



Órgão : 1ª TURMA CRIMINAL
Classe : APELAÇÃO
N. Processo : **20131010035406APR**
(0003435-29.2013.8.07.0010)
Apelante(s) : PEDRO ANTONIO DA SILVA PINTO JUNIOR
Apelado(s) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO
FEDERAL E TERRITÓRIOS
Relator : Desembargador GILBERTO PEREIRA DE
OLIVEIRA
Revisor e : Desembargador MARIO MACHADO
Relator
Designado
Acórdão N. : 818180

EMENTA

PENAL. POSSE DE EXPLOSIVOS OU GÁS TOXICO, OU ASFIXIANTE. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TESES DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. Inviável a instauração de incidente de inconstitucionalidade da Lei nº 10.826/2003, a teor do parágrafo único do artigo 481 do CPC.

Ausentes as elementares do tipo penal descrito na denúncia (gás tóxico ou asfixiante), impositiva a absolvição por porte de spray de pimenta por atipicidade da conduta.

Apelo parcialmente provido. Absolvição pelo crime do art. 253 do Código Penal.

A C Ó R D ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **1ª TURMA CRIMINAL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA** - Relator, **MARIO MACHADO** - Revisor e Relator Designado, **GEORGE LOPES** - 1º Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora **SANDRA DE SANTIS**, em proferir a seguinte decisão: **PROVER PARCIALMENTE. MAIORIA. REDIGIRÁ O ACÓRDÃO O REVISOR**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 7 de Agosto de 2014.

Documento Assinado Eletronicamente

MARIO MACHADO

Relator Designado

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de Apelação, interposto por PEDRO ANTÔNIO DA SILVA PINTO JÚNIOR em face da sentença proferida pelo Juízo da Segunda Vara Criminal de Santa Maria/DF que o condenou como incurso nas penas do art. 14, *caput* da Lei 10.826/2003 à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e nas penas do art. 253 do Código Penal, à pena de 06 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em regime inicial aberto.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo das Execuções.

Narra a denúncia:

"1º fato

No dia 6 de maio de 2013, por volta das 20h20, na QR 209, Conjunto A, em frente à Panificadora Araguaia, Santa Maria/DF, o denunciado, de forma livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, portava arma de fogo de uso permitido, a saber: um revólver calibre .38, marca Rossi, niquelado, número de série 149314, cabo com empunhadura de borracha, tambor dotado de seis câmaras de municiamento, municiado com seis cartuchos intactos.(...)

2º fato

Nas mesmas circunstâncias de tempo e de lugar, PEDRO ANTÔNIO DA SILVA PINTO JÚNIOR, de forma livre e consciente, mantinha em sua posse, sem licença da autoridade competente, gás tóxico e asfixiante, conhecido como 'spray de pimenta'."

Em suas razões recursais requer o apelante a absolvição do delito de portar gás de spray de pimenta ao argumento de que a conduta praticada é atípica, nos termos do art. 386, inc. III do CPP, sustentando que o gás de pimenta não é gás tóxico ou asfixiante, conforme descrito no tipo penal do art. 253 do Código

Penal.

Subsidiariamente, caso superada a questão acima, requer o reconhecimento da prática de uma única conduta, alegando que o porte de uma arma de fogo e do spray de pimenta importa em violação a um único bem jurídico, qual seja, a incolumidade pública.

Contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

A Procuradoria de Justiça oficiou pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 203/205).

É o relatório.

V O T O S

O Senhor Desembargador GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA - Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Cuida-se de apelação criminal interposta por PEDRO ANTÔNIO DA SILVA PINTO JÚNIOR em face da sentença proferida pelo Juízo da Segunda Vara Criminal de Santa Maria/DF, em que se condenou o apelante pela infração ao art. 14, *caput*, da Lei 10.826/03 e nas penas do art. 253 do Código Penal.

Roga a defesa pela absolvição do apelante em razão da insuficiência de provas.

Pois bem.

Prefacialmente, com relação à Lei 10.826/2003, gostaria de ressaltar meu entendimento pessoal quanto à sua legitimidade.

Se vivemos num país cujo regime de governo é a DEMOCRACIA, esta deve ser plena e não limitada ou condicionada, ferindo as liberdades individuais .

Ora, em 2.005 foi feito um REFERENDO para que o povo, a Nação, dissesse se queria ou não fazer a proibição da venda e do uso de arma de fogo e munições.

A resposta foi "NÃO", ou seja, o povo, a Nação, disse que não queria ver proibido a compra e uso da arma de fogo e munição.

A campanha foi exatamente neste sentido. Desarmar os homens de bem e deixar os bandidos armados.

Por isto mesmo o plebiscito recusou a proibição.

Por outro lado, o que temos é uma proibição DISCRIMINATÓRIA pois, o cidadão de bem, trabalhador, pai de família, proprietário, as vezes de propriedade rural, tem de passar por um TRIBUNAL DE EXCEÇÃO, para conseguir a licença para a compra e o porte de arma, enquanto o BANDIDO, sempre que preso está de posse de uma arma, as vezes até importada de ISRAEL, origem de armas curtas mais eficientes do mundo, e mesmo preso, A Lei o põem em liberdade muito breve.

O bandido sabe que o cidadão de bem não está armado. Basta apontar-lhe uma arma pára que ele entregue tudo, às vezes até a VIDA.

E a Polícia, na sua santa incompetência e bondade, recomenda: Se for assaltado, NÃO REAJA, entregue tudo.

Se o mote for afirmar que ARMA DE FOGO MATA, não encontro

fundamento lógico, pois.

Sabemos que em inglês o braço humano é denominado ARM, logicamente podemos matar simplesmente com o uso dos braços, sufocando a vítima, quebrando-lhe o pescoço e etc.

De outra sorte, não é possível negar, que as chamadas armas brancas, facas, facões, terçados, punhais, canivetes, foices, machados "podões", e uma vasta lista de ferramentas que podem ser usadas como arma, são vendidas em qualquer loja, em qualquer mercado, até mesmo onde uma criança vai comprar chocolate ou refrigerante, onde a dona de casa vai comprar os gêneros da mesa doméstica.

Atualmente se mata com 'serrote'. Caso recente do zelador de um prédio em São Paulo. Também o que dizer do assassinato do menino Bernardo, morto com injeção letal ou do militar que foi atingido por uma flecha disparada por um índio aqui em Brasília? Por sorte ela não estava 'besuntada' de curare, veneno natural usado pelos índios.

A mais gritante das distorções são os veículos automotores. Façamos uma conferência de quantas vítimas morrem a cada ano no trânsito. Ora, só no Distrito Federal no ano passado 375 (trezentos e setenta e cinco) pessoas foram vítimas fatais em virtude de acidente de trânsito, conforme fonte do DETRAN/DF.

Verifiquemos as habilitações e as idades destes motoristas. Foram habilitados para matar? Não. Foram habilitados para dirigir. Muitos, ainda, bem próximo dos 18 anos de idade.

É de se considerar que apenas no ano passado, cerca 5.296.428 (cinco milhões, duzentos e noventa e seis mil e quatrocentos e vinte e oito) veículos foram emplacados no país.¹

Conceder a venda e o uso de arma de fogo a todo brasileiro, não é habilitá-lo para matar. É habilitá-lo para dispor de um instrumento de defesa.

Mesmo que virtual, o bandido vai pensar duas vezes ao se aproximar de uma vítima. Pode ser que ela esteja armada e se disponha a se defender, o seu patrimônio, a sua família e a sua própria vida.

Nos países mais desenvolvidos, exemplos de democracia para o mundo, a venda e uso de arma de fogo é permitida. Basta entrar numa loja e

¹ Tabela-Frota de veículos Emplacados,por ano de fabricação, segundo Grandes Regiões e unidades da Federação - 2014 (fonte: www.denatran.gov.br/frota.htm)

comprar. Nem assim têm um índice de mortes por arma de fogo superior a do Brasil.

No nosso país, no período de 1980 a 2010, ou seja, em 30 anos, um total de 799.226 (setecentos e noventa e nove mil e duzentos e vinte e seis) pessoas morreram vítimas de arma de fogo, segundo pesquisa feita pelo Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos e pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais.² Ressalto que aquele total engloba homicídios, suicídios e mortes acidentais.

Ora, cerca de 26.640 (vinte e seis mil, seiscentos e quarenta) pessoas por ano naquele período tiveram a vida ceifada pelo uso de arma de fogo.

Enquanto isso, apenas no ano de 2008 cerca de 57.116 (cinquenta e sete mil, cento e dezesseis) pessoas foram mortas por acidente de trânsito. (Fonte: International Transport Forum, European Commission Transport, Seguros DPVAT (elaboração CNM))³

Nos Cantões suíços onde a Democracia é feita por votação distrital, todas as decisões são respeitadas pelos seus dirigentes.

Por que no Brasil, uma NAÇÃO inteira, decidiu e os governantes não respeitam?

Como afirma Gustav Radbruch⁴, há direito nulo e direito injusto. Este autor "enveredou para o jusnaturalismo, proveu a negação veemente da validade das leis injustas, que têm supedâneo na univocidade da coação e na vileza da força."

Doutrinadores modernos consideram que a questão da justiça se confunde com a questão da moral, na medida em que esta estabelece comportamentos adequados e aceitos em determinada sociedade, eis que a moral impõe aos cidadãos padrões de comportamentos seguindo o critério do justo.

Ou seja, no dizer de Dimitri Dimoulis⁵, a moral se identifica com a justiça no campo jurídico porque nunca aquilo que é imoral pode ser considerado justo, nem aquilo que é visto como injusto pode ser considerado como moralmente correto.

² <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/03/06>

³ www.cnm.org.br - Estudos Técnicos, Mapeamento das Mortes por Acidentes de Trânsito no Brasil

⁴ Gustav Radbruch, Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes

⁵ Dimoulis, Dimitri. Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. 8ª ed. RT

Assim, é que, antes de se pensar em fazer uma nova legislação, dever-se-ia examinar se o direito em vigor permite reagir de forma adequada, de modo a satisfazer o sentimento de justiça da maioria da população.

Estamos, pois, no meu sentir, diante daquilo que considero um comportamento legalmente imposto em confronto com o comportamento considerado moralmente justo.

Portanto, antes de adentrar no mérito deste feito, suscito a inconstitucionalidade por aplicação "in concreto" da Lei 10.826/2003, que proíbe a venda e o uso de arma de fogo, de uso não restrito às pessoas comuns.

Restando superada a questão prejudicial de mérito, passo ao exame da questão de fundo.

No caso, tenho que a conduta atribuída ao réu é atípica, pois a denominada lei do desarmamento fere direitos individuais, já que no referendo realizado no Brasil, a maioria da população brasileira fez a opção pelo uso de arma de fogo.

Na verdade, tenho que negar ao cidadão o direito de utilizar uma arma de fogo fere o princípio democrático, porque já se manifestou a população brasileira a esse respeito e fez a opção pela possibilidade de portar e fazer uso de arma. Numa sociedade em que os elevados números de crimes assustam a todos e gera um medo coletivo, negar o direito de o cidadão se defender, ou ao menos ter a opção de se defender, é ferir o direito à liberdade individual. Liberdade, na lição de José Afonso da Silva "consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal."

Portanto, o direito de liberdade individual não pode ser tolhido do cidadão, mormente quando se vive numa sociedade que enfrenta elevados índices de criminalidade.

Com esses fundamentos, absolvo o réu por atipicidade da conduta por ele praticada.

Quanto à condenação do apelante pelo porte do gás asfixiante, tenho que esta também não merece prosperar. O art. 253 do Código Penal dispõe, *in verbis*:

"Art. 253. Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua

fabricação":

Não há dúvidas de que o tipo em questão trata-se de crime de mera conduta e de perigo abstrato, no qual a probabilidade da ocorrência de dano é presumida pelo tipo penal, bastando que o agente fabrique, forneça, adquira, porte ou transporte engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação.

No entanto, o tipo descrito no art. 253 constitui norma penal em branco, devendo ser avaliado no caso em concreto, se a substância apreendida serve para o preenchimento do tipo penal.

No caso dos autos, tal substância trata-se de "spray de pimenta". O laudo pericial acostado às fls. 142/144, concluiu que: "**o objeto examinado produz gás irritante aos olhos e vias respiratórias**" e relata que ao se aspergir o frasco apreendido com o réu, o líquido mostrou-se volátil e irritante ao contato dos olhos e vias respiratórias.

Segundo estudos especializados apura-se que o spray de pimenta é um agente lacrimogêneo porque é um composto químico que irrita os olhos causando produção excessiva de lágrimas, dor e cegueira temporária. Ele é composto de extrato de pimenta natural e substância oleaginosa, sendo acondicionada em forma de spray ou bombas de efeito moral⁶.

Uma coisa é a confirmação da autoria, recaindo sobre o apelante o reconhecimento do fato objetivo, modificador do mundo e das coisas. Outra é erigir os fatos à condição de fato típico penal, na perfeita subsunção da norma penal. Coligindo os elementos objetivos e subjetivos mediante análise das provas, tenho que o fato descrito nos autos é atípico.

Como dito em linhas anteriores, não há provas suficientes nos autos de que a substância apreendida em poder do apelante tem natureza asfixiante eis que a prova técnica produzida não é conclusiva nesse sentido, tal como exige o tipo do art. 253 do Código Penal.

Assim, ante a atipicidade do fato a sentença monocrática deve ser reformada também neste ponto para absolver o apelante com base no art. 386, inc. III do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, conheço e **DOU PROVIMENTO** à apelação para

⁶ www.tuasaude.com

ABSOLVER o réu das condutas tipificadas no art. 14 da Lei 10826/03 e art. 253 do Código Penal.

É como voto.

O Senhor Desembargador MARIO MACHADO - Revisor e Relator Designado

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da apelação.

Preliminarmente, rejeito a instauração de incidente de inconstitucionalidade da Lei nº 10.826/2003.

De acordo com o parágrafo único do artigo 481 do CPC, "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

Ora, no caso, o Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, já deixou assente a constitucionalidade da Lei nº 10.826/2003. É conferir:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO

CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública inócurrenente, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. IX - Ação julgada

procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003" (STF, ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538) .

Inviável, portanto, nos termos do parágrafo único do artigo 481 do CPC, a instauração do incidente, que rejeito.

Passo à análise do mérito do recurso, que se limita à tipicidade da conduta do porte do frasco de "spray de pimenta" ou à sua absorção pela conduta de porte de arma de fogo.

Não se controverte que o acusado efetivamente portava frasco contendo "spray de pimenta".

A questão é se o porte de tal produto configura o tipo penal do art. 253 do Código Penal: "Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa".

A conduta, no caso, é atípica. A perícia afirmou que "spray de pimenta" causa irritação nos olhos e nas vias respiratórias (fl. 143), mas não afirmou que se trata de gás tóxico ou asfixiante. E nem poderia, pois gás tóxico é aquele que envenena e gás asfixiante é o que provoca sufocamento, ambos com grave risco para a vida, o que não é o caso dos autos.

Assim, no caso, ausentes as elementares estas do tipo penal descrito na denúncia (gás tóxico ou asfixiante), impositiva a absolvição por atipicidade da conduta.

Quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, certo que houve o respectivo flagrante, com apreensão da arma que, periciada (fls. 62/63), mostrou-se eficiente para disparar. A conduta foi confessada pelo apelante. Aliás, o recurso não se volta contra esta condenação.

Nesse passo, afastada a condenação pelo crime do art. 253 do Código Penal, subsiste somente a pena pelo crime do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, e sua substituição por restritivas de direitos aplicada na sentença.

Quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, certo que houve o respectivo flagrante, com apreensão da arma que, periciada (fls. 62/63), mostrou-se eficiente para disparos. A conduta foi confessada pelo apelante. Aliás, o recurso não se volta contra esta condenação.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para absolver o acusado Pedro Antônio da Silva Pinto Júnior da acusação da prática do crime do art. 253 do Código Penal, subsistindo a condenação pelo crime do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, com a pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, além de 10 dias-multas, no valor unitário mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem definidas pelo Juiz da VEPEMA.

Mantenho, no mais, a sentença.

É o voto.

O Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE - Vogal

Senhora Presidente, acompanho o eminente Revisor.

DECISÃO

PROVER PARCIALMENTE. MAIORIA. REDIGIRÁ O ACÓRDÃO O REVISOR