RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.649 - RJ (2019/0087212-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : LEONARDO SOUZA DA COSTA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. VIOLAÇÃO DO ART. 16, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/2003. POSSE IRREGULAR DE UM CARREGADOR DESMUNICIADO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA ATESTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE ARMA DE FOGO. BEM JURÍDICO. INCOLUMIDADE PÚBLICA PRESERVADA. PERIGO NÃO CONSTATADO. ABSOLUTA INEFICÁCIA DO MEIO. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA.
Recurso especial desprovido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público do Rio de Janeiro**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local que, na Apelação Criminal n. 0041883-57.2016.8.19.0002, deu parcial provimento ao recurso defensivo, ao efeito de absolver o recorrido da imputação do delito de posse irregular de arma de fogo ou munição de uso restrito, disposto no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 (fls. 339/355).

ACÓRDÃO.

Apelante preso, primário, condenado em janeiro de 2018, por tráfico de entorpecentes (artigo 33, caput da Lei 11.343/06) e posse de um carregador de arma de fogo calibre .9mm (art. 16, caput da Lei 10.826/03) em concurso material (art. 69 do Código Penal), a 07 anos e 02 meses de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 426 dias -multa, no valor mínimo legal. Absolvido quanto ao crime de associação para o tráfico de entorpecentes (artigos 35 da Lei 11.343/06), com fulcro no art. 386, inciso VII (sem prova suficiente).

1) Inconformismo ministerial:

1.1) Impossível a condenação por associação para o tráfico.

Ao longo da instrução criminal não restou caracterizada cabalmente tal prática ilícita, pois para a sua configuração, indispensável o acordo de vontades estabelecendo um vínculo entre os participantes, com razoável permanência.

In casu, embora verificada a mercancia de drogas, nenhuma inequívoca demonstração do elo, assim, melhor alvitre, conservar a absolvição.

Desprovimento do apelo ministerial.

2) Insurgência defensiva.

2.1) Inviável a absolvição em razão de suposta insuficiência probatória.

(A) Materialidade e autoria do injusto de tráfico de entorpecentes em concurso

material com o crime de posse de um carregador de arma de fogo devidamente patenteadas pelos autos de prisão em flagrante, apreensão, laudos periciais e o depoimento dos policiais (Enunciado n° 70 do TJ/RJ). As circunstâncias denotam destinar-se o material arrecadado (50g de Cannabis Sativa L) à mercancia, logo imperiosa a condenação.

2.2). Cabível alegação de atipicidade da conduta prevista no tipo penal do art. 16 da Lei 10826/06.

A mera posse de um carregador desmuniciado, desacompanhado da arma de fogo, por si só, não demonstra potencialidade lesiva, razão pela qual o acusado deverá ser absolvido dessa imputação, com fulcro no artigo 386, III do Código de Processo Penal. Aplicação *in casu* do princípio da lesividade.

2.3) Possível a revisão na dosimetria.

Artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

1ª fase - réu primário, com bons antecedentes, sem elementos desabonadores da personalidade e conduta social, arrecadada razoável porção de maconha, hoje em dia não havida como a mais letal e, assim, atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nesta fase a reprimenda resultará estabelecida no patamar mínimo - 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias -multa, no menor valor;

2ª fase - presente circunstância atenuante da menoridade, sem repercussão na pena -base, já no mínimo legal. Inexistente circunstância agravante.

3ª fase - Aplicação de diminuição do privilégio. Apelante preenchendo os requisitos objetivos impostos - primário e de bons antecedentes, não comprovado dedicar-se à prática de atividades criminosas de forma contumaz, ou integrar organização criminosa. Entretanto, considerando o conjunto probatório e os demais objetos apreendidos em situação flagrancial (um carregador de arma de fogo desmuniciado e duas baterias de rádio comunicador), a pena base diminuirá na fração de 1/3 (um terço), passando a 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias -multa, no valor mínimo.

Viável a fixação do regime aberto para o cumprimento de pena.

Frente a não hediondez do tráfico privilegiado e ao mandamento do art.33, §2°, 'c', do Código Penal, razoável o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Admitida, de ofício, a sua substituição com amparo no art. 44 e seus respectivos incisos, do Código Penal.

Recurso defensivo parcialmente provido.

RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O MINISTERIAL E PARCIALMENTE PROVIDO O DEFENSIVO, absolvido do crime previsto art. 16, *caput* da Lei 10.826/03, readequando a sanção para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias -multa, no valor mínimo, a ser cumprida em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem detalhadas pelo Juízo da VEP, expedido alvará de soltura.

Na presente insurgência, fls. 375/398, o *Parquet* estadual alega *o v. acórdão impugnado conheceu e negou provimento ao recurso ministerial e conheceu e deu parcial provimento ao recurso defensivo, para, dentre outras questões não atinentes ao presente recurso especial, absolver o acusado da imputação da prática do crime do art.*

16, caput, da Lei 10.826/2003, isto ao entendimento de que a conduta se revelaria ATÍPICA, vez que apreendido com o ora recorrido um carregador de arma de fogo DE USO RESTRITO, sem munição. Entendeu-se, em síntese, que a conduta de transportar carregador (acessório/componente de arma de fogo) de uso restrito, sem o respectivo artefato e/ou munições se revela atípica (fls. 380/381).

Assevera que *o entendimento esboçado no v. acórdão recorrido, segundo o qual não é típica a conduta de transportar carregador de arma de fogo de uso restrito, sem o respectivo artefato ou munições, não estando configurado o crime do art. 16, caput, da Lei 10.826/2003, se revela, data venia, em confronto com a mens legis.* [...] *Assim, nos crimes de porte de arma, não há qualquer necessidade de se demonstrar, no caso concreto, a lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado. Esta lesividade é presumida pela lei*. [...] *Com efeito, quem porta arma de fogo desmuniciada, apenas munições ou mesmo acessórios (carregadores, coletes balísticos, lunetas etc.) pratica crime nos termos da Lei n° 10.826/2003. Entendeu o legislador (com muita propriedade) que o porte destes artefatos coloca em risco a segurança pública* (fl. 389).

Reforça sua tese, expondo que *o crime de porte de arma é de perigo abstrato, bastando para sua configuração que o agente porte o armamento, acessório ou munição sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar* (fl. 391).

Pede o conhecimento e provimento do recurso para que seja reformado o v. Acórdão recorrido, reconhecendo-se a tipicidade da conduta em relação ao delito previsto no artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, com o consequente restabelecimento da r. sentença condenatória no que se refere a este delito.

Oferecidas contrarrazões (fls. 404/409), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 411/415).

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e improvimento da insurgência (fls. 431/433).

RECURSO ESPECIAL. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. A Sexta Turma desta Casa, alinhando-se ao

Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei n. 10.826/2003, esclarecendo que a ínfima quantidade de munição apreendida, aliada a ausência de artefato bélico apto ao disparo, evidencia à inexistência de riscos à incolumidade pública. No caso em exame não há munição, mas um simples carregador sem munição e sem alcance à respectiva arma, o que impõe aplicar-se a mesma regra. Parecer pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Extrai-se do combatido aresto o seguinte trecho (fls. 350/352 – grifo nosso):

[...]

Cabível alegação de atipicidade da conduta prevista no tipo penal do art. 16 da Lei 10826/06, uma vez que a mera posse de um carregador de arma de fogo não constitui fato típico.

Aplica-se *in casu* o princípio da lesividade, segundo o qual direito penal deverá punir o crime se a conduta lesionar ou expuser a lesão um bem jurídico penalmente tutelado. Diante disso, um carregador desmuniciado, desacompanhado da arma de fogo, por si só, não demonstra potencialidade lesiva, razão pela qual o acusado deverá ser absolvido dessa imputação.

Nesse sentido o seguinte julgado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. APELANTE DENUNCIADO PELO COMETIMENTO, EM TESE, DE TENTATIVA DE ROUBO EM CONCURSO MATERIAL COM O PORTE DE UM CARREGADOR DE PISTOLA EM DESACORDO COM O ESTATUTO DO DESARMAMENTO. CONDUTA DESCRITA NO ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DEFENSIVO QUE PERSEGUE A ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE NO QUE TANGE AO PORTE DE ACESSÓRIO DE ARMA DE FOGO. (...) 2 - No que concerne ao crime do Estatuto de Desarmamento deve-se ponderar que o acusado foi flagranciado pouco depois de ter tentado subtrair a motocicleta da vítima por meio de gestual de quem simula portar arma de fogo. Uma vez detido, constatou-se que ele apenas trazia consigo um carregador de pistola vazio, o suporte para transportá- lo, um cinto tático e o coldre. Note-se que ele não trazia arma de fogo, tampouco munições, como bem observou a vítima e ratificou o policial militar que testemunhou em juízo. A celeuma reside, portanto, na discussão acerca da tipicidade da conduta de porte isolado de carregador de arma, debate que se assemelha ao de posse de munições. Quanto a este, embora já se tenha entendido de modo diverso, hodiernamente este Colegiado inclina-se no sentido prevalente nos tribunais superiores, segundo o qual a posse ou o porte apenas da munição (ou seja, desacompanhada da arma) configura crime. Entendem os doutos integrantes das Cortes Superiores que tal conduta consiste em crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação, pois objetivo do legislador teria sido o de antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população, prevenindo a prática de crimes. Contudo, a mesma orientação não se aplica, especificamente, ao presente caso. Ora, pelo que se depreende do próprio depoimento do policial, o

> acusado não tinha qualquer munição com ele, mas tão somente esse carregador vazio. Assim, em que pese o artigo 16 da Lei n. 10.826/03 mencionar também o "acessório" de arma de fogo, entende-se, pelo princípio da intervenção mínima, que não houve violação do bem jurídico tutelado na espécie. Desta feita, o porte de carregador vazio e desacompanhado da respectiva arma de fogo é um irrelevante penal, sendo, de fato, desproporcional penalizar tal conduta. Destaco que, na espécie, deve se ter em mente não apenas o princípio da ofensividade como também o caráter fragmentário do direito penal. O direito penal se presta tutelar aquelas ações que possam causar lesão a outrem, mas só intervém nas condutas mais relevantes, como ultima ratio à tutela de determinado bem jurídico. Atipicidade material reconhecida. 3 - Sursis penal que se concede de ofício. Conquanto não tenha sido ob jeto de pedido da defesa, verifica-se a presença dos requisitos para a suspensão condicional da pena do crime remanescente. Recurso a que se dá provimento." (Apelação 0022270-74.2015.8.19.0038. Relator Des(a). Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes - Sétima Câmara Criminal - Julgamento: 21/02/2017). (Grifei)
> [...]

Com efeito, o fundamento utilizado pela Corte de origem, atinente à incapacidade de um carregador desmuniciado, isoladamente considerado, gerar perigo à incolumidade pública, não merece reparos.

Destaca-se que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de desconsiderar a potencialidade lesiva na hipótese em que pouca munição é apreendida desacompanhada de arma de fogo, *in verbis*:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003). POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. **AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO**. ATIPICIDADE DOS FATOS. RECURSO PROVIDO.
>
> I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22.
>
> II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003.
>
> III – **Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos**.
>
> IV – Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).
>
> (RHC n. 143.449/MS, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9/10/2017 – grifo nosso).

Não ignoro que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, os crimes previstos entre os arts. 12 a 18 do Estatuto do Desarmamento são considerados de perigo abstrato, notadamente em função da proteção

do bem jurídico atinente à incolumidade pública.

Na hipótese, contudo, a Sexta Turma desta Corte Superior orientou-se no sentido da atipicidade da conduta perpetrada, diante da ausência de afetação do referido bem jurídico, tratando-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio.

A corroborar, recentes precedentes do referido Colegiado:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. **CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APREENSÃO DE 1 MUNIÇÃO. AUSÊNCIA DE ARMAS APTAS AO DISPARO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA**. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. O princípio da insignificância é parâmetro utilizado para interpretação da norma penal incriminadora, buscando evitar que o instrumento repressivo estatal persiga condutas que gerem lesões inexpressivas ao bem jurídico tutelado ou, ainda, sequer lhe causem ameaça.
>
> 2. **A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei 10.826/03, a despeito de serem delitos de mera conduta, afastando, assim, a tipicidade material da conduta, quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal**.
>
> 3. **Ainda que formalmente típica, a apreensão de 1 munição não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado, mormente porque ausente qualquer tipo de armamento capaz de deflagrar os projétil encontrado em poder do réu**.
>
> 4. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no HC n. 439.593/MG, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019 – grifo nosso).

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, *CAPUT*, DA LEI N.º 10.826/2003). ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA. APREENSÃO DE 25 MUNIÇÕES CALIBRE .22. RÉU REINCIDENTE EM CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PERIGO CONFIGURADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.
>
> 1. O porte ilegal de grande quantidade de munições constitui conduta típica, diante do perigo concreto de lesão ou dano aos bens jurídicos tutelados pelo comando do art. 14, caput, da Lei n.º 10.823/2003, mormente quando se leva em consideração a reincidência do réu em crime contra o patrimônio.
>
> 2. **O reconhecimento da atipicidade material, pela aplicação do princípio da insignificância, restringe-se aos casos em que a posse de ínfima quantidade de munição, aliada à ausência do artefato capaz de disparar o projétil, demonstre a incapacidade de a conduta gerar perigo à incolumidade pública. Precedentes**.
>
> 3. Ordem de *habeas corpus* denegada.
>
> (HC n. 472.519/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 19/12/2018 – grifo nosso).

Assim, a presente hipótese deve ser considerada atípica por ausência de materialidade delitiva, notadamente porque constatado pelo Tribunal de origem que *um carregador desmuniciado, desacompanhado da arma de fogo, por si só, não demonstra potencialidade lesiva*.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator