RECURSO ESPECIAL Nº 1.765.246 - RJ (2018/0233766-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO	:	GUSTAVO ARAUJO FRANCISCO
ADVOGADO	:	WANDER LUGON MALAFAIA - RJ071263

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Criminal n. 0017898-86.2017.8.19.0014.

Consta dos autos que o recorrido foi condenado pela prática dos delitos tipificados no art. 157, *§ 2º*, I do Código Penal - CP (roubo majorado) e no art. 12, da Lei n. 10.826/2003 (posse ilegal de munição), às penas, respectivas, de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado e o pagamento de 108 (cento e oito) dias-multa, e de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, cumulada com o pagamento de 16 (dezesseis) dias multa, conforme a sentença de fls. 150/157.

Irresignado, o recorrido interpôs recurso de apelação. O Tribunal de origem por unanimidade, rejeitou a preliminar suscitada, negando provimento ao recurso defensivo e, de ofício, absolveu o apelante quanto ao delito do artigo 12 da Lei n. 10.826/03, com fulcro no artigo 386, inciso III, do CPP, alterando a fração de aumento em razão de duas majorantes para 1/3 (um terço), firmando a pena final quanto ao delito do artigo 157, § 2º, inciso I, do CP, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantido o regime fechado para o cumprimento inicial de pena, nos termos do voto do relator (fl. 230).

O acórdão ficou assim ementado (fl. 228/229):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO DELITO DO ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECURSO DEFENSIVO QUE EM SEDE PRELIMINAR BUSCA SEJA RECONHECIDA A NULIDADE RELATIVA AO ATO DE RECONHECIMENTO DO ACUSADO, EIS QUE NÃO OBSERVADO O DISPOSTO NO ARTIGO 226 DO CPP. NO MÉRITO, PUGNA POR SUA ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE ROUBO, DIANTE DA FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. RELATIVAMENTE AO DELITO INSERTO NO ARTIGO 12 DA LEI Nº 10.826/03, REQUER A*

CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA POR SER PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E TER RESIDÊNCIA E TRABALHO FIXO NO LOCAL DA CULPA.

1. PRELIMINAR que se rejeita. Verifica-se que as diretrizes estabelecidas no artigo 226 do CPP, em verdade, são meras recomendações, que deverão ser cumpridas apenas quando possível, sendo que eventual desatendimento a tais regras não enseja, necessariamente, a nulidade do ato de reconhecimento, principalmente caso não se aponte qualquer prejuízo sofrido.

2. Ressalte-se que no caso em espeque as vítimas tiveram por devidamente reconhecer o acusado tanto em Delegacia de Polícia quanto em Juízo.

3. MÉRITO. Quanto ao delito de roubo, diante da prova dos autos torna-se incabível o acolhimento do pleito Absolutório, destacando-se as declarações vertidas pelas vítimas e pela testemunha de acusação.

4. Relativamente ao delito inserto no artigo 12 da Lei nº 10.826/03, impõe-se aqui o reconhecimento de que a posse de munição de uso permitido sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, por si só, não se afigura como sendo típica e culpável, porquanto, a ação perpetrada é incapaz de produzir qualquer lesividade ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, e que, in casu, é a vida, devendo o acusado, de ofício, ser Absolvido com fulcro no artigo 386, inciso III, do CPP.

5. Outrossim, verifica-se que a pena-base foi exasperada em razão de o acusado possuir em sua FAC outra anotação, além do presente feito, pelo delito de roubo, demonstrando assim, personalidade voltada para a prática de crimes e conduta social negativa, fazendo dos delitos uma forma característica do seu atuar na sociedade.

6. No entanto, tem-se que da referida anotação não consta resultado, estando o feito no aguardo da prolação de sentença, conforme Certidão de Esclarecimento constante de pasta 094, impondo o seu afastamento. Aplicação da Súmula nº 444 do E. STJ.

7. Afastamento do aumento decorrente das consequências do crime. Somente quando a consequência do crime extrapola o resultado normal do delito é que pode ser considerada circunstância judicial desfavorável, o que não é o caso dos autos.

8. Sendo assim, considerando que a culpabilidade não transbordou a normal prevista para o tipo, assim como os motivos, as circunstâncias e consequências do crime não podem ser negativamente valoradas, a pena-base se deve aquietar no seu mínimo legal.

9. Necessário se faz, também de ofício, o ajuste da fração utilizada em razão de duas majorantes para 1/3 (um terço), diante do disposto na Súmula nº 443 editada pelo E. STJ.

10. Quanto ao regime inicial para cumprimento de pena, tem-se por se manter o fechado, diante das peculiaridades do caso em concreto, entendendo ser o mesmo o que melhor se impõe nos autos, sendo suficiente à prevenção e reprovação do ato delitivo perpetrado.

11. Inaplicabilidade da substituição da pena corporal por restritiva de direitos e do sursis, em razão do disposto nos artigos 44 e 77 do Código Penal, eis que o Apelante não atende aos requisitos objetivos dos mencionados dispositivos

Na petição de recurso especial, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro aponta violação do disposto no artigo 12, da Lei n. 10.826/2003.

Sustenta, em síntese, que a tese da atipicidade material do crime de posse ou manutenção ilegal de munição, por ausência de lesividade na conduta incriminada, não encontra adequação ao caso concreto, haja vista que *"a simples posse ou manutenção sob guarda de munição, ainda que em pequena quantidade, apta à utilização em arma de fogo adequada, caracteriza o crime em exame, visto que se trata de delito de perigo abstrato, tendo como tutela penal a incolumidade pública"* (fls. 286/287).

Aduz que "*a manutenção sob guarda de munição de uso permitido, no caso, uma munição calibre .380, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, independentemente de estar afetada ao porte de arma de fogo, por si só já determina a prática do injusto típico"* (fl. 289), mencionando que *"não cabe ao Poder Judiciário dar interpretação restritiva à norma penal incriminadora"*, ou seja, atuar em substituição ao Poder Legislativo como legislador positivo.

Requer, desse modo, o provimento do recurso especial para que seja reformado o acórdão impugnado, reconhecendo-se a tipicidade da conduta em relação ao delito previsto no artigo 12, da Lei n. 10.826/03, com o consequente restabelecimento da condenação imposta na r. sentença e o retorno dos autos ao Tribunal de origem para nova dosimetria da pena (fls. 293).

Com contrarrazões (fls. 298/300), o recurso foi admitido, vindo os autos a esta Corte.

Parecer ministerial opinando pelo provimento do recurso (fls. 321/325).

É o relatório. Decido.

O recurso merece provimento.

Com efeito, mesmo com a manutenção do entendimento de que os delitos previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são crimes de perigo abstrato, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio da

insignificância quando a quantidade de munição for pequena e na situação fática não oferecer risco à coletividade, notadamente por estar desacompanhada de arma de fogo ou em razão da ineficácia do artefato.

Entretanto, embora na hipótese tenha sido apreendida a quantidade de apenas 1 (uma) munição, o réu foi condenado pela conduta do 157, § 2º, inciso I, do Código Penal - CP, circunstância que inviabiliza o reconhecimento da atipicidade da conduta prevista no Estatuto do Desarmamento, dadas as peculiaridades do caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, confiram-se os seguintes precedente:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ALEGAÇÃO DE APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE MUNIÇÕES. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. MOLDURA FÁTICA A DEMONSTRAR A TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. SÚMULA 568/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA.*
>
> *I - Esta eg. Corte Superior, acompanhando posicionamento do Pretório Supremo Tribunal Federal, passou a admitir a incidência do denominado princípio da insignificância "quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC n. 458.189/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/9/2018, grifei).*
>
> *II - Todavia, em que pese seja possível, nos termos da moderna jurisprudência deste Superior Tribunal, o reconhecimento do princípio da insignificância, em caso de apreensão de pequena quantidade de munições, desacompanhadas do artefato bélico, mostra inadequada, dadas as peculiaridades do caso concreto, tal providência. Isso porque os recorrentes também foram presos em flagrante e condenados pela prática de tráfico de drogas, sendo, portanto, descabido o reconhecimento do princípio da insignificância, pois a moldura fática demonstra a lesividade da conduta, a justificar a mantença do acórdão recorrido, bem como a condenação pela posse das munições referidas.*
>
> *Agravo regimental desprovido* (AgRg no REsp 1.796.235/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 29/04/2019).

> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA*

DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SEGURANÇA PÚBLICA E À PAZ COLETIVA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.

2. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico.

3. O simples fato de possuir ilegalmente munição de uso permitido caracteriza a conduta descrita no artigo 14 da Lei 10.826/2003, por se tratar de crime de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva.

4. É certo que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, tendo em vista o julgamento, pelo colendo Supremo Tribunal Federal, do RHC n. 143.449/MS, em que foi relator o Exmº Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Segunda Turma, DJe de 9/10/2017), evoluiu no sentido de admitir a aplicabilidade do princípio da insignificância nos casos de apreensão de pequena quantidade de munição, desacompanhada de arma de fogo ou cuja arma de fogo também apreendida na posse do agente tenha sido considerada, pericialmente, inapta para deflagrar disparos.

5. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

6. Na espécie, durante revista aos ocupantes de um automóvel, indicados por transeuntes como sendo autores de crimes de roubo, foi apreendida com o paciente, que é multirreincidente, uma munição de uso permitido, cuja eficácia restou atestada pericialmente, ocasião em que também foi encontrada em seu poder uma garrucha, esta apontada pela perícia como inapta para efetuar disparos, ao passo que, com o motorista do veículo, foi arrecadada uma arma de pressão, cópia fiel de uma pistola.

> *7. Tal contexto fático demonstra a potencialidade lesiva da conduta do paciente, bem como a sua efetiva periculosidade, circunstâncias aptas a embasar a incidência do Direito Penal no caso concreto, como forma de coibir a reiteração delitiva, preservando-se, assim, a ordem pública e social. Precedentes do STF e do STJ.*
>
> *8. Habeas corpus não conhecido.* (HC 451.716/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018)

Portanto, merece reforma o acórdão recorrido, devendo ser restabelecida a condenação do réu pela conduta do art. 12 da Lei n. 10.826/2003. Ficam mantidos os demais termos do acórdão, notadamente o *quantum* da pena do crime de roubo majorado.

Diante do exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão impugnado, restabelecer a condenação do ora recorrido, nos termos da fundamentação acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator