de agentes policiais. Conjunto probatório que inviabiliza a absolvição do corréu Anderson Barbosa de Souza

Alves pelo reconhecimento da tese de atipicidade da conduta relativa à posse ilegal da arma de fogo. Laudo pericial que comprovou se tratar de artefato inapto à realização de disparos. Irrelevância. A objetividade jurídica do delito de posse ilegal de arma de fogo é tutelar a segurança pública e a paz social, não a incolumidade física das pessoas. Tipicidade caracterizada. Precedentes dos Colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Circunstância que, entretanto, gera reflexos em relação ao delito patrimonial, sendo necessário o afastamento da causa de aumento de pena referente ao emprego de arma de fogo. Sentença reformada no ponto.

Expressão aritmética das penas mantida. Fração de aumento do roubo já fixada no mínimo legal de 1/3 (um terço) pelo concurso de agentes. Regime inicial fechado que melhor se ajusta ao caso. Inteligência do artigo 33, §3º, do Código Penal. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS COM DETERMINAÇÃO." (fl. 43)

Opostos aclaratórios, o Tribunal de Justiça bandeirante acolheu parcialmente os embargos, a fim de retificar o dispositivo do aresto embargado, de modo a constar que o réu foi condenado à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, conforme se observa da ementa abaixo:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEFESA. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. Recurso oposto contra o v. acórdão confirmatório da condenação pela prática dos delitos tipificados nos artigos 157, §2º, inciso II, do Código Penal; e 12, da Lei n. 10.826/03.

Alegação de contradição quanto a questões relevantes relacionadas à dosimetria da pena e obscuridade no exame da tese defensiva.

Embargos da acusação acolhidos para declarar a incidência do artigo 12, da Lei n. 10.826/03, cujo preceito secundário prevê em abstrato a pena de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção. Reprimenda redimensionada. EMBARGOS CONHECIDOS E ACOLHIDOS EM PARTE, COM EFEITOS MODIFICATIVOS E DETERMINAÇÃO.” (fl. 62).

Daí o presente **writ**, no qual a impetrante sustenta a ocorrência de

constrangimento ilegal, pois é imperiosa a absolvição do paciente pelo delito de posse de arma de fogo, uma vez que o artefato bélico é inapto, consoante o laudo pericial.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja reconhecida a atipicidade da conduta prevista no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 e, por conseguinte, declarada a absolvição do paciente.

A liminar indeferida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro João Otávio de Noronha (fls. 72-74).

Informações às fls. 81-126 e 128-168.

O Ministério Público Federal, às fls. 170-175, manifestou-se pela concessão da ordem, em parecer assim ementado:

“HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ARTIGO 12 DA LEI 10.826/2003. LAUDO PERICIAL QUE ATESTOU A INAPTIDÃO DO ARTEFATO. ATIPICIDADE CONFIGURADA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM.” (fl. 170).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a absolvição do paciente da prática do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

“Muito embora o laudo pericial tenha comprovado a ineficácia da arma de fogo, inapta para o pronto disparo, não se cogita do acolhimento da tese de atipicidade da conduta apresentada pela combativa Defensoria Pública, na medida em que a objetividade jurídica do delito de posse ilegal de arma de fogo é tutelar a segurança pública e a paz social, não a incolumidade física das pessoas.

Em outras palavras, a arma de fogo mantida sem autorização, ainda que funcionalmente defeituosa ou sem munição, ao ponto de não permitir o disparo pelo usuário, configura o delito do artigo 12, da Lei n. 10.826/03, crime de mera conduta e perigo abstrato à paz e segurança públicas, sendo irrelevante possuir ou não potencial ofensivo à incolumidade física das pessoas.

[...]

Por outro lado, o defeito funcional da arma torna necessário o afastamento da respectiva causa de aumento referente ao delito patrimonial, pois que o instrumento foi incapaz de gerar perigo real à integridade física da vítima.

O emprego da arma como majorante do roubo deve implicar, necessariamente, em maior perigo para a vítima pela inerente potencialidade ofensiva. Se a arma era inapta para disparos ou desmuniçada, circunstância que embora accidental, na época dos fatos não apresentava aquela potencialidade, é equiparada a inapta para disparos ou ao simulacro de arma de fogo, devendo ser afastada.” (fls. 48-50, grifei).

Com efeito, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que "tanto a posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/2003) quanto o porte ou posse de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da mesma lei) são crimes de perigo abstrato, dispensando-se prova de efetiva situação de risco ao bem jurídico tutelado." (AgRg no AREsp n. 1.027.337/MT, **Quinta Turma, de minha relatoria**, DJe de 27/03/2017).

Todavia, na hipótese em que houver laudo pericial atestando a

inaptidão do artefato bélico, a jurisprudência deste Sodalício entende inexistir tipicidade do fato.

Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. INEFICÁCIA DA ARMA ATESTADA POR LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO.

1. A Terceira Seção deste Tribunal Superior possui entendimento pacífico de que o tipo penal de posse ou porte ilegal de arma de fogo cuida de delito de perigo abstrato, sendo irrelevante a demonstração de seu efetivo caráter ofensivo.

2. In casu, contudo, como ficou demonstrada, por laudo pericial, a total ineficácia da arma de fogo (inapta a disparar), deve ser reconhecida a atipicidade da conduta perpetrada, diante da caracterização de crime impossível dada a absoluta ineficácia do meio.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 1394230/SE, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 09/11/2018, grifei).

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DESNECESSIDADE DE SUBMISSÃO DO ARTEFATO A EXAME PERICIAL. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PERÍCIA QUE ATESTOU A INAPTIDÃO DO ARMAMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS. PLEITO DE REVISÃO DOS CRITÉRIOS DOSIMÉTRICOS SUPERADO. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Quanto à tipicidade da conduta, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, pacificada nos autos do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, no sentido de que o crime previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/03 é de perigo abstrato, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial.

4. *Conquanto seja desnecessária a realização de perícia, se a arma foi submetida a exame, o qual concluiu pela sua ineficácia para efetuar disparos, mister se faz reconhecer a atipicidade da conduta, dada a impossibilidade de causar dano ao bem jurídico protegido pela norma penal. Precedentes.*

5. *Evidenciada a atipicidade da conduta descrita na peça acusatória, impondo-se, portanto, a absolvição dos réus, resta superado o pleito de revisão dos critérios dosimétricos e de imposição de regime prisional menos gravoso para o desconto das reprimendas.*

6. **Writ** não conhecido e **habeas corpus** concedido, de ofício, para absolver os pacientes das imputações contra eles dirigidas nos autos da Ação Penal n. 0046569-69.2015.8.19.0021.” (HC n. 411.450/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 20/03/2018, grifei)

No caso em análise, a inaptidão da arma de fogo foi atestada por laudo pericial, situação que conduza a atipicidade da conduta.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

Contudo, concedo a ordem de ofício, a fim de, tão somente, absolver o acusado - ANDERSON BARBOSA DE SOUZA ALVES – do delito previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator