

A restituição do instrumento do crime e o Estatuto do Desarmamento - Lei 10.826/03

ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS (*)

1. Introdução: Fundamentos para apreensão dos instrumentos do crime.

Com a entrada em vigor do novo Estatuto do Desarmamento - Lei 10.826/03, sensível diferença pode-se observar em relação à apreensão e possibilidade de restituição dos instrumentos utilizados para a prática dos crimes previstos nesta lei.

Para que possamos melhor visualizar a regra especial acerca do tema prevista na novel lei definidora dos crimes relacionados à arma de fogo, necessitamos, primeiramente, compreender as normas gerais correspondentes estabelecidas no Código de Processo Penal, bem como as regras anteriores específicas previstas na lei revogada do porte de arma de fogo - Lei 9.437/97, e seu regulamento, Decreto n.º 2.222/97.

Oportuno destacar que como instrumento do crime devem ser entendidas todas as espécies de objetos que sejam empregados por agentes delituosos para a prática do delito, configure ou não o porte destes objetos fato ilícito, como, *v.g.*, os seguintes instrumentos: "pé-de-cabra", faca, revólver, redes de pesca, barras de ferro, enxadas, taco de golfe *etc.*

Com efeito, o fato do simples porte de um objeto não configurar fato ilícito, como no caso da enxada, não retira a possibilidade do mesmo ser tido como instrumento do crime, bastando que seja empregado para a prática de uma infração penal, como, por exemplo, na situação em que o agente utiliza essa enxada para cometer um homicídio.

Constatando-se, pois, em determinado objeto a qualidade de instrumento do crime, a primeira providência de cunho imediato, e que deve ser efetivada ainda na primeira fase da persecução criminal (fase investigativa), é a apreensão do objeto (art. 6º, II, do CPP) ¹, vinculando-se o mesmo ao inquérito policial respectivo (art. 11 do CPP) ².

¹ "Art. 6.º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

² "Art. 11. Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito".

A apreensão, na hipótese, está justificada pela necessidade de exame pericial em ditos objetos (art. 175 do CPP) ³, quer de forma originária, passível de ser implementada no próprio *locus delicti* (art. 6º, II, parte final, do CPP) ou em momento posterior, quer através de um novo exame ou de um complementar ao já feito (arts. 180 e 181 do CPP). ⁴

Porém, a apreensão mencionada não encontra sua razão de ser apenas na necessidade de feitura de exame pericial; pode também se justificar por interessar à persecução criminal ou, ainda, pela possibilidade da perda, em favor da União, dos instrumentos empregados para a prática do ilícito, nos termos do art. 91, II, *a*, do Código Penal, onde estabelece o legislador que:

“Art. 91. São efeitos da condenação:

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) *dos instrumentos do crime*, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção *constitua fato ilícito;*” (grifou-se)

Nesta situação, os instrumentos cuja perda em favor da União for decretada, “serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação” (art. 124 do CPP) ⁵.

Com efeito, a apreensão de instrumentos do crime, na sistemática processual penal, deverá justificar-se pela necessidade de elaboração de exame pericial nos mesmos, pelo possível interesse da permanência deles nos autos para fins de embasar a persecução criminal ou pela possibilidade de perda em favor da União de ditos objetos.

Convém salientar que não estamos a versar sobre apreensão do produto do crime ou dos proveitos auferidos pelo agente com a prática do fato criminoso, pois estes, tecnicamente, devem ser objeto da medida assecuratória de seqüestro,

³ “Art. 175. Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência”.

⁴ “Art. 180. Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos”.

“Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo”.

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente”.

⁵ “Art. 124. Os instrumentos do crime, cuja perda em favor da União for decretada, e as coisas confiscadas, de acordo com o disposto no art. 100 do Código Penal, serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na sua conservação”. A referência legal ao art. 100 do CP, relaciona-se à dispositivo não repetido na reforma da nova parte geral do Código Penal efetivada em 1984.

nos termos dos arts. 125 e 137 do CPP, que é fundada no fato de ser dever do Estado impedir que a atividade delituosa se torne lucrativa.⁶

2. A restituição de coisas apreendidas no Código de Processo Penal:

Mesmo apreendido determinado objeto, de forma direta ou através da medida cautelar de busca e apreensão, não se revestirá esta providência de caráter definitivo, pois subjacente a possibilidade de restituição da coisa, uma vez satisfeitos determinados pressupostos.

Assim, a restituição de coisas apreendidas fica sujeita a determinadas condições que podem impedir, provisoriamente ou definitivamente, a devolução do bem.

A primeira hipótese a ser destacada, e que impedirá, provisoriamente, a restituição, refere-se à coisa apreendida que interesse ao processo penal, pois, nesta qualidade, deverá ela acompanhar os autos do inquérito (art. 11 do CPP) e o posterior processo (art. 118 do CPP)⁷, só podendo ser liberada quando não mais interessar à persecução criminal ou após o trânsito em julgado da sentença penal.

A título de exemplificação, podemos imaginar a situação em que há necessidade, em relação ao objeto apreendido, de nova perícia ou exame pericial complementar (arts. 180 e 181 do CPP), ou, ainda, aquela em que as partes almejam sua exibição em plenário de julgamento, nos crimes de competência do Tribunal do Júri⁸. Estes são, pois, exemplos em que o objeto apreendido ainda interessa à persecução criminal, o que acarreta a manutenção de sua apreensão até, no máximo, o trânsito em julgado da sentença penal.

Igualmente será inviabilizada a restituição do instrumento do crime quando houver a possibilidade de perdimento daquele bem apreendido em favor da União, como consequência da sentença penal condenatória (art. 91, II, *a*, do CP), cabendo observar, contudo, que, nesta hipótese, exige-se que o porte ou detenção do bem constitua fato ilícito, pois, em sendo lícito portar aquele bem, poderá o mesmo ser restituído, caso não interesse mais à persecução criminal.

⁶ Isso não quer dizer que ditos bens não possam ser apreendidos. A respeito, bem apropriada é a lição de VICENTE GRECO FILHO: "A rigor, os bens proveito da infração deveriam ser seqüestrados pelo juiz. Mas, se eventualmente forem apreendidos pela autoridade policial, o interessado poderá requerer sua restituição ao juiz. Se houver indeferimento pelo magistrado, tal decisão equivale ao seqüestro e seguirá suas regras porque o juiz assumiu a responsabilidade pela apreensão. Não há ilegalidade na apreensão policial porque o próprio Código de Processo Penal, no art. 119, preceitua a proibição de devolução de coisas proveito da infração e sujeitas a perdimento, reiterada no art. 122; logo, pressupõe sua apreensão anterior, admitida, ademais, no art. 121". (in *Manual de Processo Penal*, ed. Saraiva, 6ª ed., p. 182).

⁷ "Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo".

⁸ Convém destacar que a exibição do instrumento do crime em Plenário de Julgamento pelo Tribunal do Júri é perfeitamente possível e não acarreta qualquer tipo de nulidade, quando este objeto já constava dos autos em virtude de pretérita apreensão, conforme bem salientado pelo seguinte acórdão:

Podemos citar como exemplo o caso de uma "chave de rodas" apreendida em razão de ter sido utilizada como instrumento para a prática de um crime de lesão corporal grave. Após periciada, não havendo nenhum outro interesse em se manter a mesma apreendida no processo penal, poderá dito objeto ser restituído ao legítimo proprietário ou possuidor, em virtude de ser o porte ou detenção do mesmo fato lícito.

Às duas situações acima, cabe acrescentar ainda outra que, mesmo nos casos do instrumento do crime não mais interessar à persecução criminal, ou ainda que já proferida sentença absolutória, a restituição do bem será incabível.

Justifica-se esta última hipótese de não restituição, pois, mesmo que consideremos não ter sido o instrumento apreendido utilizado para a prática de crime, esta circunstância, por si só, não afasta a possibilidade da ocorrência de ilicitude administrativa ou penal decorrente do uso ou porte da coisa e, conseqüentemente, há razão, também, para a não restituição do objeto.

Vislumbre-se, *v.g.*, a conduta do agente que efetua pescaria utilizando um petrecho proibido, praticando, por conseguinte, a conduta típica descrita no art. 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/98⁹.

Contudo, prossigamos imaginando que a conduta foi praticada em estado de necessidade (art. 37, I, da Lei 9.605/98)¹⁰, o que acarretará a absolvição do agente em razão da inexistência de crime, em face da excludente de ilicitude mencionada.

Ora, nessa situação, inaplicável será o art. 91 do CP, pois nele fala-se em efeitos da condenação e, no exemplo acima, não houve condenação. Será, então, cabível a restituição do petrecho proibido ao pescador?

A resposta há de ser negativa. Mesmo no caso de falta de interesse do instrumento à persecução criminal ou na situação de absolvição penal, o instrumento apreendido não deverá ser restituído quando sua posse ou detenção representarem, por si só, ilícito civil, penal ou administrativo.

Acertadamente leciona VICENTE GRECO FILHO no sentido de que *"Não pode haver dúvida, também, sobre a licitude administrativa ou penal do uso ou porte da coisa, porque não serão devolvidas coisas de porte ilícito, independentemente de condenação"*.¹¹

"A exibição, em plenário do Júri, de arma do crime que já constava dos autos desde o início do processo não pode ser considerada irregular, descabendo a invocação de desconhecimento ou surpresa, reservado à parte contrária igual direito". (TJSP - RT 632/289)

⁹ "Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

"Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;"

¹⁰ "Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;"

¹¹ Ob. cit., p. 183.

3. *A regra especial da não-restituição de coisas apreendidas no Estatuto do Desarmamento:*

O estatuto do desarmamento criou regra especial em relação à restituição do instrumento de crime, estabelecendo, sem qualquer ressalva, que serão os mesmos encaminhados ao Comando do Exército, após regularmente periciados e liberados pelo juiz competente.

Não anuiu, portanto, com a possibilidade de restituição, caso a posse do objeto seja lícita, afastando, neste passo, a permissibilidade a respeito prevista na disciplina geral do Código de Processo Penal.

Assim, ainda que o sujeito tenha o porte ou a posse legal de arma de fogo, acessório ou munição, caso venha a praticar crime descrito no Estatuto do Desarmamento, como, *v.g.*, o disparo de arma de fogo em local habitado (art. 15)¹², a arma de fogo utilizada deverá, necessariamente, ser apreendida, periciada e posteriormente encaminhada para destruição, sendo incabível, portanto, a restituição da mesma ao sujeito ativo, mesmo que tivesse, como já dito, a sua posse ou o porte regulares, pois é imperativo legal que o objeto seja destruído.

Contudo, importante ressaltar que a destruição deverá ser promovida como efeito da condenação, vale dizer, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois se o agente for absolvido da imputação da prática penal estabelecida no Estatuto do Desarmamento e configurando a posse do instrumento apreendido fato lícito, o bem deverá ser ao mesmo restituído.

Despiciendo será ao agente, por conseguinte, antes de obter a absolvição penal, argumentar sobre a possibilidade de restituição do objeto, após regular perícia, sob o fundamento de que na sua hipótese, por ter o porte regular da arma de fogo, a sua posse sobre a mesma configura fato lícito, o que torna inaplicável a regra estabelecida no art. 91, II, *a*, do Código Penal, relacionada ao perdimento, em favor da União, do instrumento do crime.

Bem sabemos que a parte geral do Código Penal será aplicável à legislação penal extravagante, desde que não haja regra especial a respeito (art. 12 do Código Penal)¹³, pois, havendo, será aplicável de forma subsidiária, invocável somente em caso de lacunas da lei especial. O mesmo podendo ser dito em relação ao Código de Processo Penal (art. 1º, *caput* e parágrafo único, do CPP).

Neste caso, como já frisado, há regra especial a respeito, disposta no art. 25 do Estatuto do Desarmamento, onde se lê:

¹² "Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa".

¹³ "Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso".

“Art. 25. Armas de fogo, acessórios ou munições apreendidos serão, após elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, encaminhados pelo juiz competente, quando não mais interessarem à persecução penal, ao Comando do Exército, para destruição, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

Parágrafo único. As armas de fogo apreendidas ou encontradas e que não constituam prova em inquérito policial ou criminal deverão ser encaminhadas, no mesmo prazo, sob pena de responsabilidade, pela autoridade competente para destruição, vedada a cessão para qualquer pessoa ou instituição”.

Impôs o legislador, como disciplina específica da Lei 10.826/03, a destruição do instrumento do crime. Não quis a lei resguardar qualquer direito daquele que utilizou indevidamente e contra expressa disposição legal tal bem, vindo a praticar um crime, ou seja, daquele que abusou de seu direito. Vale destacar que, em verdade, esta pessoa não será mais titular de um direito de propriedade sobre o bem a ser destruído, pois, como bem sabemos, o abuso do direito constitui ato ilícito (art. 187 do Novo Código Civil)¹⁴, pelo que a sua prática, ao mesmo tempo em que fez perecer o direito de propriedade do agente sobre o instrumento do crime, gerou para o Estado o direito/dever de destruir aquele bem que, com a prática criminosa, ingressou na esfera da ilegalidade.

Contudo, nenhuma regra de direito possui conotação absoluta. Sempre haverá ressalvas a fazer. Todos os institutos jurídicos podem, eventualmente, ser relativizados quando em aparente confronto com outros direitos. Aqui não é diferente.

A exceção que se faz é em relação ao direito do lesado e do terceiro de boa-fé.

Para melhor explicitar a questão, imaginemos a hipótese em que determinada pessoa tem furtada arma de fogo que possui legalmente, vindo o subtraente ou terceiro a praticar com ela um dos crimes tipificados no Estatuto do Desarmamento.

Imaginemos, ainda, que essa arma é apreendida. O caminho natural da mesma seria a perícia, e após, não havendo mais interesse para a investigação ou para o processo, o encaminhamento ao Comando do Exército para a respectiva destruição.

¹⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes”.

No entanto, caso procedêssemos dessa forma, estaríamos ferindo mortalmente o direito do lesado, já seriamente atingido com a subtração. Permitiríamos que eventual efeito da condenação atingisse, indevidamente, terceiro que em nada concorreu para o fato criminoso, a não ser na qualidade de vítima do acontecimento antecedente (crime de furto).

O mesmo se diga em relação ao terceiro de boa-fé que eventualmente venha a adquirir legalmente tal bem.

Neste ponto devemos observar as regras dispostas no art. 119 do CPP e no art. 91, II, do CP, onde expressamente são resguardados os direitos do lesado e do terceiro de boa-fé, até mesmo porque o resguardo destes direitos decorre do sistema jurídico democrático por nós adotado com a Carta Magna de 1988, não havendo razão para, na hipótese, darmos tratamento diverso.

Outra ressalva importante a fazer reside no fato do instrumento do crime pertencer à própria Administração Pública, ao Estado na concepção abrangente, como nas situações em que as polícias adquirem armas de fogo para distribuir entre seus agentes.

Vindo um agente policial destes, *v.g.*, portador legal da arma de fogo em referência, a praticar com ela um crime descrito no Estatuto do Desarmamento, a arma deverá ser apreendida e periciada para, após, ser devolvida à corporação proprietária do objeto, caso não interesse mais à persecução criminal, pois não haveria razão para o próprio Estado destruir seus bens, gerando, certamente, prejuízo indevido ao erário.

Podemos, então, sedimentar a seguinte regra, através da análise conjunta dos arts. 91, II, *a*, do Código Penal, 119 do Código de Processo Penal e 25 do Estatuto do Desarmamento: *“Tem-se como efeito da condenação a destruição das armas de fogo, acessórios ou munições apreendidos, utilizados como instrumento para a prática dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, ainda que sua posse, porte ou detenção constitua fato lícito, ressalvando-se o direito do lesado e do terceiro de boa-fé, bem como os casos em que os instrumentos forem de propriedade pública.”*

4. A disciplina anterior ao Estatuto do Desarmamento:

Com a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento, restou revogada a Lei 9.437/97, conforme art. 36 da Lei 10.826/03¹⁵, que era a anterior legislação que tratava da matéria.

Por sua vez, também revogado foi o Decreto nº. 2.222/97, que regulamentava a Lei 9.437/97, pois revogada a lei, inevitavelmente estarão revogadas as suas regulamentações.¹⁶

¹⁵ “Art. 36. É revogada a Lei nº. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997”.

¹⁶ Atualmente, localiza-se controvérsia sobre a permanência em vigor do Decreto nº. 2.222/97, enquanto não for editado regulamento próprio para a Lei 10.826/03. Contudo, não se pode admitir que este decreto, editado única e exclusivamente para regulamentar a Lei 9.437/97, conforme destacado em sua ementa introdutória, permanece em vigor mesmo após a revogação da lei que

A disciplina anterior ao Estatuto do Desarmamento, não estabelecia a cogente destruição dos instrumentos do crime, mas apenas continha disposições superficiais sobre a destinação das armas de fogo apreendidas, nos termos do art. 14 da Lei 9.437/97¹⁷ e art. 44 do Decreto nº 2.222/97.¹⁸

A legislação revogada, não excepcionava o art. 91, II, *a*, do CP, pois previa, claramente, que só seriam recolhidas ao Ministério do Exército “as armas de fogo encontradas sem registro e/ou sem autorização” (art. 14 da Lei 9.437/97), vale dizer, aquelas armas de fogo cujo uso, porte ou detenção constituíssem fato ilícito, pelo que seriam estas perdidas em favor da União, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ademais, tinha como regra a normatização revogada o reaproveitamento da arma de fogo apreendida, priorizando seu uso no âmbito do órgão responsável pela apreensão.

Nada mencionava dita legislação sobre a destinação dos acessórios e das munições apreendidas, o que acarretava, outrossim, a observância da disciplina genérica estabelecida no Código de Processo Penal e no Código Penal.

5. Conclusão:

Caberá ao aplicador da lei sempre observar, na análise de possível restituição de objetos utilizados como instrumento de crime, se o tipo penal correspondente está previsto em lei especial e, se for este o caso, se a lei estabelece regra específica de não-restituição¹⁹. Caso isto ocorra, excepcionados estarão os dispositivos gerais penais e processuais penais permissivos, sem que disto decorra qualquer incompatibilidade constitucional ou infraconstitucional.

regulamentava, tendo em vista o desaparecimento jurídico de seu sustentáculo legal. A respeito, nos esclarece o saudoso prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “O que o legislador não incluiu nos princípios que assentou sobre a revogação das leis, mas é uma imposição da lógica mais elementar, é que a ab-rogação não afeta apenas o dispositivo diretamente compreendido na norma revogadora, porém abrange todas as disposições dependentes ou acessórias, resultantes da lei revogada”. (in *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 19ª ed., Forense, p. 85).

¹⁷ “Art. 14. As armas de fogo encontradas sem registro e/ou sem autorização serão apreendidas e, após elaboração do laudo pericial, recolhidas ao Ministério do Exército, que se encarregará de sua destinação”.

¹⁸ “Art. 44. As armas de fogo apreendidas, após elaboração do laudo pericial, serão recolhidas ao Ministério do Exército, que se encarregará de sua destinação, ressalvado o disposto no art. 11 do Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Parágrafo único. Quando da destinação da arma, o Ministério do Exército dará prioridade ao órgão responsável pela apreensão, desde que este manifeste o interesse em tê-la, conforme os procedimentos previstos no Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105) e sua legislação complementar”. (o Decreto-lei n.º 3.689/41 é o Código de Processo Penal).

¹⁹ Regra similar à abordada no presente trabalho é também observada na Lei de Crimes Ambientais - Lei 9.605/98, que estabelece, expressamente e sem ressalvas, a não-restituição dos instrumentos do crime, nos termos de seu art. 25, § 4º, onde se lê: “Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos. § 4º. Os instrumentos utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem.”

Com efeito, deverá atentar o intérprete para o fato de que o Estatuto do Desarmamento - Lei 10.826/03, trouxe regra especial a respeito da permissibilidade de restituição do instrumento do crime, quando seu porte ou detenção constituir fato lícito, tendo em vista ter este diploma legal, estabelecido, de forma cogente e sem ressalvas, que as armas de fogo, acessórios ou munições apreendidos, serão encaminhadas ao Comando do Exército para destruição, estando, contudo, como já destacado, dita providência subordinada ao advento de sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Sendo a sentença absolutória, como já afirmado, os mencionados objetos poderão ser restituídos, desde que o uso, porte ou posse da coisa não constitua, por si só, ilícito civil, administrativo ou penal.

A exceção a esta regra será nos casos referentes aos direitos do terceiro de boa-fé e do lesado, bem como nas hipóteses de bens pertencentes ao patrimônio público.

Por fim, não se pode perder de vista que tanto a *mens legislatoris* quanto a *mens legis* da Lei 10.826/03 têm o desarmamento como regra, o que só vem a reafirmar o que foi aqui sustentado.

Portanto, mesmo que o uso, posse ou porte destes instrumentos constitua fato lícito, os mesmos serão perdidos, garantindo-se, sempre, os direitos do lesado e do terceiro de boa-fé, e ressaltando-se a hipótese em que os objetos pertençam ao próprio Estado.

^(*) ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ex-integrante da Assessoria Especial de Investigações Penais do Procurador-Geral de Justiça, Mestrando em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/RJ, Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UNESA, Professor Universitário e de Cursos Jurídicos preparatórios nas cadeiras de Direito Penal e Direito Processual Penal.
