

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA (RELATOR):

1. O Juízo, na sentença condenatória, apesar de ter destacado a ausência de potencial lesivo da arma de fogo e munições apreendidas, consoante **laudo pericial**, fez ver configurado o crime do 14, *caput*, da Lei nº 10.826, de 2003. Confira-se:

“As testemunhas presenciais e o próprio Réu em seus depoimentos confirmaram que este estava com arma de fogo, a qual foi apreendida com numeração supostamente raspada. Ocorre que no Laudo de fis. 68-72 restou consignado que a numeração estava aparente, o que traz o delito para o art. 14 da Lei nº 10.826/2003.

O delito de porte de arma é crime de mera conduta. Basta que o agente tenha em seu poder arma de fogo sem a necessária autorização para portá-la. A arma apreendida foi submetida a teste de eficiência que resultou negativo, constando do laudo de fls. 68-72. Argui a Defesa a atipicidade da conduta imputada, com base no resultado negativo do Laudo de Exame em Arma de Fogo e Munição de fls. 68-72, quanto à potencialidade lesiva do revólver apreendido. Sem razão. **Nesse contexto, percebe-se que, não obstante tenha o referido laudo pericial atestado que "a arma de fogo encaminhada encontrava-se com o seu mecanismo ineficiente para a realização de disparos".** A arma de fogo apreendida *in casu*, ainda que se tenha constatada a sua ineficiência, nem por isso deixa de ostentar a periculosidade abstrata que é intrínseca à natureza bélica do objeto em si, ensejadora de sério risco à paz social, concebido sob uma perspectiva ex ante, segundo a ideia de um Direito Penal preventivo, por meio do qual o Estado se antecipa em criminalizar o mero porte ilegal de arma de fogo, a título de ato preparatório para outras infrações penais mais graves, envolvendo a violência contra a pessoa, de tal sorte que a potencialidade lesiva do armamento acaba se consubstanciando em dado técnico que só vem a ser cognoscível, de fato, pelo *expert* habilitado para tanto ou por pessoa que detenha a devida experiência para aferir o regular funcionamento de seu mecanismo beligerante, de maneira que

o cidadão leigo, a quem a norma penal visa, precipuamente, proteger, continuaria exposto ao perigo das ações criminosas viabilizadas pelo porte da arma de fogo, ainda que inócuas, a teor do roubo e da extorsão mediante sequestro, cujas vítimas jamais irão querer testar a efetiva aptidão para efetuar disparos do revólver que se vê apontado para suas cabeças. **Em suma, tem-se que, o revólver em questão, quando estava em poder do réu, apesar de defeituoso, apresentava-se em plenas condições de realizar uma das principais finalidades de sua fabricação: intimidar terceiros, com vias a lhes neutralizar qualquer forma de reação, funcionando, assim, como um dos mais eficientes meios de coação de que se tem conhecimento, de molde a atrair a incidência da norma penal sancionatória inscrita no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, a qual fora concebida, essencialmente, para tutelar a segurança pública e a paz social, em prevalência sobre a incolumidade física individual. (...)" (e-doc. 2, p. 153-154; grifos nossos).**

2. O Tribunal de Justiça, no julgamento da apelação, encampou esse entendimento. Confira-se a ementa do julgado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N° 10.826/2003. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. EFICIÊNCIA DO REVÓLVER E MUNIÇÕES. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. APELO NÃO PROVIDO.

I. Existindo nos autos provas suficientes da autoria e da materialidade delitiva, de rigor a manutenção da condenação imposta pelo juízo de origem.

II. O delito de posse ilegal de arma de fogo e munições de uso permitido é de perigo abstrato, consumando-se independentemente da eficiência dos artefatos apreendidos, bastando que se pratique um dos verbos enumerados no art. 14, da Lei nº 10.826/2003.

III. Apelação criminal desprovida." (e-doc. 2, p. 228; grifos nossos)

3. Não se desconhece que esta Suprema Corte possui o entendimento de que a simples posse ou porte de arma, munição ou acessório (sem

autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar) configura crime previsto na Lei nº 10.826, de 2003, de crime de perigo abstrato, no qual é prescindível a demonstração da efetiva situação de perigo para a sua consumação¹.

4. Nesse sentido, a posição pacificada há muito a respeito da presunção de potencialidade lesiva da arma de fogo usada em contexto criminoso, apreendida, ou não, em uma primeira análise, parece acertada.

5. Todavia, a ótica merece temperamentos, havendo de se fazer distinção imprescindível. Uma coisa é dizer ser desnecessário o exame pericial para tipificação da conduta relativa ao porte/posse de arma de fogo; outra, completamente diferente, é concluir no sentido da neutralidade do exame pericial (realizado por órgão oficial) demonstrando a ausência completa de potencialidade. Na primeira situação, prevalece a presunção de potencialidade lesiva; na segunda, esta já foi afastada, revelando-se paradoxal a desconsideração.

6. Ainda que se trate de crime de perigo abstrato, **se realizado o laudo técnico por perícia oficial, a constatar a ineficácia absoluta da arma de fogo para a realização de disparos e a impossibilidade de deflagração das munições, tem-se crime impossível**. Nesse sentido leciona abalizada doutrina:

“Por mais que se queira objetar que estamos diante de um crime de perigo abstrato, é fato que, diante de uma arma de fogo defeituosa, e desde que essa imprestabilidade absoluta seja reconhecida categoricamente por exame de corpo de delito, outra opção não há senão reconhecer a atipicidade da conduta. Não porque ausente a comprovação de efetiva exposição de perigo a alguém, mas sim porque a conduta em questão jamais poderia levar a vida ou a integridade corporal de alguém a algum risco de lesão. Ora, por mais que se trate de crime de perigo abstrato, no qual o risco de lesão é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo

1 RHC nº 158.087-AgR/MS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 28/09/2018, p. 15/10/2018; HC nº 95.073/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 19/03/2013, p. 11/04/2013; HC nº 228940-AgR/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 22/08/2023, p.24/08/2023.

prova em sentido contrário, a lei só pode presumir o perigo onde houver, pelo menos em tese, a possibilidade de sua ocorrência. Não é possível, portanto, presumir o perigo nas casos em que, de antemão, vislumbra-se a impossibilidade de o perigo surgir. Enfim, perigo presumido não é sinônimo de perigo impossível.

Se a arma de fogo é absolutamente incapaz de realizar disparos, estamos diante de hipótese de crime impossível por força da ineficácia absoluta do meio (CP. art. 17). De mais a mais, se a arma é incapaz de disparar, esta não pode ser considerada arma nos termos da definição do Decreto nº. 9.493/18. Portanto, desde que demonstrada por laudo pericial a inaptidão da arma de fogo para o disparo, é atípica a conduta de portar ou de possuir arma de fogo, diante da ausência de afetação do bem jurídico segurança e paz públicas. tratando-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio.² (grifos nossos).

7. Na mesma linha, ensina Fernando Capez, ao pontuar que a natureza de crime de perigo abstrato não autoriza punir condutas comprovadamente incapazes de colocar em perigo o bem jurídico tutelado:

“Quando a conduta for absolutamente incapaz de lesar o bem jurídico, será, por óbvio, inofensiva e, por conseguinte, atípica. O princípio da ofensividade não deve ser empregado para tornar obrigatória a comprovação do perigo, mas para tornar atípicos os comportamentos absolutamente incapazes de lesar o bem jurídico. É a aplicação pura e simples do art. 17 do CP, que trata do chamado crime impossível (também conhecido por tentativa inidônea, que é aquela que jamais pode dar certo)”³ grifos nossos

8. Conclui o eminent autor, de maneira esclarecedora:

“Presumir perigo não significa inventar perigo onde este

2 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada, v. único, 7 ed., Salvador: Editora JusPODIVM, 2019, p. 313.

3 CAPEZ, Fernando. Legislação Penal Especial. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 355.

jamais pode ocorrer. Perigo presumido não é sinônimo de perigo impossível. Em suma, a ofensividade ou lesividade é um princípio que deve ser aceito, por se tratar de princípio constitucional do direito penal, diretamente derivado do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Sua aplicação, no entanto, não pode ter o condão de abolir totalmente os chamados crimes de perigo abstrato, mas tão somente de temperar o rigor de uma presunção absoluta e inflexível.”⁴

9. No caso concreto, **foi atestada, por meio de laudo pericial oficial** (e-doc. 2, p. 88-92), **a absoluta ineficácia do revólver calibre.22 e de três cartuchos, dois de calibre .22 e um calibre .38:**

“4.2 EFICIÊNCIA DA ARMA Através de testes experimentais de eficiência, utilizando-se munição adequada, **verificou-se que a arma de fogo encaminhada encontrava-se com seu mecanismo ineficiente para a realização de disparos.**

4.3 EFICIÊNCIA DOS CARTUCHOS Através de testes experimentais de eficiência com arma de fogo de calibre compatível, **verificou-se que os cartuchos encaminhados não encontravam-se eficientes para a deflagração com expulsão de projétil.**”

10. Ora, se o objeto apreendido não possui aptidão para efetuar disparos, mostra-se equivocado até mesmo denominá-lo arma de fogo, conceituada da seguinte forma no Decreto nº 10.030, de 2019 (Anexo III – Glossário), **ato normativo que complementa, inclusive para fins penais, o Estatuto do Desarmamento:**

“**Arma de fogo:** arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases, gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara, normalmente solidária a um cano, que tem a função de dar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.”

11. A arma de fogo defeituosa, inapta a efetuar disparos, muito mais

4 CAPEZ, Fernando. Legislação Penal Especial. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 356.

se aproxima do conceito de simulacro de arma de fogo, também constante do decreto supracitado:

“Réplica ou simulacro de arma de fogo: para fins do disposto no art. 26 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, é um objeto que, visualmente, pode ser confundido com uma arma de fogo, mas que não possui aptidão para a realização de tiro de qualquer natureza.”

12. Em reforço, convém trazer à baila o conceito de arma de fogo obsoleta, uma vez que o próprio decreto já deixa clara a ausência de lesividade e, por consequência, de caráter criminoso da sua posse/porte:

“Arma de fogo obsoleta : arma de fogo que não se presta ao uso regular , devido à sua munição e aos elementos de munição não serem mais fabricados , por ser ela própria de fabricação muito antiga ou de modelo muito antigo e fora de uso, e que, pela sua obsolescência, presta-se a ser considerada relíquia ou a constituir peça de coleção. (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021).”

13. Nesse cenário, indago: se a posse de simulacro ou de arma de fogo obsoleta não configura crime, como justificar a tipificação do porte de “arma” absolutamente ineficaz? Objeto inapto a efetuar disparos, **frise-se**, sequer pode ser concebido como arma de fogo.

14. Caso assim não se entenda, o porte, ou a posse, de qualquer objeto semelhante a arma de fogo, que algum dia foi apto a ser utilizado como tal (como por exemplo, arma faltando componentes, obsoleta ou quebrada, decorativa ou tida como antiguidade), possibilitaria a incidência do preceito penal incriminador.

15. De outro lado, o fato de a “arma” ainda possibilitar a intimidação e a grave ameaça de terceiros não infirma as razões expostas. Não se nega essa premissa, no entanto, o crime em tela, de mera conduta e de perigo, diz respeito ao simples porte de arma, desassociado de qualquer outro comportamento criminoso. Se a possibilidade de intimidação e de ameaça fossem suficientes para a tipificação da conduta, o porte de qualquer objeto semelhante a arma de fogo, tal como o simulacro, implicaria a incidência do tipo penal, pois, do mesmo modo,

possibilita ação intimidatória.

16. No entanto, a teor de jurisprudência e doutrina pacíficas, não se tipifica a posse do simulacro, tampouco se justifica a incidência de causa de aumento relativa ao uso de arma de fogo, **em que pese o objeto deter aptidão de ameaçar e intimidar equivalente à arma autêntica.**

17. Dessa maneira, impõe-se a absolvição do paciente do crime do art. 14 da Lei nº 10.826, de 2003. Conforme dispõe o art. 17 do Código Penal, “*não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*”.

18. Outrossim, surge inviável, sob pena de transgressão ao princípio da legalidade, do qual decorre a taxatividade (art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição da República), ampliar o alcance do tipo penal para alcançar condutas que não se aderem a ele.

19. Com as mesmas razões, não parece razoável dizer que se portava munições, pois também ficou comprovada a completa inaptidão destas. Demonstrado defeito que impede a deflagração, não há crime, uma vez ausente o enquadramento dos objetos como “munição”.

20. Por fim, cumpre mencionar, a título de esclarecimento, que a conjuntura dos autos não equivale ao porte de arma de fogo desmuniada ou desmontada, situações nas quais, embora inviabilizado o uso imediato, tem-se arma de fogo, que, caso montada ou muniada, estaria apta a disparar e a cumprir a sua finalidade.

21. Ante o exposto, com fundamento no art. 192 do RISTF, **concedo a ordem para absolver o paciente**, nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, **no tocante ao crime do art. 14 do Estatuto do Desarmamento.**

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Relator