

# SEM REVISÃO

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

## EMENTA

***Habeas Corpus. Ação Penal (trancamento). Justa causa (ausência). Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito ('caneta-revólver'). Atipicidade.***

1. É possível a concessão de habeas corpus para a extinção de ação penal sempre que se constatar ou imputação de fato atípico, ou inexistência de qualquer elemento que demonstre a autoria do delito, ou extinção da punibilidade.

2. Na espécie, não há justa causa para a ação penal com base no art. 16 da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento). A apreensão de 'caneta-revólver' na residência do investigado, cujas características são de todo assemelhadas à arma registrada em seu nome perante o órgão competente, com mera divergência quanto à origem de sua fabricação, não é suficiente para caracterizar o crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, máxime não tendo sido localizado outro equipamento similar de origem diversa, não é suficiente para o reconhecimento do núcleo do tipo.

3. Nas palavras de **Reale Júnior**, tipicidade é a “*congruência entre a ação concreta e o paradigma legal ou a configuração típica do injusto*”. Não preenchidos esses requisitos, inexistente justa causa para a instauração da persecução penal pelo **Parquet**.

4. **Habeas corpus** concedido.

## VOTO

### O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Como já dito, trata-se de *habeas corpus*, com requerimento de liminar, impetrado por Arnaldo Malheiros Filho e outros em favor de ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que aceitou denúncia ação penal em face do paciente.

## SEM REVISÃO

Dizem os impetrantes que o paciente é Desembargador Federal, membro do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e, nessa condição, juntamente com terceiros, foi objeto de operação policial consistente em interceptações telefônicas e busca e apreensão de objetos, as quais se deram em sua residência, em seu gabinete de trabalho e em oficina mecânica de propriedade de seu irmão, sob a acusação de participar da suposta venda de decisões judiciais.

Oferecida denúncia ao STJ - a qual dava o paciente como incurso nas sanções dos arts. 288, 357 e 321, parágrafo único, c/c. art. 70, todos do Código Penal, bem como do art. 16 da Lei nº 10.826/03 – apenas esta última imputação foi parcialmente recebida, para admissão da ação penal no que toca ao suposto delito de posse de uma ‘caneta-revólver’, arma de fogo classificada como de uso restrito.

O acórdão contra o qual se volta a presente impetração tem ementa do seguinte teor:

**“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA FIXADA EX VI ART. 105, INCISO I ALÍNEA “A”, DA LEX FUNDAMENTALIS. DESEMBARGADORA FEDERAL DENUNCIADA PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 288; 317, § 2º; 299, TODOS DO CÓDIGO PENAL E NO ART. 12 DA LEI Nº 10.826/2003. PRELIMINAR DE NULIDADE DO MATERIAL COLHIDO DURANTE A INTERCEPTAÇÃO DAS CONVERSAS TELEFÔNICAS AFASTADA. DENÚNCIA QUE, DE UM LADO, CARECE DO SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO LEGITIMADOR DO INÍCIO DA PERSECUTIO CRIMINIS IN IUDICIO, NA MEDIDA EM QUE NÃO REVELA DE MODO SATISFATÓRIO A MATERIALIDADE DO FATO TIDO POR DELITUOSO E A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA A RESPALDAR A ACUSAÇÃO E TORNÁ-LA VIÁVEL E, DE OUTRO, NARRA CONDUTAS ATÍPICAS. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. PRAZO PARA A REGULARIZAÇÃO DA ARMA. ARTIGOS 30, 31 E 32, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. DESEMBARGADOR FEDERAL DENUNCIADO PELA PRÁTICA, EM TESE, DOS DELITOS DE QUADRILHA E PREVARICAÇÃO. AUSÊNCIA DE DADOS INDICIÁRIOS MÍNIMOS CAPAZES DE SUSTENTAR A IMPUTAÇÃO. FLAGRANTE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DESEMBARGADOR FEDERAL DENUNCIADO PELA PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 288, 321, PARÁGRAFO ÚNICO, E 357, TODOS**

## SEM REVISÃO

**DO CÓDIGO PENAL E DO ART. 16 DA LEI Nº 10.826/2003.** PRELIMINARES DE NULIDADE DA DECISÃO QUE DETERMINOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DAS CONVERSAS DO DENUNCIADO E DA MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO AFASTADAS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA EM RELAÇÃO AOS DELITOS DE QUADRILHA OU BANDO, EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO E ADVOCACIA ADMINISTRATIVA QUALIFICADA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NA PARTE QUE É IMPUTADA A PRÁTICA DO CRIME DE POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.

I - A denominada "Operação Têmis" foi levada a efeito sob a alegação de **"venda de decisões judiciais"**. No entanto, apesar do deferimento amplo de diligências (busca e apreensão; excetuando-se em Montevideu, quebra de sigilo bancário e fiscal; interceptação telefônica), **a imputação de "venda de decisões judiciais" não foi apresentada contra os denunciados com foro especial perante esta Corte.** II - A dificuldade na apuração de um delito não justifica o oferecimento precoce de denúncia e nem isenta o órgão de acusação de apresentar provas indiciárias do que foi imputado.

III - Inexistência de juízo incompetente para o início das investigações acerca de supostas práticas delituosas praticadas por **A. M. B. C. A.** A **captação fortuita de conversas** entre pessoa cuja interceptação telefônica tinha sido devidamente autorizada com a denunciada, não configura nenhuma nulidade. As suspeitas dali oriundas, é que ensejaram a pronta remessa dos autos a esta Corte, **não se podendo falar, portanto, em ilicitude do material probatório.**

IV - Verifica-se da simples leitura tanto da decisão que autorizou a **quebra do sigilo telefônico** de **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD**, como da que possibilitou a prorrogação da medida, que a **indispensável e suficiente fundamentação** foi rigorosamente apresentada. De fato, todos os **requisitos exigidos pela Lei nº 9.296/96** para a interceptação de conversas telefônicas foram devidamente delineados (**v.g.:** imprescindibilidade da medida, indicação de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão, a sua finalidade, etc.). As decisões apresentaram a **necessária fundamentação** com base em elementos que, **naquela oportunidade**, demonstravam a imperiosidade de sua adoção para **elucidação dos fatos.**

V- Conforme já decidido por esta Corte, a "busca e apreensão, como meio de prova admitido pelo Código de Processo Penal, deverá ser procedida quando houver fundadas razões autorizadoras a, dentre outros, colher qualquer elemento hábil a formar a convicção do Julgador. Não há qualquer ilegalidade na decisão que determinou a busca e apreensão, se esta foi proferida em observância ao Princípio do Livre Convencimento Motivado, visando a assegurar a convicção por

## SEM REVISÃO

meio da livre apreciação da prova." (RMS 18.061/SC, **5ª Turma**, Rel. **Min. Gilson Dipp**, DJ de 28/03/2005). **Na hipótese, o cabimento da medida restou devidamente demonstrado**, a partir do conteúdo das conversas interceptadas. Além disso, **naquele momento**, mostrava-se necessária uma **melhor delimitação da participação de cada um dos supostos envolvidos nos ilícitos penais sob investigação**. Por fim, a possibilidade de apreensão de coisas obtidas por meios criminosos, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova de infração e outros elementos de convicção justificavam, também, a necessidade de tal medida. **Tudo isso, frise-se, restou satisfatoriamente demonstrado na decisão objurada.**

VI - Segundo já restou decidido por esta Corte, "Conforme o art. 68 da Lei Complementar 75/93, é atribuição da Procuradoria Regional da República a atuação em processos de competência originária dos Tribunais Regionais Federais" (HC 112.617/DF, **5ª Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 02/02/2009). **Desta feita, "Os membros do Parquet de Segundo Grau, não têm legitimidade para autuar em Tribunal Superior."** (AgRg no Ag 614.771/RS, **5ª Turma**, de **minha relatoria**, DJ de 30/05/2005). **No caso**, no entanto, não incide o disposto no destacado dispositivo legal. É que **não se tem no mero acompanhamento de diligência por Procuradores Regionais da República o mencionado ofício em órgãos jurisdicionais diferentes dos previstos para a categoria (na hipótese, perante esta Corte), a ponto de se exigir a autorização do Conselho Superior**. De fato, a **louvável medida** levada a efeito em atendimento a Portaria nº 153 da Procuradoria Geral da República datada de 18 de abril de 2007, **subscrita pelo próprio Procurador Geral da República**, que no uso de suas atribuições constitucionais e legais **designou diversos Procuradores Regionais da República para, em conjunto com Subprocurador-Geral da República, acompanhar a referida diligência** (fl. 6.715 - volume 25), denota a preocupação de que em sua efetivação fosse assegurada **a observância de todas as garantias constitucionais dos investigados e a regularidade da medida.**

VII - A eventualmente indevida apreensão de objetos que devem ser restituídos, não tendo sido utilizados, não constitui nulidade processual.

VIII - A **denúncia** deve vir acompanhada com o **mínimo embasamento probatório**, ou seja, com lastro probatório mínimo (HC 88.601/CE, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Gilmar Mendes**, DJU de 22/06/2007), apto a demonstrar, **ainda que de modo indiciário**, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Em outros termos, é imperiosa existência de um **suporte legitimador** que revele de modo satisfatório e consistente, a **materialidade do fato delituoso** e a **existência de indícios suficientes de autoria do crime**, a respaldar a

## SEM REVISÃO

acusação, de modo a tornar esta plausível. Não se revela admissível a **imputação penal destituída de base empírica idônea** (INQ 1.978/PR, **Tribunal Pleno**, Rel. **Min. Celso de Mello**, DJU de 17/08/2007) o que implica a ausência de justa causa a autorizar a instauração da **persecutio criminis in iudicio**.

(...).

XXV - Não se pode confundir **posse** de **arma** de fogo com o porte de **arma** de fogo. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A **posse** consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a **arma** de fogo. O porte, por sua vez, pressupõe que a **arma** de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho (**Precedentes**).

XXVI - Os prazos a que se referem os artigos 30, 31 e 32, da Lei nº 10.826/2003, só beneficiam os possuidores de **arma** de fogo, i.e., quem a possui em sua residência ou local de trabalho. Ademais, cumpre asseverar que o mencionado prazo teve seu termo inicial em 23 de dezembro de 2003, e possui termo final previsto até 31 de dezembro de 2008, tão somente para os possuidores de **arma** de fogo de uso permitido (nos exatos termos do art. 1º da Medida Provisória nº 417, de 31 de janeiro de 2008, convertida na Lei 11.706, de 19 de junho de 2008, que conferiu nova redação aos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03). **In casu**, a conduta atribuída à denunciada foi a de **possuir, no interior de sua residência, arma de fogo de uso permitido**. Logo, enquadra-se tal conduta nas hipóteses excepcionais dos artigos 30, 31 e 32 do Estatuto do Desarmamento.

XXVII - Não há como sustentar a participação de **N. DA C. JR.** no apontado **delito de quadrilha** diante dos escassos e, de certa forma, juridicamente irrelevantes dados, trazidos aos autos. Nada há que justifique a conclusão de que o denunciado integrava **associação estável e permanente formada com a deliberada intenção de cometer crimes**. De fato, tudo aquilo que foi colhido em seu desfavor é claramente insuficiente para a configuração do delito de quadrilha. Os mencionados encontros registrados pela autoridade policial entre ele e outros apontados integrantes da suposta quadrilha, tais como **ROBERTO LUÍZ RIBEIRO HADDAD** e **L. J. D.**, quer no gabinete do denunciado, quer em outros locais abertos ao público, servem, quando muito, apenas para demonstrar que ele conhecia e até mantinha vínculo de amizade com essas pessoas, o que é **insuficiente para a configuração do crime de quadrilha**. Nada se tem nos autos, portanto, que permita concluir, pelo menos de maneira indiciária, que esses relacionamentos são vínculos formados com a intenção de praticar ilícitos penais. Desconsiderados esses dados, pela sua insuficiência em demonstrar o alegado, não há elementos convergentes no sentido da prática, por parte do denunciado, do

## SEM REVISÃO

delito de quadrilha, razão pela qual, **carece neste ponto de justa causa a ação penal.**

(...).

XXXI - Tem-se que o denunciado mantinha, de fato, relacionamento com **L. J. D.** e **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD**, contudo, **nenhum dado** foi destacado para, **ainda que de forma indiciária**, mas bastante para deflagrar uma ação penal, sustentar que tais relacionamentos eram conservados **para a prática de ilícitos penais**. Aliás, especificamente sobre esses vínculos de amizade há na proemial, expressa menção a vários encontros entre o denunciado e os co-denunciados referidos acima nos quais seriam traçados os objetivos criminosos da quadrilha. Não foi carreado aos autos, entretanto, nenhum outro elemento capaz de indicar que, realmente, tais encontros tinham o propósito de traçar, por assim dizer, o **modus operandi** dos crimes imputados. A conversa telefônica interceptada travada entre **o denunciado** e **L. J. D.**, e destacada na inicial, como bastante para demonstrar indícios de eventual prática criminosa indica, apenas, que um encontro foi agendado. A conclusão de que aí, "negócios" escusos foram discutidos fica apenas no **campo do imaginário, da suposição**, pois a falta de base empírica concreta para se demonstrar, **primo ictu oculi** o alegado, é evidente.

XXXII - Não se tem qualquer sinal de que o denunciado teria retardado o julgamento do recurso de apelação em mandado de segurança apenas **para satisfazer interesses recônditos e ilegais**. Diálogos cifrados travados entre co-denunciados em **aparente referência ao processo sob a relatoria do denunciado**, desacompanhados de qualquer outro dado que trace o indispensável vínculo entre possíveis condutas criminosas praticadas pelos demais e a participação do denunciado não serve para, **ao menos em relação a este último**, embasar a deduzida pretensão punitiva em juízo. Aliás, sobre esse fato em específico, **segundo a imputação**, o feito somente foi retirado de pauta, **a uma**, diante da exploração de prestígio de **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD** junto ao denunciado e, **a duas**, como uma forma de demonstração para os representantes legais da **COMPANHIA COMERCIAL OMB - OMB** da **real ingerência da quadrilha sob o trâmite do processo em destaque**, o que, na oportunidade, se mostrava necessário tendo em vista o "desinteresse demonstrado por José Carlos de Brito e Paulo Carlos de Brito, representantes da OMB, em negociar com **L. R. P.**" (fl. 3.778). A simples afirmação de que o denunciado teria, **indevidamente**, determinado o adiamento do feito para atender aos interesses da quadrilha da qual fazia parte, sem a indicação de elementos indiciários que amparem a acusação, ou seja, de um mínimo de prova que demonstre ser ela **viável e verossímil**, torna **temerária a imputação**. **Por óbvio**, não se está a exigir **prova cabal, inequívoca certeza acerca do**

## SEM REVISÃO

**alegado**, mas não se pode admitir tão só os **superficiais e juridicamente irrelevantes** dados constantes nos autos como suficientes para se iniciar a ação penal.

(...).

XXXIV - Do mesmo modo como afirmado acima em relação aos **outros denunciados com foro especial perante esta Corte**, também aqui, não como há como sustentar a participação de **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD** no apontado delito de quadrilha diante dos **escassos e juridicamente irrelevantes dados**, trazidos aos autos. Nada há que justifique a conclusão de que o acusado integrava **associação estável e permanente formada com a deliberada intenção de cometer crimes**. De fato, tudo aquilo que foi colhido, em seu "desfavor" é **claramente insuficiente** para a configuração do **delito de quadrilha**. Com efeito, os mencionados encontros registrados pela autoridade policial, servem, somente, para demonstrar que o denunciado conhecia e até mantinha vínculo de amizade com pessoas presentes em tais encontros. Nada se tem nos autos, portanto, que permita concluir, ao menos de maneira indiciária, que esses relacionamentos são, em verdade, vínculos formados com a intenção de praticar ilícitos penais. Desconsiderados esses dados, pela sua insuficiência em demonstrar o alegado, não há elementos convergentes no sentido da prática, por parte do denunciado, do delito de quadrilha.

XXXV - Conversas comprometedoras envolvendo **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD** com empresários poderiam ensejar apuração indiciária ou administrativa, mas que, por si só, até o oferecimento da denúncia não superam o **plano da mera suspeita, sendo insuficientes para supedanejar uma incriminação estranha pelos dados colhidos de quadrilha, até aqui, sem fins lucrativos, por parte do magistrado**. Tudo isto, em investigação que se iniciou em razão de alardeada **"venda de decisões judiciais"**. **Apesar do longo período de interceptação telefônica** autorizadas em relação a um grande número de pessoas, das várias quebra de sigilo bancário e fiscal, da ampla medida de busca e apreensão em múltiplos locais, não se conseguiu, **repita-se, até aqui**, estabelecer o envolvimento **em termos de justa causa** do denunciado **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD** com a mencionada quadrilha. Diálogos, não devidamente explorados, podem dar margem a uma investigação mais detalhada, mas à toda evidência, são insuficientes para sustentar uma imputação. Aquilo que **possivelmente** possa ter ocorrido, mas que de forma satisfatória restou indemonstrado, não pode ser confundido com o que **provavelmente** tenha ocorrido. Com afirmado, na lição de **Karl Popper**, a probabilidade é um vetor no espaço de possibilidades.

XXXVI- A evidente falta de base empírica concreta do alegado, impossibilita a **persecutio criminis in**

## SEM REVISÃO

*iudicio*, porquanto meras **ilações, suposições**, dados existentes apenas no imaginário são insuficientes para possibilitar a análise da pretensão punitiva deduzida em juízo.

XXXVII - A **conduta típica** do delito de **advocacia administrativa** é **patrocinar**, ou seja, **defender, advogar, facilitar**, favorecer um **interesse privado**, ainda que de forma indireta, perante a administração pública, aproveitando-se das facilidades que a sua condição de **funcionário público lhe propicia**. O patrocínio não exige, em contrapartida, qualquer ganho ou vantagem econômica (**Guilherme de Souza Nucci in "Código Penal Comentado"**, Ed. RT, 9ª edição, 2009, página 1081). A tutela jurídica, aqui, é dirigida à administração pública, à normalidade dos serviços públicos, é uma forma de protegê-la contra a ação de funcionários que se valem do cargo que ocupam para defender interesses particulares, lícitos ou ilícitos, perante a própria administração pública (**Heleno Cláudio Fragoso in "Lições de Direito Penal - Parte Especial - Volume II"**, Ed. Forense, 1ª edição, 1989, página 450).

XXXVIII - Segundo a imputação, **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD** teria cometido o referido delito na medida em que, tal como por ele próprio prometido, o recurso de apelação em sede de mandado de segurança, cuja postergação de seu julgamento atendia aos interesses da **COMPANHIA COMERCIAL OMB - OMB**, foi retirado de pauta por indicação do relator atendendo aos interesses do acusado. Sendo assim, se valendo das facilidades que a sua condição de funcionário público lhe proporcionam, teria defendido ilegítimo interesse privado perante a administração pública.

XXXIX - A **leitura detida e criteriosa** de tudo aquilo que consta nos autos e que é indicado na acusação como satisfatório para a caracterização do delito, leva a **irrefutável conclusão** de que, pelo menos considerando-se o material cognitivo colhido durante toda a investigação, **dados escassos foram apresentados**, para justificar o início de ação penal pela suposta prática do delito de **advocacia administrativa**. A falta de elementos probatórios da ocorrência do apontado ilícito penal (**v.g.:** prova testemunhal, escuta ambiental, etc) é evidente e denotam que, realmente, **seria imprescindível uma investigação mais profunda e detalhada de tudo o que se procura demonstrar**. Conforme, afirmado acima, inegavelmente, há nos autos algumas conversas cuja **forma aparentemente cifrada** levantam suspeitas de seu conteúdo o que, evidentemente **justificam o início de uma investigação, mas nunca de uma ação penal**. Ocorre que, após o longo período do procedimento inquisitório, **nenhum outro elemento relevante foi agregado**, restando a narrativa da imputação carente do suporte mínimo que se exige, admitindo-se o alegado apenas no campo da suposição, das conjecturas.

## SEM REVISÃO

XL- O crime de **exploração de prestígio** é, por assim dizer, uma "subespécie" do crime previsto no art. 332 do Código Penal (tráfico de influência). É a exploração de prestígio, a venda de influência, a ser exercida especificamente sobre pessoas que possuem destacada importância no desfecho de processo judicial (**Nelson Hungria in "Comentários ao Código Penal - Volume IX"**, Ed. Forense, 2ª edição, 1959, página 529). Trata-se de **crime formal que não exige para a sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico** (**Guilherme de Souza Nucci in "Código Penal Comentado"**, Ed. RT, 9ª edição, 2009, página 1181). "O tipo penal do art. 357 do Código Penal não exige o prestígio direto, bastando para sua configuração que o pedido ou recebimento de dinheiro ou outra utilidade se dê a pretexto de influir, de qualquer modo, junto a autoridade ou a pessoa que vai atuar em processo cível ou criminal." (STF: RHC 75.128/RJ, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Ilmar Galvão**, DJ de 16/05/1997).

XLI - Na hipótese dos autos afirma-se que **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD**, em razão de **sentimento de gratidão** que possuía em relação à **L. R. P.** teria auxiliado este na **exploração de prestígio** junto ao co-denunciado **N. DA C. JR.** para que se retardasse o julgamento do recurso de apelação em mandado de segurança de modo que a quadrilha, por ele integrada, obtivesse o **benefício econômico** desejado junto à **COMPANHIA COMERCIAL OMB - OMB**. Todo o **desencadear dos fatos** descritos são **enlaçados** a partir de afirmações desprovidas de apoio em elementos concretamente avaliáveis. Diálogos em aparente **linguagem obscura, cifrada**, caso investigados com maior profundidade poderiam, por assim dizer, **descortinar uma prática ilícita. Com o que se tem nos autos, tal não se mostra, aqui, possível.**

XLII - As próprias **elementares do delito em questão** não restaram satisfatoriamente delineadas. Em nenhum momento tem-se a indicação de que o denunciado teria **solicitado** ou **recebido**, dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir, no co-denunciado **N. DA C. JR.**

XLIII - Em suma, a imputação mesclou os **delitos de advocacia administrativa e exploração de prestígio**, usando esta última tipificação de forma atécnica, leiga, porquanto a exploração de prestígio não seria em relação ao seu colega magistrado **N. DA C. JR.**, mas sim, em relação ao co-denunciado **L. R. P.** ou até mesmo em relação ao empresário da **COMPANHIA COMERCIAL OMB - OMB**. **Gratidão de situação pretérita** (o acompanhamento de julgamento de habeas corpus impetrado perante o c. Supremo Tribunal Federal o qual ensejou o trancamento de ação penal) não sustenta denúncia pela prática do **delito previsto no art. 357 do Código Penal (exploração de prestígio)**, uma vez que o modelo de conduta proibida, no caso, diz "solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra

## SEM REVISÃO

utilidade, a pretexto de influir em juiz, etc." Além disso, a suposta prática do **delito de advocacia administrativa** perante a Receita Federal **não foi, em nenhum momento**, pormenorizada na imputação em relação ao denunciado **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD**. **Enfim**, a imputação é confusa neste tópico e não apresenta qualquer supedâneo.

XLIV - Segundo consta, ainda, da imputação, no dia **20 de abril de 2007**, durante a diligência de **busca e apreensão** realizada no endereço residencial de **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD** verificou-se que este mantinha sob sua guarda, **sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar**, pois não dispunha de **registro da arma no Comandado do Exército**, conforme determina o **art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 10.826/2003, arma de fogo de uso restrito e respectiva munição**, perfazendo, assim, a prática do delito de **posse ilegal de arma de fogo de uso restrito**.

XLV - O objeto apreendido na residência do acusado é, inegavelmente considerado, à luz da legislação que rege a matéria, uma **arma de fogo, frise-se, de uso restrito**, a despeito do **calibre permitido**. Com efeito, o **art. 16, inciso IX, do Decreto nº 3.665/2000** que deu nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R - 105) estabelece de maneira bastante clara que **são de uso restrito armas de fogo dissimuladas**, conceituadas como tais os **dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma**, tais como bengalas-pistola, **canetas-revólver** e semelhantes. Tal fato, restou, inclusive, destacado no próprio **laudo pericial** realizado onde se lê "é arma dissimulada, portanto, de uso restrito." (fl. 1.276 do volume 5). De ofício do Comando do Exército se extrai que a referida caneta é considerada **arma de fogo de calibre permitido**. Nenhuma consideração a respeito de ser a arma de **uso restrito** ou **permitido** é feita, apenas se destaca que o calibre da arma é permitido e que ela se encontra cadastrada no Sistema de Gerenciamento Militar de Armas - SIGMA, fazendo parte do seu acervo de colecionador. A Portaria nº 024 - Departamento de Material Bélico de 25 de outubro de 2000 que aprovou **normas que regulam as atividades dos colecionadores de armas, munição, armamento pesado e viaturas militares** consigna em seu art. 5º que **ao colecionador é facultado manter, em sua coleção, armas de uso restrito ou proibido, não dispensando, entretanto, o colecionador da exigência contida no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 10.826/2003 e no art. 2º, § 2º do Decreto nº 5.123/2004 que regulamentou o denominado "Estatuto do Desarmamento", de promover o competente registro desta arma no Comando do Exército**. Não há qualquer elemento nos autos que ateste que em **20 de abril de 2007** (data da apreensão) a referida arma encontrava-se **devidamente**

## SEM REVISÃO

**registrada de acordo com determinação legal e regulamentar.** Confrontando-se os dados constantes no documento juntado aos autos que atesta o registro de uma caneta-revólver de propriedade do denunciado com aqueles registrados no laudo-pericial, denota-se que, aparentemente, não se trata da **caneta-revólver apreendida**, pois a despeito de outras características coincidentes, o país de origem de uma e de outra não são os mesmos (EUA e TAIWAN, respectivamente). **Além disso**, conforme reiterada jurisprudência desta Corte (v.g.: HC 124.454/PR, **5ª Turma**, Rel.<sup>a</sup> **Min.<sup>a</sup> Laurita Vaz**, DJe de 03/08/2009 e REsp 1106933/PR, **5ª Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 17/08/2009) o reconhecimento da **abolitio criminis temporária** para o crime de **posse de arma de fogo de uso restrito** deve se restringir apenas ao **período compreendido entre dezembro de 2003 e outubro de 2005**, não se estendendo à arma apreendida em **20 de abril de 2007**. **Especificamente** em relação ao **crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito** esta Corte já destacou a irrelevância da arma estar ou não municiada (HC 79.264/PR, **5ª Turma**, Rel. **Min. Arnaldo Esteves Lima**, DJe 03/11/2008). **Além do mais**, se a **posse de arma desmuniada, mormente de uso restrito, fosse atípica**, o registro seria totalmente desnecessário, tornando inócua a procura de até eventuais depósitos desse tipo de armamento evidentemente perigoso.

XLVI - As conclusões restringem-se tão-somente ao que é imputado aos denunciados que perante esta Corte gozam de foro especial, **sem que isso importe em valoração acerca das eventuais práticas criminosas que são, em tese, atribuídas aos demais co-denunciados que, por não possuírem tal prerrogativa, estão sendo processados em outros graus de jurisdição.**

XLVII - Denúncia oferecida em desfavor de **A. M. B. C. A. rejeitada**, por falta de justa causa, no que concerne aos delitos de **prevaricação, corrupção passiva privilegiada e quadrilha** e julgada **improcedente** em relação aos delitos de **posse irregular de arma de fogo de uso permitido e falsidade ideológica**, tudo isso, nos termos do art. 395, incisos I e II, do Código de Processo Penal c/c art. 6º da Lei nº 8.038/90.

XLVIII - Denúncia oferecida em desfavor de **N. DA C. JR. rejeitada**, por falta de justa causa, no que concerne aos delitos de **prevaricação e quadrilha** tudo isso, nos termos do art. 395, inciso II, do Código de Processo Penal c/c art. 6º da Lei nº 8.038/90.

XLIX - Denúncia oferecida em desfavor de **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD rejeitada**, por falta de justa causa, no que concerne aos delitos de **advocacia administrativa qualificada, exploração de prestígio e quadrilha** tudo isso, nos termos do art. 395, inciso II, do Código

## SEM REVISÃO

de Processo Penal c/c art. 6º da Lei nº 8.038/90 e **recebida** em relação ao delito de **posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Pela natureza e por não guardar, o delito, vínculo direto com o exercício de sua função, o afastamento previsto no art. 29 da LOMAN não deve ser aplicado.**” (Ação Penal nº 549-SP, 2006/0278698-0, da relatoria do eminente Ministro **Félix Fischer**).

A respeito do delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito imputado ao paciente, fez o Relator as seguintes considerações:

“(…).

Segundo consta da imputação, no dia **20 de abril de 2007**, durante a diligência de **busca e apreensão** realizada no endereço residencial de **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD** verificou-se que este mantinha sob sua guarda, **sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar**, pois não dispunha de **registro da arma no Comandado do Exército**, conforme determina o **art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 10.826/2003, arma de fogo de uso restrito e respectiva munição**, perfazendo, assim, a prática do delito de **posse ilegal de arma de fogo de uso restrito**.

Realizado laudo pericial nos objetos apreendidos, quais sejam, uma arma de fogo no formato de caneta, calibre 22 LR, de cor prateada, sem número de série, modelo e fabricante aparentes e 2 cartuchos de munição calibre nominal 22 LR, concluiu-se tratar de "arma dissimulada, portanto, de uso restrito." (fls. 1274/1276 - Volume 5 dos autos principais).

A análise da adequação típica da conduta que é imputada a **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD**, passa, necessariamente, pelo enfrentamento e adequada delimitação de algumas questões.

É preciso que reste claro que, efetivamente, o objeto apreendido na residência do acusado é, inegavelmente considerado, à luz da legislação que rege a matéria, uma **arma de fogo**, frise-se, **de uso restrito**, a despeito do **calibre permitido**.

Com efeito, o **art. 16, inciso IX, do Decreto nº 3.665/2000** que deu nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlado (R - 105) estabelece de maneira bastante clara que **são de uso restrito armas de fogo dissimuladas**, conceituadas como tais os **dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma**, tais como bengalas-pistola, **canetas-revólver** e semelhantes. Tal fato, restou, inclusive, destacado no próprio **laudo pericial** realizado onde se lê "é arma dissimulada, portanto, de uso restrito." (fl. 1.276 do volume 5).

Essa circunstância não restou contrastada, como se alega, a partir do ofício proveniente do Comando do Exército

## SEM REVISÃO

(fls. 7.478/7.479). Dele, apenas se extrai que a referida caneta é considerada arma de fogo de calibre permitido. Nenhuma consideração a respeito de ser a arma de uso restrito ou permitido é feita, apenas se destaca que o calibre da arma é permitido e que ela se encontra cadastrada no Sistema de Gerenciamento Militar de Armas - Sigma, fazendo parte do seu acervo de colecionador. Aliás, no que concerne a este último dado, importante observação merece ser feita. A Portaria nº 024 - Departamento de Material Bélico de 25 de outubro de 2000 que aprovou **normas que regulam as atividades dos colecionadores de armas, munição, armamento pesado e viaturas militares** consigna em seu art. 5º que **ao colecionador é facultado manter, em sua coleção, armas de uso restrito ou proibido, não dispensando, entretanto, o colecionador da exigência contida no art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 10.826/2003 e no art. 2º, § 2º do Decreto nº 5.123/2004 que regulamentou o denominado "Estatuto do Desarmamento", de promover o competente registro desta arma no Comando do Exército**. E é justamente este ponto que merece destaque. Não há qualquer elemento nos autos que ateste que em 20 de abril de 2007 (data da apreensão) a referida arma encontrava-se devidamente registrada de acordo com determinação legal e regulamentar.

Confrontando-se os dados constantes no documento juntado aos autos que atesta o registro de uma caneta-revólver de propriedade do denunciado com aqueles registrados no laudo-pericial elaborado, denota-se que, aparentemente não se trata da caneta-revólver apreendida, pois a despeito de outras características coincidentes, o país de origem de uma e de outra não são os mesmos (EUA e TAIWAN, respectivamente). **Além disso**, conforme reiterada jurisprudência desta Corte (cite-se, como exemplo: HC 124.454/PR, 5ª Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 03/08/2009 e REsp 1106933/PR, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJe de 17/08/2009) o reconhecimento da **abolitio criminis temporária** para o crime de posse de arma de fogo de uso restrito deve se restringir apenas ao período compreendido entre **dezembro de 2003 e outubro de 2005**, não se aplicando, portanto, a hipótese. **Por fim**, a discussão que se coloca a respeito da **relevância do desmuniamento da arma** diz respeito do **delito de porte de arma de fogo**, de que aqui não se trata. No entanto, para que não reste dúvida, no próprio **c. Pretório Excelso** a questão não encontra-se definitivamente decidida, havendo recentes precedentes em sentidos opostos de ambas as Turmas. Confira-se o que restou noticiado nos informativos nº 557 e 550 do **c. Supremo Tribunal Federal**:

### **SEGUNDA TURMA**

"Porte Ilegal de Arma e Ausência de Munição

O fato de a arma de fogo encontrar-se desmuniada torna atípica a conduta prevista no art. 14 da Lei

## SEM REVISÃO

10.826/2003 [“Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”]. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, deferiu habeas corpus impetrado em favor de condenado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (Lei 10.826/2003, art. 14), haja vista que a arma encontrava-se desmuniada. Vencida a Min. Ellen Gracie, relatora, que, por reputar típica a conduta em tela, indeferia o writ.” (HC 99449/MG, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, 25.8.2009.)

### PRIMEIRA TURMA

“Porte Ilegal de Arma e Ausência de Munição.

Para a configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo é irrelevante o fato de a arma encontrar-se desmuniada e de o agente não ter a pronta disponibilidade de munição. Com base nesse entendimento, a Turma desproveu recurso ordinário em habeas corpus interposto por condenado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo (Lei 9.437/97, art. 10), no qual se alegava a atipicidade do porte de revólver desmuniado ante a ausência de lesão ao bem jurídico penalmente protegido. Assentou-se que a objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal para alcançar a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. Enfatizou-se, destarte, que se mostraria irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para configuração do tipo penal em comento — isto é, se ela estaria, ou não, municiada ou se a munição estaria, ou não, ao alcance das mãos —, porque a hipótese seria de crime de perigo abstrato para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação.” (RHC 90197/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 9.6.2009.)

Nesta Corte, tem-se na 5ª Turma diversos precedentes no sentido de que pouco importa para a configuração do delito tipificado no **art. 14 da Lei n.º 10.826/03** que a **arma** esteja **desmuniada**, sendo suficiente o **porte de arma de fogo** sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (**nesse sentido**: HC 124.581/SP, Rel. **Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, DJe 29/06/2009; REsp 1103293/RJ, Rel. **Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA**, DJe 18/05/2009; HC 98.296/RJ, Rel. **Ministra LAURITA VAZ**, DJe 08/09/2008 e HC 104.044/RJ, de **minha relatoria**, DJe 13/10/2008). Já na **c. 6ª Turma**, há **dois precedentes** nos quais verificado o empate na votação e prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente (HC 116.742/MG, Rel. Ministra **JANE SILVA -DESEMBARGADORA**

## SEM REVISÃO

CONVOCADA DO TJ/MG -, Rel. p/ Acórdão Ministro **NILSON NAVES**, DJe 16/02/2009 e HC 70.544/RJ, Rel. Ministro **NILSON NAVES**, DJe 03/08/2009).

*Especificamente em relação ao **crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito**, entretanto, esta Corte já destacou a irrelevância da arma estar ou não municada (HC 79.264/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 03/11/2008). Além do mais, se a posse de arma desmunicada, mormente de uso restrito, fosse atípica, o registro seria totalmente desnecessário, tornando inócua a procura de até eventuais depósitos desse tipo de armamento evidentemente perigoso.*

*Diante de tudo o que foi dito e nos termos do art. 395, inciso I, do Código de Processo Penal c/c art. 6º da Lei nº 8.038/90, no que diz respeito ao denunciado **ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD**, voto pela rejeição da denúncia, por ausência de justa causa, em relação aos delitos de quadrilha, exploração de prestígio e advocacia administrativa e pelo recebimento da denúncia e, relação ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Pela natureza e por não guardar, o delito, vínculo direto com o exercício de sua função, o afastamento previsto no art. 29 da LOMAN não deve ser aplicado.*

*(...)”*

Batem-se os impetrantes neste **writ** nas seguintes premissas para o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente pelo crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito:

a) - ilegalidade das escutas telefônicas, ante a inexistência de fundamento válido, redundando na ilicitude da prova obtida por derivação;

b) - nulidade da busca e apreensão, quer por serem decorrentes das ilegítimas escutas telefônicas, quer por absoluta ausência de fundamentação apta a excepcionar direito individual constitucionalmente garantido. Dizem que os atos persecutórios transformaram-se em verdadeira autorização de 'devassa' deferida à autoridade policial. Ainda quanto a esse ponto, mencionam a ilegalidade resultante do acompanhamento da busca e apreensão por procuradores-regionais da República, aos quais falece atribuição para atuar em feito de competência do STJ;

c) - atipicidade da posse de arma de fogo e de munição, tratando-se, na verdade, de uma 'caneta-revólver' e dois projéteis de calibre 22, sendo a arma mantida desmunicada e apenas como objeto de decoração em estante da residência do paciente, contando com o devido registro de

## SEM REVISÃO

coleccionador no Ministério da Defesa, o qual se estende sobre as demais peças de seu acervo, em número superior a cinquenta. Esclarecem que a dúvida lançada no acórdão sobre a 'caneta-revólver' apreendida ser a mesma constante do rol de registro no Ministério da Defesa não se sustenta, devendo-se a erro do Exército Brasileiro, responsável pelo ato, na medida em que, por considerar o sistema de acionamento americano, presumiu tratar-se de arma de fabricação americana, quando, na verdade, foi fabricada em Taiwan;

d) – sucessivamente, sustentam a falta de dolo do paciente, que, ante o equívoco do próprio órgão administrativo, não teria a intenção de manter sob sua posse arma de uso restrito sem devida autorização;

e) - asseveram a ineficácia da arma para disparos, pois não estava municada ou, tampouco, contava com munição disponível ao agente, vez que as duas balas apreendidas se encontravam em outro cômodo da residência; e

f) - defendem que o suposto delito de posse de arma de fogo foi objeto de *abolitio criminis*, conforme prevê o art. 30 da Lei nº 10.826/03.

Tenho que o caso é de concessão da ordem.

Começo, contudo, por afastar a argumentação de que o apontado delito de posse de arma de fogo de uso restrito tenha sido objeto de denominada *abolitio criminis* pelo legislador.

Diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma, prorrogado pelas Leis 10.884/04, 11.118/05 e 11.191/05, houve a descriminalização temporária no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo, tanto de uso permitido quanto de uso restrito, entre o dia 23 de dezembro de 2003 e o dia 25 de outubro de 2005.

A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n.º 417, convertida na Lei n.º 11.706/2008, e posteriormente pela Lei n.º 11.922/09, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2009 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas de uso restrito, como se classifica a 'caneta-revólver' apreendida no caso dos autos.

## SEM REVISÃO

O Paciente, flagrado no dia o dia 20 de abril de 2007 de posse daquele armamento, não estava, por esse aspecto, autorizado a mantê-lo sob sua posse sem a devida regularização.

Nesse sentido é maciça a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

**“HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. INOCORRÊNCIA DE **ABOLITIO CRIMINIS**. CONDUTA NÃO ABRANGIDA PELOS ARTS. 30 E 32 DA LEI 10.826/03, COM REDAÇÃO DA MP 417, POSTERIORMENTE CONVERTIDA NA LEI 11.706/08. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. HC DENEGADO.**

1. Com o advento da Lei 11.706/08, resultante da conversão da Medida Provisória 417/08, esta Corte firmou o entendimento de haver atipicidade apenas no concernente à conduta de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12) nos termos aclarados nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03. A posse de arma de fogo ou munição para arma de fogo de uso proibido ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, que ensejou a condenação do paciente, é típica e não está mais abrangida pelas referidas normas.

2. **Habeas Corpus** denegado, em consonância com o parecer ministerial.” (HC n.º 140.113/SP – Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – 5ª Turma – DJe 07.12.2009).

Quanto a proclamada atipicidade de conduta, por se cuidar de arma desmuniada e ineficaz para pronto uso, observo que a jurisprudência desta Suprema Corte ainda não se pacificou.

Como asseverou o eminente Ministro **Félix Fischer** por ocasião do recebimento de denúncia ofertada contra o réu, o entendimento sedimentado na 1ª Turma é no sentido de que “*Para a configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo é irrelevante o fato de a arma encontrar-se desmuniada e de o agente não ter a pronta disponibilidade de munição*”, enquanto para a 2ª Turma “*O fato de a arma de fogo encontrar-se desmuniada torna atípica a conduta prevista no art. 14 da Lei 10.826/2003*”.

A questão ainda não foi dirimida pelo Plenário desta Suprema Corte, de modo que mantenho a orientação dada em recente julgamento do HC

## SEM REVISÃO

nº 96.072/RJ perante a 1ª Turma, do qual participei, da relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, *in verbis*:

*PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 da Lei 10.826/2003. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ORDEM DENEGADA. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. II. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não municiada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação. III - Habeas corpus denegado. (DJe 08.04.2010).*

Tenho, contudo, que, no caso, a ausência de justa causa para a instauração da ação penal está determinada por outra razão: a aludida ‘caneta-revólver’, de fato, estava regularmente registrada perante órgão competente (Exército Brasileiro), havendo mero equívoco no que toca à menção de sua origem (Taiwanesa e não Norte-Americana), indevidamente consignada no certificado de registro de colecionador expedido em favor do paciente.

Observo que o D. Subprocurador Geral da República, Dr. **Wagner Gonçalves**, sustentou em parecer ofertado a fls. 1.733/1.738, pela necessidade da instrução probatória tendente à comprovação desse fato, fazendo as seguintes ponderações:

(...)

***In casu**, se o paciente, colecionador de armas, procedeu corretamente ao devido registro da caneta-revólver; se tal arma é realmente procedente de Taiwan; se o que houve foi, “tão-somente”, um erro material (“já retificado, inclusive”) quanto à procedência da arma, tudo restará esclarecido ao final da instrução criminal que, ao que parece, não deverá, sequer, estender-se muito.*

*12. O que está claro é que não é viável nem sensato que se impeça, neste momento, a indispensável instrução processual, avaliando-se prematuramente a pretensão punitiva deduzida em Juízo. Para tal finalidade, à toda evidência, não se presta o habeas corpus.*

## SEM REVISÃO

13. Com efeito, *ir além desse exame perfunctório da lide, para analisar as circunstâncias em que se consumou (ou não) o delito em questão, seria inaceitável nos estreitos limites do HC. Para que sejam dirimidas possíveis dúvidas ou contradições, **faz-se necessária a instrução processual**, que não pode ser interrompida, ab ovo, pelo writ.*

14. Exposta como está a controvérsia, deve esta ser analisada, debatida e concluída após o trâmite regular do processo. Se inocente o paciente, tal inocência restará provada ao final da ação penal. O que não se pode é, neste momento, antecipar-se o julgamento da causa, violando-se os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Havendo indícios claros de autoria e materialidade do crime – e eles existem no caso sub examine –, há que se dar ao autor da ação penal a oportunidade de provar o quanto alegado em sua denúncia.” **(destaques no original)**

A esse respeito, todavia, filio-me ao entendimento do eminente Ministro **Gilmar Mendes** por ocasião da concessão de medida liminar neste writ, que me permito transcrever:

“(…)

Ressalvado exame mais aprofundado, a ser feito em momento oportuno, quanto aos argumentos de nulidade das escutas telefônicas e da busca e apreensão encetadas em desfavor do paciente; abolitio criminis; atipicidade da posse de arma de fogo sem munição e a possível falta de dolo do agente -, vislumbro, de início, plausibilidade quanto à ausência de justa causa para ação penal com relação ao crime previsto no artigo 16, da Lei 10.826/2003.

Com efeito, o fundamento do acórdão questionado para a aceitação da denúncia assenta-se no fato de existir disparidade entre a 'caneta-revólver' apreendida na busca e apreensão e a descrição na lista de armas registradas em nome do paciente. Isto é, enquanto a **caneta-revólver** apreendida foi fabricada em Taiwan, o registro em nome do paciente permite-lhe a posse de uma caneta-revólver fabricada nos Estados Unidos da América.

No entanto, a descrição foi agora retificada em nova 'RELAÇÃO DE ARMAS' emitida pelo Ministério da Defesa em quatro de dezembro de 2009, passando a designar a origem correta.

De fato, os documentos de fls. 1.505/1.519 deixam claro que o paciente é reconhecido como colecionador de armas pelo Exército Brasileiro desde 1997, contando, em seu acervo, com exatamente 51 (cinquenta e uma) armas, conforme relação anexa ao certificado nº 14149, tais como metralhadoras, revólveres, pistolas, fuzis, carabinas e espingardas dos mais diversos calibres, modelos e origens.

## SEM REVISÃO

*Dessa lista de armas registradas no Ministério da Defesa, portanto de posse legítima, consta um revólver sob nº SIGMA 391562, sem marca, calibre 22, modelo caneta, 101 mm, fabricado em Taiwan.*

*Ou seja, às fls. 1517/1519, há documento expedido pelo MINISTÉRIO DA DEFESA, EXÉRCITO BRASILEIRO, COMANDO MILITAR DO SUDESTE, 2ª REGIÃO MILITAR, REGIÃO DAS BANDEIRAS, datado de 04 de dezembro de 2009, no qual a autoridade competente relaciona a arma objeto da questão ora tratada, **retificando a procedência e atribuindo a ela a devida origem: TAIWAN.***

*Uma ligeira observação dos fatos indica que a pré-falada caneta-revólver encontrada na busca e apreensão realizada na casa do paciente parece ser a mesma submetida a registro, porém com erro material claro, no que diz respeito à procedência. Inexatidão esta, repita-se, já devidamente corrigida, pois o Ministério da Defesa aceitou o pedido de correção, acolhendo o argumento esboçado na inicial.*

*Certamente, admitida a plausibilidade do argumento utilizado pelo Tribunal impetrado, sobre não a correspondência entre a arma apreendida e o registro, não haveria razão para o órgão federal responsável - Ministério da Defesa - efetuar a correção.*

*De resto, como indica o presente pleito, é de todo plausível que haja apenas uma 'caneta-revólver', devidamente localizada, em tudo correspondendo à descrição constante do registro no Ministério da Defesa, afora o país de origem. Esse erro material, ao que parece, já se encontra retificado.*

*O STF, em diversos arestos, vem rejeitando a instauração da ação penal quando flagrante a ausência de justa causa para a formação da relação jurídica penal. Será sempre o caso de não instauração de feito criminal ou de trancamento daquele existente em sede de habeas corpus, quando o comportamento do réu 'nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma ação penal, resulta de pura criação mental da acusação' (RE 150/393, Rel. Ministro Orozimbo Nonato)."*

De fato, não há mínimos indícios de que o paciente, colecionador e detentor de inúmeras outras armas de fogo de posse restrita, inclusive armas automáticas e de grosso calibre, pudesse, de fato, possuir uma segunda 'caneta-revólver', de calibre 22, de origem norte-americana, mantendo sob sua posse, de forma ilícita, idêntico dispositivo de origem taiwanesa. E que, por ocasião da realização da busca e apreensão empreendida, a única arma não localizada seja exatamente essa 'caneta-revólver', dispositivo que não

## SEM REVISÃO

dispõe de numeração de série, e em todo o mais (exceto sua origem) idêntico àquele apreendido sem o devido registro...

O fato, portanto, é atípico, uma vez que o tipo penal previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/03 consiste, precisamente, em “*possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, **sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar***”.

O paciente era colecionador regularmente autorizado pela autoridade competente, com declaração, na relação de armas, do mencionado armamento, inclusive com posterior retificação regularmente anotada pelo Ministério da Defesa (fls. 1.517/1.519).

Inexiste, portanto, adequação do fato ao tipo penal. Nas palavras de **Reale Júnior (Parte Geral do Código Penal – Nova interpretação**, São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 21), tipicidade é a “*congruência entre a ação concreta e o paradigma legal ou a configuração típica do injusto*”. Não preenchidos esses requisitos, inexiste justa causa para a instauração da persecução penal pelo **Parquet**.

Na lição de **Frederico Marques (Elementos de direito processual penal**, v. 1, p. 292) “*são os elementos e requisitos necessários para que o juiz decida o mérito da pretensão, aplicando o direito objetivo a uma situação contenciosa*”.

Logo, **ictu oculi**, lendo o julgador o inquérito ou peças de informação correlatas, que acompanham a denúncia ou queixa, e não vislumbrando qualquer dos elementos do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), deve rejeitar **in limine** a peça acusatória.

No caso, somente haveria possibilidade de se permitir o ajuizamento da ação penal, produzindo-se prova ao longo da instrução, como postulado pelo Ministério Público Federal, caso o pedido se afigurasse juridicamente viável, significando dizer, que o fato, em tese, seja considerado crime. Havendo, contudo, demonstração inequívoca de que, no caso, a imputação não constitui crime, pela falta de elemento essencial à sua tipificação, o prosseguimento da ação penal constitui inegável constrangimento

## SEM REVISÃO

ilegal, ensejador da concessão da tutela constitucional requerida perante esta Suprema Corte.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para determinar o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente pelo crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

É como voto.