

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
ASSOCIAÇÃO DE ENSINO E PESQUISA “GRACCHO CARDOSO”**

ANSELMO DE JESUS

**O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL QUANTO À (A)
TIPICIDADE DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO
DESMUNICIADA**

Aracaju/SE

2014

ANSELMO DE JESUS

**O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL QUANTO À (A)
TIPICIDADE DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO
DESMUNICIADA**

**Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe como um
dos pré-requisitos de grau de bacharel em
Direito.**

Aracaju/SE

2014

ANSELMO DE JESUS

O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL QUANTO À(A)
TIPICIDADE DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO
DESMUNICIADA.

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe, como um
dos requisitos de obtenção de grau de bacharel
no Curso de Direito.

Aprovada em : __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Profº Esp. Fábio Brito Fraga
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Profº Me. Vitor Costa Oliveira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Profº Esp. Carlos Magno de Oliveira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Dedico este trabalho para Zuliná de Jesus, minha mãe querida, que gosta de ver seu nome escrito, nas páginas da vida de seus filhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me protegido e acolhido nos momentos difíceis, fazendo com que o universo conspirasse a meu favor, de forma a proporcionar a conclusão de mais uma jornada.

A minha família, testemunha das minhas tristezas e alegrias sofridas no transcorrer do curso e da vida, mola propulsora de entusiasmo, minha fonte de motivação e coragem.

Ao meu orientador professor Fábio Brito Fraga, meu muito obrigado, pois gentilmente, aceitou me guiar nessa caminhada. De conduta ética e profissional, sempre esboçou atenção, compromisso e competência.

A todos os professores desta instituição de ensino, que com o saber e experiência de vida, foram importantes na construção acadêmica, subsidiando-me de forma intelectual, tornando-me capaz de concluir esta monografia.

Em fim, a todos os colegas do curso de graduação de direito, companheiros desta batalha, e aos servidores desta instituição de ensino, que de alguma forma, contribuíram para conclusão deste trabalho acadêmico e consequente ilação da graduação.

“Para se ter sucesso, é necessário amar de verdade o que se faz. Caso contrário, levando em conta apenas o lado racional, você simplesmente desiste. É o que acontece com a maioria das pessoas”.

(Steve Jobs).

LISTA DE TABELAS

1 Tabela 01 - Comparativo entre o art. 10 da Lei nº9.347/97 e o art. 12 da Lei nº10.826/03.....	41
2 Tabela 02 - Comparativo entre o art. 10 da Lei nº9.437/97 e o art. 14 da Lei nº 10.826/03.....	43
3 Tabela 03 - Comparativo entre o art. 10, § 20 da Lei nº 9.437/97 e o art. 16, <i>caput</i> da Lei nº 10.826/03.....	46
4 Tabela 04 - Comparativo entre o art. 10, § 3 0 da lei nº 9.437/97 e o art. 16, parágrafo único da Lei nº 10.826/03.....	48

RESUMO

O objetivo geral do presente estudo fora examinar o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto ao porte ilegal de arma de fogo desmuniada. De um modo irrestrito, os crimes de perigo abstrato conjeturam a elaboração do risco pelo agente do comportamento estabelecido no tipo concernente. O que demonstra que o causador é penalizado pela pura violação do conteúdo da lei, sem que seja confirmada a presença de qualquer dano ou ameaça de dano ao patrimônio amparado, isto é, de qualquer consequência normativa ou jurídica. É o que ocorre com a tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada, objeto de estudo deste trabalho acadêmico. Este estudo restou dividido em três capítulos onde o primeiro diz respeito ao crime, no segundo capítulo procurou-se apreciar o estatuto do Desarmamento, e no terceiro e último capítulo, buscou-se examinar a temática deste estudo que seria o porte ilegal de arma de fogo desmuniada. Sendo assim, constata-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência detêm séria controvérsia quanto a temática, que verdadeiramente é de complicado exame, tendo em vista que se verdadeiramente for levado em conta o princípio da ofensividade, não se deve concluir pela ilegalidade do comportamento. E este fato se realiza porque o comportamento não possui a aptidão de oferecer danos a incolumidade pública, que seria o bem jurídico amparado pela regra penal que penaliza a figura penal examinada. Por isso entende-se que deve-se examinar cada situação, já que se uma pessoa for, exemplificativamente, parada em uma blitz e estiver com uma arma no interior do seu veículo sem munição, aquele objeto não se encontra lesando bem jurídico algum, contudo, se esta mesma arma for utilizada para um roubo, traz sim ameaça ao bem jurídico tutelado.

Palavras-Chave: Estatuto do Desarmamento; Porte Ilegal de Arma de Fogo Desmuniada; Crime de Perigo Abstrato e Concreto; Princípio da Ofensividade.

ABSTRACT

The overall objective of this study was to examine the doctrinal and jurisprudential understanding on the illegal possession of a firearm desmuniada. An unrestricted basis, crimes of abstract danger conjecture the preparation of risk established by the agent's behavior regarding the type. This shows that the cause is penalized by the sheer violation of the content of the law, without having confirmed the presence of any damage or threat of damage to the supported property, ie, any regulatory or legal consequence. This is what happens with the typicality of the crime of illegal possession of firearm desmuniada, subject of this scholarly work. This study remains divided into three chapters where the first concerns the crime, in the second chapter we sought to assess the status of disarmament, and on the third and final chapter, we sought to examine the theme of this study would be the illegal possession of a weapon desmuniada fire. Thus, it appears that both doctrine and jurisprudence hold serious dispute regarding the subject, which truly is complicated examination, considering that it truly is taken into account the principle of offensiveness, one should not conclude that unlawful conduct. And this fact is realized because the behavior does not have the ability to offer harm to public safety, which would be the legal interests protected by the criminal rule that penalizes examined criminal figure. Therefore it is understood that one must examine each situation as if a person is, as example, stop on a blitz and you are with a gun inside your vehicle without ammo, that object is not harming any legal right, however if that same gun is used for a steal, but brings threats to the protected legal interest.

Keywords: Disarmament Statute; Illegal possession of Gun Desmuniada; Crime Danger Abstract and Concrete; Principle of offensiveness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 DO CRIME.....	14
2.1 Conceito de crime.....	14
2.2 Classificação dos crimes.....	17
2.2.1 Crimes materiais, formais e de mera conduta.....	18
2.2.2 Crimes de dano.....	19
2.2.3 Crimes de perigo.....	20
2.3 Princípios constitucionais penais.....	24
2.3.1 Princípio da intervenção mínima.....	25
2.3.2 Princípio da ofensividade ou da lesividade.....	26
2.3.3 Princípio da proporcionalidade.....	28
3 O ESTATUTO DO DESARMAMENTO.....	30
3.1 Breve histórico sobre as legislações quanto ao crime de posse ou porte de armas no Brasil.....	30
3.2 Natureza jurídica dos crimes de arma de fogo.....	33
3.3 Objetos materiais dos crimes de arma de fogo.....	38
3.4 Posse irregular de arma de fogo.....	40
3.5 Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.....	43
3.6 Porte ilegal de arma de fogo de uso proibido ou restrito.....	45
4 O PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA.....	50
4.1 Arma, acessório e munição.....	50
4.2 A tipicidade ou atipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada.....	54
4.3 O entendimento da doutrina quanto ao crime de porte de arma de fogo sem munição.....	57
4.4 O entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao crime de porte de arma de fogo sem munição.....	59

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
------------------------------------	-----------

REFERÊNCIAS.....	65
-------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

Segundo o princípio da *ultima ratio*, o Direito Penal, apenas deve amparar os bens legalmente mais importantes para a coletividade, em razão da apresentada seriedade de suas punibilidades. Ocorre que os bens jurídicos mais importantes são desta forma valorados pendentemente na situação social em que estão. Sendo assim, a coletividade, de acordo com suas importâncias, revela seu desejo de amparar certos bens jurídicos e, como resposta a este fato, o legislador possibilita o concernente amparo jurídico, através, exemplificativamente, da tipificação de delitos denominados de perigo abstrato.

Contudo, estes delitos não correspondem a uma composição formal típica, bem como de irem contrários a inúmeros preceitos da Constituição. Restringe-se, conseqüentemente, aos direitos fundamentais, a exemplo da liberdade, com a finalidade de obedecerem as perspectivas sociais, sem aproveitar-se do procedimento legislativo apropriado. Ainda que exista uma grande polêmica na doutrina, os delitos de perigo abstrato podem ser assinalados como aqueles onde não se demanda nem o concreto perigo ao patrimônio jurídico amparado pela regra, nem a consagração do risco efetivo a tal bem jurídico.

Deste modo, as espécies de perigo abstrato revelam atuações que, conforme a experiência, produzem concreto dano ou risco de prejuízo a um patrimônio jurídico próprio de amparo penal, mesmo que, efetivamente, tal dano ou risco de dano não venha a acontecer.

De um modo irrestrito, os crimes de perigo abstrato conjecturam a elaboração do risco pelo agente do comportamento estabelecido no tipo concernente. O que demonstra que o causador é penalizado pela pura violação do conteúdo da lei, sem que seja confirmada a presença de qualquer dano ou ameaça de dano ao patrimônio amparado, isto é, de qualquer consequência normativa ou jurídica. É o que ocorre com a tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada, objeto de estudo deste projeto. A grande preocupação, tanto da doutrina quanto da jurisprudência fundamenta-se na questão de se estar amparando somente uma conduta que possui potencialidade danosa, contudo, inúmeras vezes, nem isso, sendo possível, desta forma, nunca acarretar um prejuízo concreto. Por tais motivos questiona-se até que ponto tais delitos são constitucionais e acatam os preceitos

constitucionais penais, bem como, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

De um modo irrestrito, os crimes de perigo abstrato conjecturam a elaboração do risco pelo agente do comportamento estabelecido no tipo concernente. O que demonstra que o causador é penalizado pela pura violação do conteúdo da lei, sem que seja confirmada a presença de qualquer dano ou ameaça de dano ao patrimônio amparado, isto é, de qualquer consequência normativa ou jurídica. É o que ocorre com a tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada, objeto de estudo deste trabalho acadêmico. Deste modo, surge nesta questão o problema do estudo que seria a tipicidade ou não do crime de porte ilegal de arma sem munição, neste contexto, qual o entendimento predominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência em relação a temática em apreço?

É unânime entre a coletividade que o domínio ao acesso as armas de fogo pela sociedade civil constitui uma questão de grande valor, pelo qual exige um enorme cuidado específico das entidades estatais encarregadas pela segurança pública, em razão dos desastrosos efeitos que a desordem na negociação de armas de fogo, podem vir a provocar. Nesta direção, entende-se que este estudo consiga simplificar o acesso da sociedade, de profissionais e acadêmicos de direito quanto à questão da (a) tipicidade do porte ilegal de armas de fogo desmuniada, especialmente no que diz respeito ao entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto a questão e o seu disciplinamento.

O objetivo geral do presente estudo fora examinar o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto ao porte ilegal de arma de fogo desmuniada, e como objetivos específicos analisar os princípios da lesividade e ofensividade do Direito Penal brasileiro, discutir a (a) tipicidade da conduta do porte ilegal de arma de fogo sem munição e verificar se o porte ilegal de arma de fogo desmuniada constitui crime de perigo abstrato.

A metodologia utilizada nesse trabalho, quanto à modalidade de pesquisa foi à exploratória, que de acordo com Rodrigues (2007, p. 6) “tem como objetivo ampliar generalizações, definir leis mais amplas, estruturar sistemas e modelos teóricos, relacionar e enfeixar hipóteses”, e ainda bibliográfica, que “recupera o conhecimento científico acumulado sobre um problema”. O tipo de pesquisa foi o exploratório, que tem o objetivo de “proporcionar maior familiaridade com o problema, levantamento bibliográfico ou entrevistas [...]” (RODRIGUES, 2007, p. 8). O método consagrado

fora o dedutivo, onde “Se todas as premissas são verdadeiras, a conclusão deve ser verdadeira; toda informação ou conteúdo factual da conclusão já estava, pelo menos, implicitamente, nas premissas” (RODRIGUES, 2007, p. 16).

Este estudo restou dividido em três capítulos onde o primeiro diz respeito ao crime, apresentando o conceito de crime, a classificação dos crimes, que seriam, os crimes materiais, formais e de mera conduta, os crimes de dano e os crimes de perigo, analisou-se também os princípios constitucionais penais, o princípio da intervenção mínima, o princípio da ofensividade ou da lesividade e o princípio da proporcionalidade.

No segundo capítulo procurou-se apreciar o estatuto do Desarmamento, fazendo inicialmente, um breve histórico sobre as legislações quanto ao crime de posse ou porte de armas no Brasil, em seguida apresentou-se a natureza jurídica dos crimes de arma de fogo, os objetos materiais dos crimes de arma de fogo, a posse irregular de arma de fogo, o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, e o porte ilegal de arma de fogo de uso proibido ou restrito.

No terceiro e último capítulo, buscou-se examinar a temática deste estudo que seria o porte ilegal de arma de fogo desmuniada, examinando primeiramente, a arma, acessório e munição, depois a tipicidade ou atipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada, o entendimento da doutrina quanto ao crime de porte de arma de fogo sem munição e o entendimento do Supremo quanto ao crime de porte de arma de fogo sem munição.

Sendo assim, constata-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência detêm séria controvérsia quanto a temática, que verdadeiramente é de complicado exame, tendo em vista que se verdadeiramente for levado em conta o princípio da ofensividade, não se deve concluir pela ilegalidade do comportamento. E este fato se realiza porque o comportamento não possui a aptidão de oferecer danos a incolumidade pública, que seria o bem jurídico amparado pela regra penal que penaliza a figura penal examinada.

Por isso entende-se que deve-se examinar cada situação, já que se uma pessoa for, exemplificativamente, parada em uma blitz e estiver com uma arma no interior do seu veículo sem munição, aquele objeto não se encontra lesando bem jurídico algum, contudo, se esta mesma arma for utilizada para um roubo, traz sim ameaça ao bem jurídico tutelado.

2 DO CRIME

2.1 Conceito de crime

É dinâmico o direito penal e segue o desenvolvimento da sociedade, sendo assim, a definição de crime, tendo em vista ser um acontecimento de base cultural e social, não deve ser conceituado como uma definição exclusiva, inflexível, exaltado no espaço e no tempo. Por estas razões, a definição de crime passou e vem suportando inúmeros progressos durante os anos, sobre esta asseveração, dispõe Toledo (1994, p. 79) que:

O crime, além de fenômeno social, é um episódio da vida de uma pessoa humana. Não pode ser dela destacado e isolado. Não pode ser reproduzido em laboratório, para estudo. Não pode ser decomposto em partes distintas. Nem se apresenta, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, estereotipado.

Não possui uma definição de crime o Código Penal pátrio, competindo a doutrina debater, criar e aprimorá-lo, desta forma, segundo Teles (1996, p. 178) “ao longo dos anos, os estudiosos do Direito Penal se digladiam em torno de concepções opostas, com a finalidade de encontrar a adequada conceituação do crime”.

Sendo assim, o delito começou a ser definido de forma diferente pelas inúmeras escolas penalistas. Não obstante, em meio a estas definições, haviam outras divisões, levando em conta a forma de verificação do magistrado. Surge desta forma, a definição formal, material e analítica do delito como vocábulos mais importantes, entre outras de menor significação.

A definição formal objetiva somente a peculiaridade exterior do delito, isto é, na visão da exteriorização do delito, é possível definir delito como sendo, conforme julgamento de Maggiore (1994, p. 189) “qualquer ação legalmente punível”, e nos termos do autor Fragoso (1999, p. 144) “toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena”, ou ainda, de acordo com o entendimento de Pimentel (1993, p. 2), “uma conduta contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena”. E segundo concepção de Conde (1998, p. 178) seria “toda conduta que o legislador sanciona com uma pena”.

A conceituação legal de crime é apresentada na Lei de Introdução ao Código Penal, em seu art. 1º, a saber:

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Entretanto, estas definições não são satisfatórias, tendo em vista que não cientificam a prática legislativa, não cientificam os componentes do comportamento a ser penalizado e não restringem o poder do Estado de Penalizar. Em relação a esta questão dispõe Teles (1996, p. 178) que:

Tais conceitos são insuficientes para o estudioso do direito penal que pretende e deve se debruçar-se sobre esse fenômeno de modo a conhecê-lo em sua inteireza, na sua profundidade, porque não desnudam os aspectos essenciais do crime, ou no dizer de MUÑOZ CONDE, porque um conceito exclusivamente formal nada a dizer acerca dos elementos que deve ter essa conduta para ser assim punida. Não informam a atividade legislativa, não limitam o poder estatal de punir, não explicam nada a ninguém. Não serve ao operador do direito, não servem ao estudante, não serve a ninguém.

Em sua concepção formal, o delito constitui a conduta humana, vedada pela regra penal, ou puramente, a transgressão desta regra (SIQUEIRA apud TELES, 1996, p. 179). Afinal, o crime constitui aquilo que a norma visualiza como delito.

Juntamente com as definições formais do delito, os autores penalistas criaram definições substanciais, materiais, que possuem a finalidade de explicar os interiores do delito, conforme compreende Bettiol (1997, p. 23).

Em sua significação substancial, o crime, de acordo com o entendimento de Fragoso (1999, p. 145), seria a “ação ou omissão humana que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com os valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena”.

A definição material de delito, no entendimento de Bettiol (1997, p. 241) o seria “todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”.

Nesta direção, segundo julgamento de Teles (1996, p. 180) “verifica-se a mesma exigência de que o crime seja um comportamento que produza lesão ao

bem jurídico, o requisito de que tal lesão seja capaz de comprometer- afetar de modo grave – a própria existência da sociedade”.

Sendo assim, não deve o legislador elaborar conceituações de crimes que não formem perigo de lesões ou graves lesões a bens jurídicos de enorme importância. A respeito desta questão afirma o autor Teles (1996, p. 178) que:

[...] Podemos concluir que para o legislador definir certo fato humano como crime, deve, previamente, verificar se o mesmo é daqueles que lesionam bens jurídicos, ou pelo menos expõem-nos a grave perigo de lesão, e se tais lesões são de gravidade acentuada, de modo a ser proibida sob a ameaça da pena criminal.

A conceituação de crime substancial, material constitui o acontecimento derivado de um comportamento humano que danifica ou coloca em risco um bem jurídico amparado pela norma.

Se as definições materiais e formais não são satisfatórias para acatar o direito penal, então a resposta foi buscar uma moderna forma de definir o crime, segundo descreve Teles (1996, p. 182-183), ao dispor que:

Se nenhum dos conceitos apresentados atende aos interesses do penalista, a solução foi procurar uma nova forma de conceituar crime, partindo do ordenamento jurídico vigente, analisando todas as normas penais, incriminadoras, permissivas justificantes e permissivas exculpantes, bem assim as explicativas, para construir, a partir do conjunto do ordenamento jurídico-penal e dos fatos que a vida revela um conceito analítico de crime, partindo do geral, para o particular, decompondo o crime em suas características mais simples.

Definir de forma analítica o delito seria “extrair, de todo e qualquer crime, aquilo que for comum a todos eles, é descobrir as suas características, as suas notas essenciais, os seus elementos estruturais” (TELES, 1996, p. 183), desta forma, possui-se a definição analítica de crime, como sendo “a concepção da ciência do direito, que não difere, na essência, do conceito formal. Na realidade, é o conceito formal fragmentado em elementos que propiciam o melhor entendimento da sua abrangência” (NUCCI, 2009, p. 161).

Entretanto, precisamente em relação a definição analítica é que aparecem, as maiores controvérsias da doutrina, constituindo-se o entendimento bipartido,

tripartido e quadripartido ao definir o delito de forma analítica. Sobre esta temática dispõe Nucci (2009, p. 161-162) que:

Há quem entenda ser o crime, do ponto de vista analítico:

- a) Um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena (René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Celso Delmanto, Flávio Augusto Monteiro de Barros, entre outros);
- b) Um fato típico, antijurídico, culpável e punível (Basileu Garcia, Muñoz Conde, Hassemer, Battaglini, Giorgio Marinuci e Emílio Dolcini, entre outros);
- c) Um fato típico e culpável, estando a antijuridicidade ínsita ao próprio tipo (Miguel Reale Júnior, entre outros adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo);
- d) Fato típico, antijurídico e punível, constituindo a ponto que liga o crime à pena (Luiz Flávio Gomes);
- e) Um fato típico, antijurídico e culpável. Neste corrente, que é majoritária no Brasil e no exterior, e com a qual concordamos, dividem-se os finalistas (Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, José Henrique Pierangeli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Almeida Pedroso, Jair Leonardo Lopes, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Rodolfo Tigre Maia, Jorge Alberto Romeiro, Luiz Luisi, David Teixeira de Azevedo, Rogério Greco, Reinhart Maurach, Heinz Zipf, entre outros) e causalistas (Nelson Hungria, Frederico Marques, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Paulo José da Costa Júnior, Vicente Sabino Júnior, Salgado Martins, Euclides Custódio da Silveira, Manoel Pedro Pimentel, Roque de Brito Alves, Baumann, Mezger, entre outros), além daqueles que são adeptos da teoria social da ação, propondo-se uma tentativa de ajuste, num só quadro, dos principais aspectos do Causalismo e do finalismo (Jescheck, Wessels, Schimidt. Engisch, Wolff, entre outros).

A teoria consagrada pelo Código Penal brasileiro, foi a finalista, onde o delito é assinalado como um acontecimento típico, culpável e antijurídico.

2.2 Classificação dos crimes

Neste tópico analisar-se-á a classificação dos crimes partindo propriamente de dois parâmetros, que de acordo com Thums (2005, p. 36) seria “o da classificação dos crimes conforme a relação causal entre ação e resultado (crimes formais, materiais e de mera conduta) e conforme a intensidade do dano do objeto da conduta (crimes de dano e de perigo)”.

2.2.1 Crimes materiais, formais e de mera conduta

Igualmente denominados de Crimes de Resultado, nos crimes materiais “pode-se imaginar a ação separada do resultado, sendo possível estabelecer um vínculo entre a conduta do agente e seu efeito fenomênico, denominado nexos causal” (THUMS, 2005, p. 3).

Precisamente o nexos causal determina a relação lógica-cronológica em meio ao comportamento e o resultado, sendo o mesmo preciso para adaptação do acontecimento a espécie penal, esse resultado, denominado naturalístico, constitui condição fundamental para que se venha adequar o comportamento do agente ao contexto da regra penal *in concreto* (MIRABETE, 2003, p. 134).

Sendo assim, o crime material seria aquele cuja realização apenas acontece com a efetivação do resultado naturalístico, independentemente do crime ter acarretado perigo ou dano ao bem jurídico amparado, não existindo a efetivação do resultado, o delito será puramente tentado.

Contudo, os crimes formais, conforme entendimento de Teles (2004, p. 229) “não exigem a necessidade de realização daquilo que é pretendido pelo agente, e o resultado jurídico previsto no tipo ocorre ao mesmo tempo em que se desenrola a conduta”.

Em tais delitos, não torna-se uma requisição o resultado naturalístico, formando um puro exaurimento do crime. Existindo, desta forma “separação lógica e cronológica entre a conduta e o resultado” (PIMENTEL, 1993, p. 40).

Já os crimes de mera conduta, também denominados de simples atividade, a norma não demanda, de acordo com Mirabete (2003, p. 134) “qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente”, e, ainda que aconteça este resultado, o mesmo não apresentará qualquer distinção para a concretização da ilegalidade penal (THUMS, 2005, p. 34).

Em tal modalidade de delito, é inaceitável a condição de resultado naturalístico, é descrito somente pelo legislador a conduta do agente, a espécie relata apenas uma atuação, sem citar qualquer resultado, de forma que a concretização se realiza através da realização da ação.

É imprescindível explicar que nos delitos formais, a lei não faz referência a um resultado, contudo, não demanda para a sua concretização que o mesmo se efetive, sendo necessário somente o comportamento do agente estabelecido na legislação,

contudo, nos delitos de mera conduta a norma não faz citação de qualquer resultado, não existindo resultado natural do comportamento do agente, sendo o mesmo uma pura prática de conduta. Através disto, certos autores ao realizarem esta categorização dos delitos não citam os delitos formais, inserindo estes dentro dos delitos de mera conduta (MIRABETE, 2003, p. 134).

2.2.2 Crimes de dano

É preciso, nos delitos de dano, que exista um dano concreto ao bem jurídico amparado, não sendo satisfatório apenas possuir o perigo de dano ou uma possível intenção de comprometer, o dano necessita verdadeiramente acontecer no universo fático (MIRABETE, 2003, p. 134).

O dano, no entendimento de Fragoso (1995, p. 173) seria “a alteração prejudicial de um bem; a destruição ou diminuição de um bem; o sacrifício ou restrição de um interesse jurídico”.

Constata-se que o delito de dano assinala-se pelo desejo do causador, isto é, por meio do dolo. Conforme leciona Bitencourt (2010, p. 254): “Crime de dano é aquele que cuja formação é necessária à superveniência da lesão efetiva do bem jurídico. A ausência desta pode caracterizar a tentativa ou indiferente penal, como ocorre com os crimes materiais (homicídio, furto, lesão corporal)”.

Constata-se que o desejo de desempenhar o concreto dano é de enorme valor para que seja visualizado como delito de dano. Este entendimento é assegurado por Queiroz (2011, p. 175) ao dispor que:

Crimes de dano são aqueles em que o tipo penal descreve uma ação lesiva de um bem jurídico, de modo que a conduta somente assume relevância jurídico-penal quando se verificar um dano (lesão) real ou potencial (consumação o tentativa) ao interesse tutelado (v.g. homicídio, roubo). Nos crimes de dano, portanto, a consumação pressupõe a produção de uma lesão.

Por meio deste doutrinador constata-se que o dolo de acarretar dano ao bem é condição para ser entendendo como crime de dano.

Ressalta-se ainda, conforme entendimento de Mirabete (2003, p. 134) que “o crime de dano é quando ocorre uma lesão efetiva ao bem jurídico tutelado, não

bastando apenas se ter o risco da lesão ou uma provável intenção de lesionar, a lesão deve realmente ocorrer no mundo factual”.

Constata-se que o doutrinador destaca a efetividade do prejuízo, contudo, não deve se deixar de levar em conta a probabilidade do delito tentado.

Assegura o autor Jesus (1997, p. 103) que neste delito, a consumação apenas acontece por meio da “efetiva lesão do bem jurídico”. O dano ao bem constitui uma condição indispensável para assinalar esta modalidade de delito.

Há diferentes delitos de dano consagrados pelo Código Penal pátrio, sendo possível também ressaltar, exemplificativamente, dentre outros, o estupro, o roubo, o peculato, de lesão corporal, o de homicídio. Entende-se que para o delito, em tais situações apresentadas previamente, seja consagrado como de dano, o agente necessita possuir a vontade de acarretar o prejuízo, o que distingue do delito de perigo, conforme será relevado a seguir.

2.2.3 Crimes de perigo

O crime, nos delitos de perigo, concretiza-se com o puro risco elaborado para o “bem jurídico”. Nesta espécie de crime não se tem um dano concreto ao bem jurídico, possui-se somente um acontecimento que coloca em perigo o patrimônio juridicamente amparado (MIRABETE, 2003, p. 134).

Constituem os crimes de perigo os que colocam em risco um patrimônio amparado pela norma penal, isto é, onde o princípio da não turbacão ao patrimônio jurídico possua como efeito uma sanção. De acordo com Pena (apud CALLEGARI, 1999, p. 504), os crimes de perigo concretizam-se sem a necessidade de dano, com o puro risco, possibilidade de dano, insegurança, ao patrimônio jurídico, julgando, deste modo, um adiantamento dos empecilhos de amparo a uma etapa prévia ao dano. Geralmente antecedem a expressa tipificação de um comportamento ilegal, sem a necessidade de que se alcance o dano e com esta a concretização do crime insensato, e julgam portanto uma ressalva a norma geral de impunidade dos modos de defeituosa realização na leviandade.

Conforme entendimento de Greco (2009, p. 196):

[...] crimes de perigo, que podem ser subdivididos em perigo abstrato e perigo concreto, constituem uma antecipação da punição levada a

efeito pelo legislador, a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado. Assim, podemos dizer que, punindo-se um comportamento entendido como perigoso, procura-se evitar a ocorrência do dano.

Na concepção da doutrina majoritária, nesta espécie de crime o causador necessitará atuar com dolo, já que não há a exceção demandada para a admissão da conduta culposa, segundo dispõe o CP, em seu art. 18, parágrafo único.

Existem doutrinadores que compreendem o perigo como sendo sempre um devaneio, o que coloca impróprio a distinção entre risco concreto e abstrato. Contudo, para outros doutrinadores, o risco é sempre concreto, já que constitui uma possibilidade de um acontecimento efetivo (SILVA, 2003, p. 52). De uma forma distinta entende Zaffaroni (2003 apud SILVA, 2003, p. 45), ao relatar que "todos os perigos são 'concretos' e todos os perigos são abstratos, segundo o ponto de vista que se adote: ex ante são todos concretos, ex post são todos abstratos". Conforme se constata, a diferença na concepção do entendimento de perigo, perante esta primeira característica, isto é, de conhecer se é abstrato ou concreto, não demonstra para uma admissível concepção unânime.

É importante verificar que o direito retira, isto é, retira da realidade os acontecimentos de perigo e os apresenta, em razão de sua importância, para o universo jurídico, isto é, por fundamentar-se em tal realidade, o direito não imagina fatos perigosos, e sim escolhe-os perante certas condições fundamentadas no dia-a-dia.

Os crimes de perigo, tradicionalmente são categorizados como crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

A respeito dos crimes de perigo concreto, é importante destacar a concepção de Thums (2005, p. 34), que assim compreende:

Considera-se crime de perigo concreto a conduta do agente gera uma possibilidade afetiva de perigo para o bem jurídico protegido. A ocorrência do perigo é elementar do tipo, não basta a hipótese remota de perigo, mas a comprovação de que a conduta do agente colocou efetivamente em perigo o bem objeto de proteção.

Quanto aos delitos de perigo concreto, destaca o autor Capez (2005, p. 44) que o mesmo "deflui de dada situação objetiva em que o comportamento humano

gerou uma possibilidade concreta de destruição do bem jurídico tutelado, até então não existente”.

Em tais delitos, o comportamento da pessoa coloca verdadeiramente no perigo o bem jurídico amparado, não sendo satisfatória apenas a pura potencialidade danosa da ação.

São caracterizados os crimes de perigo concreto pela indigência de confirmação verdadeira da presença da elaboração do acontecimento de risco ao objeto tutelado pela regra (FERRAZ, 2006, p. 41). A base para a penalidade dos crimes de perigo concreto está na questão em que "o legislador querer, sem dúvida, proteger determinado bem jurídico e pode fazê-lo porque considera que o pôr em perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal", (COSTA apud ROMERO, 2006, p. 53). Compreende Romero (2006, p. 53) que:

[...] tais delitos são de resultado como os delitos de lesão, mas sua verificação importa em critérios de imputação divergentes, pois em vez de apresentarem um resultado lesivo de dano, apresentam um resultado de criação de perigo de resultado de dano, de assunção de risco de lesão não permitido pela norma.

Resumidamente, os crimes de perigo concreto assinalam-se pela requisição de verificar-se o risco em cada situação e possui, normalmente, o risco preconizado no tipo. Em certas situações, mesmo que o risco não se encontre assinalado na espécie de forma expresse e o mesmo seja aberto, ambíguo, não será possível configurar delito de perigo abstrato, isto é, carente a taxatividade, será necessário, para amoldar-se as demandas constitucionais, e para que a legalidade não se encontre danificada, considerar a violação penal como sendo de perigo concreto

Em síntese, os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela exigência de constatar-se o perigo caso a caso e têm, em regra, o perigo indicado no tipo. Em determinados casos, ainda que o perigo não esteja indicado no tipo expressamente e este seja impreciso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato. Ou seja, ausente a taxatividade, dever-se-á, para adequar-se às exigências constitucionais, e para que a legitimidade não reste arranhada, considerar a infração penal como sendo de perigo concreto (SILVA, 2003, p. 71).

Diferente é a condição do crime de perigo abstrato ou presumido, pelo qual a determinação legal seria a de que determinados comportamentos colocam em

perigo o bem jurídico tutelado não se demandando um risco concreto para assinalar os componentes da espécie penal (THUMS, 2005, p. 35).

Já os crimes de perigo abstrato ou presumido constituem aqueles onde o risco é estabelecido no comportamento e presumido, conforme a doutrina majoritária. Estes necessitam da confirmação da presença da condição em que se põs em risco o patrimônio jurídico tutelado. Para que seja concretizado não se demanda a confirmação do verdadeiro risco, já que este é presumido pela regra. É necessário somente "a perigosidade da conduta, que é inerente à ação" (BIANCHINI apud FERRAZ, 2006, p. 43), para que exista a penalização não é preciso que o comportamento realizado pelo causador seja competente para acarretar qualquer perigo ou prejuízo efetivo de dano ao patrimônio jurídico penal.

Segundo entendimento de Bottini (2006, p. 68):

[...] a expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco. Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco. A configuração da sociedade contemporânea, o surgimento dos novos riscos e suas características respondem por este fenômeno, por diversos motivos.

Um dos motivos que explicam a propagação dos crimes de perigo abstrato são o elevado potencial danoso de determinadas práticas e produtos, que são advindos das consequências colocadas pelo uso de modernas tecnologias, que alcançam, ou possuem a força de dissimular uma quantidade elevada de patrimônio jurídico. Diante deste fato, o que importa é impedir a consequência ou ainda conter os comportamentos, e não conter os efeitos, que apresentaria um dano elevado para a sociedade.

Descreve ainda Bottini (2006, p. 69) que:

[...] não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito. Para isso, o tipo penal deve estar dirigido à conduta e não ao resultado. A atividade, em si, passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha estas condutas, e a extensão da ameaça, levam o legislador a optar pela norma de prevenção, através de descrições típicas que não reconheçam o

resultado objetivo como elemento integrante do injusto, ou seja, através dos tipos penais de perigo abstrato.

Constata-se que os delitos de perigo abstrato não procuram responder a certo prejuízo ou dano social desempenhado pelo comportamento, como modo de represália institucionalizada pelo dano ao objeto amparado pela norma, conforme era desempenhado pelo Clássico Direito Penal, e sim impedi-la, amparando o bem jurídico de dano antes mesmo de sua exibição ao verdadeiro risco, efetivo, concreto de dano. No momento em que se emprega de tal espécie delitiva, o Direito Penal moderno procura possibilitar a impressão de segurança à coletividade.

No entendimento de Wessels (1996, p. 9) “a perigosidade da ação não é aqui elemento do tipo, mas somente o fundamento para a existência da disposição legal”. Existe determinação da espécie penal, tornando-se desnecessário a verdadeira confirmação do risco ao bem jurídico amparado (THUMS, 2005, p. 35).

Os delitos são tipificados no Estatuto do Desarmamento com fundamento na incolumidade pública, que seria o bem jurídico por este amparo. Em tais delitos não possui-se um perigo concreto ao bem amparado, tem-se um acontecimento de risco (abstrato ou concreto), desta forma “o delito consuma-se com o simples perigo criado ao bem jurídico” (MIRABETE, 2003, p. 134).

2.3 Princípios penais de base constitucional

Os princípios constitucionais penais delimitam a política criminal do Estado Democrático de Direito pátrio, constituindo bases para o Direito Penal, servindo como restrições positivas e negativas a este direito punitivo. Tais princípios desempenham um duplo papel, onde direcionam a prática do legislador, quando este elabora a regra incriminadora, e direcionam a prática dos operadores no emprego do mesmo. São estes princípios que oferecem base para uma doutrina constitucionalidade do crime, guiando a prática e política criminal.

2.3.1 Princípio da intervenção mínima

Um dos princípios constitucionais penais, importantes para o Direito Penal é o princípio da intervenção mínima, onde este é subdividido em subsidiariedade e insignificância.

O princípio da intervenção mínima dispõe que a norma repressiva necessita ser excepcional, isto é, necessita ser a última justificação da coletividade e do Poder Público, de forma que o Direito Penal apenas pode intervir o mínimo preciso nos vínculos sociais e jurídicos.

Com o mesmo entendimento encontra-se o julgamento de Matos e Siqueira (2010, p. 1) ao disporem que “o princípio da intervenção mínima aponta para o caráter subsidiário do Direito Penal. Quer dizer que este ramo do direito será chamado para manter a ordem social quando os demais não forem suficientes”. Conforme entendimento de Bitencourt (2009, p. 13):

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *última ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequadas e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio, isso é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach, “na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a ultima ratio legis, encontra-se em último lugar e entrar somente quando resultado indispensável para a manutenção da ordem jurídica”.

O Direito Penal, de acordo com a subsidiariedade, apenas deve ser empregado no momento em que os outros campos do direito não puderem resolver a questão em apreço, já que, este deve ser a última solução. Já a fragmentariedade, expressa que, para o Direito Penal, apenas interessa penalizar as atuações mais graves, realizadas em desfavor dos patrimônios jurídicos mais imprescindíveis. sobre esta questão pronuncia Bitencourt (2009, p. 15) que:

Resumindo, “caráter fragmentário” do Direito Penal, significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.

Serve o princípio da intervenção mínima como um suplemento ao princípio da legalidade, já que esta não impossibilita que sejam empregadas sanções penais graves para patrimônios jurídicos onde a importância nos os explique.

A principal finalidade do princípio da intervenção mínima é assegurar que o legislador, quando selecionar as condutas que deverão ser penalizadas, possuam uma certa cautela para não incriminar condutas que podem vir a ser solucionadas por diferentes campos do direito. Além disso, este preceito igualmente alcançaria o operador do direito, para que o mesmo não tipifique condutas no momento em que existissem diferentes modos jurídicos de solução, menos lesivas que o regime punitivo do Estado.

2.3.2 Princípio da ofensividade ou da lesividade

No momento em que dispõe a respeito do princípio da ofensividade, os doutrinadores, como por exemplo, o autor Gomes (2002, p. 22), explica que “o princípio da ofensividade, [...] deve ser focado como critério limitador da intervenção penal, considerada esta em suas duas dimensões: subjetiva e objetiva”. Igualmente chamado de princípio da lesividade, estabelece o princípio da ofensividade a concepção de que a penalidade apenas necessita se realizar para os comportamentos que verdadeiramente possuírem a competência de danificar, de prejudicar um bem jurídico amparado pelo Direito Penal, independente de sua imoralidade ou tipicidade. Com este mesmo julgamento, encontra-se a concepção de Kazmierczak (2007, p. 1) ao dispor que:

[...] de acordo com o princípio da ofensividade não haverá crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico. A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista social, representa à proteção do indivíduo contra atuação demasiado intervencionista do Estado.

Sendo assim, por causa do preceito mencionado não seria possível ser levado em conta como ilícitos penas os comportamentos que, ainda que se

encontrem estabelecidos na norma penal como delito, não oferecem a eficácia, a competência precisa de concretamente acarretar perigo a um patrimônio jurídico amparado pelo Poder Público nas normas penais. Esse ponto de vista é consagrado por Bitencourt (2009, p. 22), já que leciona:

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, restringindo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.

Desta forma, como fundamento na comparação de constatar que o princípio da ofensividade desempenha um duplo papel, isto é, de natureza informativa e preventiva e, também, de natureza interpretativa, quando acontece o concreto emprego da regra penal.

Determina também o princípio da lesividade ou ofensividade que o direito penal apenas pode vir a atuar no momento em que validade a interferência penal por ter acontecido verdadeiramente um acontecimento que demande tal interferência, que não deve possibilitar que acontecimentos comuns ou sem competência danosa sejam ponto de visualização penal. Em relação a esta questão, descreve Gomes (2002, p. 46) que:

O mais relevante efeito prático da função dogmática do princípio da ofensividade, em conclusão, consiste em permitir excluir do âmbito do que é penalmente relevante as condutas que, mesmo que tenham cumprido formalmente ou literalmente a descrição típica, em concreto mostram-se inofensivas ou não significativamente ofensivas para o bem jurídico tutelado. Não resultando nenhuma relevante lesão ou efetivo perigo de lesão a esse bem jurídico, não se pode falar em fato típico.

Verdadeiramente não se deve deixar de aderir a concepção do autor, já que a mais importante consequência prática do papel dogmático do princípio da ofensividade, compreende mesmo em possibilitar a retirada do campo do que é penalmente importante aos comportamentos que, ainda que tenham realizado literalmente ou formalmente a exposição típica, em sensível, revelam-se inofensivas

ou não expressivamente competentes para violar os bens jurídicos amparado pela natureza penal.

O princípio da ofensividade demanda que o comportamento delituoso alcance o patrimônio jurídico com risco concreto ou com dano efetivo, sendo assim, o mesmo recusa a presença dos delitos de risco abstrato. Dispõe tal princípio que apenas pode haver delito no momento em que o comportamento violar um patrimônio jurídico de outrem, o que leva a entender que não existira delito pelo puro julgamento ou pela autolesão

Quanto a este princípio, descreve Castro (2013, [s/p]) que:

Em verdade, o princípio da lesividade ou ofensividade visa, em breve análise, afastar a ingerência do Direito Penal para penalizar condutas que não ofendam bens jurídicos de terceiros, seja porque se limitam ao âmbito interno do autor ou à sua personalidade ou sentimentos pessoais, seja porque não há o cometimento de ação danosa, nem o perigo de cometimento.

Compreende-se que em razão da concretização do acontecimento, não se deve penalizar o julgamento, já que isto consistiria em direito penal do agente, complementando tal julgamento relata Castro (2013, [s/p]) que:

Em suma, de acordo com o princípio da ofensividade, o fato cometido, para se transformar em fato punível, deve afetar concretamente o bem jurídico protegido pela norma, de modo que estariam proibidos no Direito Penal Moderno, os crimes de perigo abstrato.

Resumidamente, de acordo com o princípio da lesividade não existe delito sem a violação a um patrimônio jurídico, tanto através da elaboração de um prejuízo, quanto pela elaboração de uma possibilidade de prejuízo, apenas sendo possível a punição, desta forma, o comportamento que acarrete prejuízo a um patrimônio jurídico legalmente amparado ou que simbolize um risco possível de prejuízo a tal bem.

2.3.3 Princípio da proporcionalidade

A respeito do princípio da proporcionalidade, argumenta Silva (2004, p. 1) que:

A vinculação do princípio da proporcionalidade por via dos direitos fundamentais justifica o entendimento de que qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência, pois se modera pela necessidade que o operador jurídico tem de analisar o caso concreto em cotejo com a norma aplicável, e, ao utilizá-la, deverá adequá-la à realidade vigente em determinado período e para determinada realidade.

Igualmente em relação ao princípio examinado, dispõe ainda o doutrinador que por meio deste princípio “verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes e, em razão desse motivo que o princípio da proporcionalidade aufere um grande prestígio” (SILVA, 2004, p. 1). Por sua vez, Greco (2007, p. 77) dispõe quanto ao princípio que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade de pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Constata-se desta forma, o valor do exame conjugado destes dois preceitos, já que ainda que seja proporcional certa penalidade, não quer dizer que venha a ser razoável em certas situações. Mesmo que se disponha o mínimo a respeito destes princípios, com o passar dos anos se constata que os mesmos vem auferindo lugar, especialmente, em razão dos inúmeros acontecimentos onde se oferecem aparente conflito entre as garantias e direitos fundamentais.

3 O ESTATUTO DO DESARMAMENTO

3.1 Breve histórico sobre as legislações quanto ao crime de posse ou porte de armas no Brasil

Ainda que o Estatuto do Desarmamento tenha entrado em vigor no ano de 2003, a questão que atualmente é versada nele já foi o destaque de diferentes legislações em distintos períodos da história, tornando-se óbvio a pretensão não somente do Estado, mas igualmente social na mencionada questão.

Tornam-se as regras jurídicas cada vez mais rigorosas com a interferência dos preceitos e importâncias culturais que estão em permanente desenvolvimento. Diante destas interferências, possui-se o resultado de regras cada vez mais rígidas e formais quanto à comercialização, produção, utilização e porte de armas, onde o Estatuto do Desarmamento fora criado propriamente nesta conjuntura de desenvolvimento social. A respeito da legislação em apreço comenta Gome e Vanzolini (2004, p. 402) que:

No dia 22 de dezembro de 2003, foi sancionada a Lei nº. 10.826, denominada o “Estatuto do Desarmamento”, sendo publicada em 23 de dezembro de 2003, entrando em vigor na data de sua publicação, dispondo com exclusividade do registro, posse, porte, comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, além de definir crimes e dar outras providências. Tendo como regulamento desta lei o Decreto 5.123, de 1º de julho de 2004.

Contudo, é preciso demonstrar as normas que precedem o Estatuto do Desarmamento, objetivando uma melhor compreensão em relação aos desejos do Estado e, principalmente, da sociedade, pela mencionada questão, e os autores Silva e Silva (2004, p. 41), o fazem da seguinte forma:

Desde o Código Criminal do Império, de 1830, já se punia o uso “de armas offensivas, que forem proibidas”, com pena mínima de 15 dias de prisão simples e multa correspondente à metade do tempo, pena média de 1 mês e pena máxima de 60 dias, além da perda das armas (artigo 297). Competia a Câmara municipal declarar quais as armas proibidas (artigo 299 e lei de 1.10.1828, artigo 71), não incorrendo nas penas cominadas para esta infração penal “Os officiaes de justiça, andando em diligencia; os militares de primeira e

segunda linha e ordenanças, andando em diligencia ou em exercício (...)” e os que obtivessem licença dos juízes de paz (artigo 298).

Impossibilitava o Código Criminal do império que qualquer indivíduo utilizasse armas de fogo de uso proibido, apresentando, a partir daquele período, a distinção em meio às armas de uso permitido e as armas de uso proibido, excepcionando certas pessoas que se encarregassem de certas funções públicas, sendo estes determinados em lei, que em razão do cargo desempenhado, não incidiriam nestas sanções.

Não apresentou o Código de 1890, mudanças expressivas a respeito da questão, estabelecendo do mesmo modo e versando sobre tais delitos igualmente como o Código Criminal do Império, isto é, como uma contravenção penal (SILVA; SILVA, 2004, p. 42).

Tendo em vista tratar-se o Código de 1890 de um documento que fazia uso de regras penais em branco, ou seja, que necessitam de uma complementação para que se venha entender o espaço de emprego de seu princípio primário, ou ainda, que ainda que exista uma descrição do comportamento vedado, tal descrição demanda, obrigatoriamente, um complemento retirado de outra norma, para que venham, concretamente ser compreendida as restrições da vedação, já que sem essa complementação, é impossível o seu emprego (GRECO, 2005, p. 22), precisava de permanente disciplinamento, com este fato a concretização de seus dispositivos tornou-se inexecutável. A visualização desta norma esparsa começou a ser complicada e não muito prática, aparecendo desta forma, “com intuito de mitigar tal necessidade a Consolidação das Leis Penais, com a obra elaborada pelo Desembargados Vicente Piragibe, em 14 de dezembro de 1932” (SILVA; SILVA, 2004, p. 40).

Em seguida, em 3 de outubro de 1941, adotando o costume do Império, o Decreto-lei nº 3.688 denominado como a Lei das Contravenções Penais, estabelece em seu dispositivo 19, o crime de porte ilegal de armas (SILVA; SILVA, 2004, p. 42), estabelecendo que: “Trazer consigo uma arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: pena – prisão simples de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas cumulativamente”.

Tal dispositivo explica que a vedação por porte de arma de fogo, diz respeito tanto a trazer consigo fora da residência, ou estar com ela na casa, assinalando

desta forma, a distinção que será realizada em seguida a respeito da posse e porte de arma.

É importante explicar que, ainda que através deste decreto, o delito de porte ilegal de armas permaneceu sendo consagrado como uma espécie de contravenção, e desta forma continuou até o ano de 1997, onde não se dispunha sobre restrição do porte de arma de fogo, era possível o porte de arma, isso se, possuisse a correta licença dada pela autoridade encarregada (SILVA; SILVA, 2004, p. 39).

No ano de 1997, com o surgimento da Lei nº. 9.437, fora tipificada, de um modo mais rigoroso, os comportamentos com o uso de arma de fogo. O Poder Público, demonstrando as importâncias da sociedade, começou a versar sobre esta questão não mais como uma contravenção penal, isto é, as sanções empregadas não eram mais de multa e prisão simples, mas sim sanções conferidas em até dois anos de reclusão (SILVA; SILVA, 2004, p. 40).

O intuito do legislador era de dominar o delito de porte ilegal de arma de fogo, já que, com o passar dos anos, tornou-se mais simples a sua compra e, com este fato, compreendeu que estabelecer sanções mais rigorosas com a finalidade de amedrontar ainda mais a pessoa (SILVA; SILVA, 2004, p. 41).

Os delitos estabelecidos na Lei nº. 9.437/97, no ano de 1995, que possuissem sanção máxima não superior a um ano, acabaram se tornando mais uma vez delitos de menor potencial ofensivo, por meio da Lei dos Juizados Especiais Estaduais, Lei nº. 9.099/1995, e também com a Lei dos Juizados Especiais Federais, Lei nº. 10.259/2001 ampliou-se a designação de delitos de menor potencial ofensivo, aumentando estes para delitos onde a sanção máxima não seria acima de dois anos. Com este fato, ampliou-se igualmente, por semelhança, a designação de delitos de menor potencial ofensivo para os Juizados Especiais Estaduais, que teve seu disciplinamento determinante com a Lei nº. 11.313/2006, apresentando a consolidação desta concepção.

Deste modo, a Lei nº. 9.437/97 tornou-se questão de delitos de menor potencial ofensivo, com isso perdendo a sua finalidade que seria de, segundo Silva e Silva (2004, p. 43) “reprimir as condutas tipificadas com penas mais severas e o de retirar desses crimes o tratamento de contravenções penais que era utilizado pelas leis anteriores”.

Entretanto, a finalidade de versar de forma rigorosa tais delitos continuou, e com esta surgiu à elaboração do Estatuto do Desarmamento, onde estabeleceu o

legislador sanções mais rigorosas, ampliando as sanções máximas para que estas não fossem apreciadas nos Juizados Especiais Criminais como delitos de menor potencial ofensivo.

Por meio desta breve análise histórica, torna-se claro, que com os distintos episódios sociais, em um curto período de tempo, um delito com tratamento brando, começou a ser consagrado de um modo mais severo, rígido e repressivo, procurando desta forma, com a ampliação das reprimendas, diminuir a violência.

3.2 Natureza jurídica dos crimes de arma de fogo

Primeiramente, é imprescindível a pesquisa em relação a natureza jurídica dos delitos previstos na Lei nº. 10.826/2003, para que se realize uma melhor assimilação das peculiaridades que distinguem estas espécies penais, principalmente em relação à posse e ao porte ilegal de arma de fogo.

Os comportamentos relatados no mencionado diploma legal referem-se a delitos comuns, constantes, de perigo abstrato, imprecisos, de puro comportamento e de atuação múltipla ou contexto variável.

Tendo em vista serem realizados por qualquer indivíduo, constituem crimes comuns, sem que o atributo ou as condições particulares do agente impliquem para a efetivação do crime. Compreendem crimes constantes, em razão da realização de tais delitos se contemporizarem no tempo, atacando de forma permanente o bem jurídico que a regra objetiva amparar.

Constituem-se delitos imprecisos, visto que seria a coletividade o seu sujeito passivo, e igualmente são delitos de puro comportamento, tendo em vista que a pura atuação ou omissão do autor apresentada na regra penal satisfaz para a concretização do crime, não se demandando a realização de qualquer consequência naturalística.

Não obstante, constituem delitos de atuação múltipla ou de contexto variável, isto é, na espécie penal são expostos diversos comportamentos, sendo necessário apenas ao autor realizar qualquer um deles para que aconteça a concretização do crime.

Também, em relação a natureza jurídica dos delitos de arma de fogo, existe uma determinada controvérsia em meio aos autores, em relação a estas modalidades de crime se tratarem de crimes de dano ou crimes de perigo.

Conforme visto anteriormente, os delitos de dano seriam aqueles onde a concretização acontece com o concreto prejuízo ao bem jurídico amparado, a exemplo do que acontece no homicídio, onde o dano a vida de uma pessoa, causando-lhe a morte, é preciso para a concretização do delito. Entretanto, os delitos de perigo são classificados em duas modalidades, onde de perigo presumido ou abstrato ou os de perigo concreto.

Na situação dos delitos de perigo abstrato, não é demandado a confirmação de que a vítima estava em condição efetiva de perigo, para que o delito venha a ser visto como consumado. O risco é por lei presumido, não reconhecendo prova diversa e, sendo assim, não necessita ser revelado.

Diversamente, os delitos de perigo concreto, precisam de confirmação da presença de um risco verdadeiro de dano ao bem jurídico amparado, já que apenas desta forma existirá a concretização destes crimes.

Em relação a esta peculiaridade, parcela dos autores compreende que são de perigo abstrato os delitos de arma de fogo, já outra parcela compreende que se referem de delitos de dano.

Inicialmente, é importante destacar que a Lei nº. 10.826/2003 possui como objetivo jurídico amparado, da mesma forma como a legislação anterior que versava sobre a questão, a incolumidade pública, isto é, deseja o legislador assegurar e conservar a condição de segurança, a saúde, integridade física, os bens da sociedade e a vida, como um todo em desfavor das possíveis ações que venham a danificar ou colocar em risco estas pretensões tão imprescindíveis para as pessoas.

Por tal motivo, compreendem parte dos autores que os delitos consagrados no Estatuto do Desarmamento constituem delitos de perigo abstrato, já que o legislador teve a finalidade de penalizar as violações de risco que viessem a acarretar um prejuízo concreto ao patrimônio jurídico amparado, que seria, a segurança de toda a sociedade.

Nesta direção, argumenta Capez (2006, p. 49) que, desta forma, a finalidade fora “de impedir que uma conduta, ilusoriamente inofensiva, pudesse se convolar em um efetivo ataque à pessoa humana. Daí a razão de punir as condutas como infração de perigo”. Complementando sua concepção, defende ainda Capez (2006, p. 49) que:

Não exigiu o legislador, para a consumação do crime, a demonstração concreta de que pessoa determinada tenha ficado, efetivamente, exposta a algum risco, optando por punir a mera conduta infracional, independentemente da comprovação da efetiva exposição a risco dessa ou daquela vítima (CAPEZ, 2006, p. 49).

Nesta mesma linha de pensamento, ressalta Silva (2005, p. 31) que:

[...] os crimes descritos no Estatuto prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a experiência tem demonstrado que a posse ou o porte ilegal de arma de fogo, acessórios ou munições, ou outras condutas correlatas, colocam em risco a coletividade, sendo isso fato notório.

Deste modo, com fundamento nesta concepção, existirá delito sempre que o autor realizar qualquer dos comportamentos previstos no Estatuto do Desarmamento, necessitando de confirmação do dano, já que a lei já estabelece, em tais situações, a demonstração do bem ao risco.

Contudo, em entendimento diverso, existem autores que compreendem que estes comportamentos se consagram como delitos de lesão ou de dano, conforme destaca Jesus (2005, p. 9), ao assegurar que "os delitos de porte de arma e figuras similares não são crimes de perigo abstrato nem concreto; são crimes de lesão e de mera conduta (de simples atividade)".

Segundo entendimento de Jesus (2005, p. 9), a designação dos crimes de arma de fogo como de risco abstrato não se encontra em consonância com o Direito Penal moderno que, por meio da reforma penal em 1984, se baseia na culpabilidade como fundamento do encargo penal do autor, não reconhecendo, desta forma, a elaboração de antecipações legais nesta direção. Igualmente argumenta que esta designação viola o inc. LVII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a condição de inocência que, por sua vez, não tem compatibilidade com a presunção legal de risco. Por último, essa determinação igualmente viola o princípio da legalidade, que demanda a anterior determinação legal do delito para que exista a sua concretização.

Como resposta a estas peculiaridades, os autores oferecem certas explicações, sendo que a fundamental destas, segundo assegura Thums (2005, p. 36) seria a de que não existe qualquer proibição de natureza constitucional para a edificação de espécies penais de risco presumido. Não obstante, seria a própria Carta Magna que estabelece que o legislador determine os comportamentos que

venham a ser vistos como delitos, assim como suas concernentes sanções. Deste modo, no campo de sua incumbência, o legislador pode corretamente listar os comportamentos vistos como perigosos a coletividade, que não precisam de confirmação de prejuízo a uma vítima certa, como seria a situação dos crimes previstos no Estatuto em apreço.

Categorizar estes crimes como sendo de risco abstrato igualmente não viola o princípio da culpabilidade, inclusive o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que permanece sendo demandado a culpa, em significado amplo ou o dolo, para que o autor venha a ser penalmente penalizado, assim como, apenas com o devido processo legal, assegurados o contraditório e a ampla defesa, é que pode vir o autor ser encarregado no campo penal depois do trânsito da sentença penal condenatória.

Também em relação a esta questão, destaca Capez (apud THUMS, 2005, p. 38-39) que:

[...] a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente típico independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade humana. Ao contrário. Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde o seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo. Trata-se de legítima opção política de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado.

Tal debate em relação aos delitos de arma de fogo serem de dano ou de perigo interfere inteiramente em outro imprescindível assunto, a presença ou não de delito no momento em que a arma de fogo se encontrar sem munição.

A respeito desta questão, ressalta Thums (2005, p. 39), Habeas Corpus nº. 95.073 de Mato Grosso Do Sul, especificadamente o entendimento da Ministra Ellen Gracie, ao se reportar a respeito do perigo presumido, a saber:

Vê-se, assim, que o objetivo do legislador foi antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população - como o porte de arma de fogo em desacordo com as balizas legais -, prevenindo a prática de crimes como homicídios, lesões corporais, roubos, etc. E não se pode negar que uma arma de fogo, transportada pelo agente

na cintura, ainda que desmuniada, é propícia, por exemplo, à prática do crime de roubo, diante de seu poder de ameaça e de intimidação da vítima.

As decisões dos Ministros Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, nesta mesma apreciação, foram em direção diversa, assegurando que sem munição uma arma não assinala perigo de dano ou risco concreto a segurança pública, sendo, desta forma, irregular o porte ilegal de arma de fogo desmuniada. Compreende o Ministro Sepúlveda que, ainda que se refira a delitos de puro comportamentos, os crimes de arma de fogo necessitam resultar em dano concreto ou potencial ao patrimônio jurídico amparado, para que o autor seja penalizado. Contudo, esta decisão da Corte Suprema encontra-se fundamentada na Lei nº. 9437/97.

Contudo, as modalidades consagradas pela Lei não oferecem, em suas exposições, a demanda de que se encontre muniada a arma de fogo para que o comportamento do autor venha a ser penalizada. Apenas diz respeito à legislação a arma de fogo e não a arma de fogo com munição. Não obstante, se o autor for visto possuindo munições ou acessórios ilegalmente de arma de fogo, ainda que não tenha a arma, igualmente pode vir a ser enquadrado nos delitos consagrados no Estatuto.

Seria esta a concepção do STJ – Superior Tribunal de Justiça que, discordando do STF – Supremo Tribunal Federal, compreende que, independentemente da munição, a arma de fogo por si só satisfaz para caracterizar os crimes da Lei nº. 10.826, tendo em vista que se referem a delitos de puro comportamento e perigo abstrato. A questão de estar sem munição a arma não retira a tipicidade do crime, já que, ainda que desmuniada, permanece a arma de fogo consistindo em uma forma idônea de comprometer a paz social e por em risco a incolumidade pública, conforme se pode examinar na decisão a seguir:

HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA O INDEFERIMENTO DE PEDIDO LIMINAR. DESCABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DESMUNICIADAS. IRRELEVÂNCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. RISCO À PAZ SOCIAL. ORDEM DENEGADA. 1. Não cabimento de agravo regimental interposto contra decisão que denega ou concede pedido de liminar em Habeas Corpus. 2. Na linha de precedentes desta Corte, o porte ilegal de arma de fogo traz risco à paz social, de modo que, para caracterização da tipicidade das condutas elencadas nos arts. 14 e 16 da Lei nº. 10.826/03, basta, tão

somente, o porte de armas sem a devida autorização da autoridade competente ou de uso restrito. A circunstância destas se encontrarem desmuniadas não exclui, por si só, a tipicidade do delito, eis que ela oferece potencial poder de lesão (HC 109231/RS Ministro Napoleão Nunes Maia Filho DJe 20/10/2008. 5ª Turma) (BOECHAT, 2013, [s/p]).

Nesta mesma linha de pensamento, ressalta Silva (2005, p. 96) que:

[...] não é razoável que a arma de fogo deva estar municiada para a configuração do delito, pois bastaria o sujeito deixar a munição escondida em algum lugar, pronta para ser empregada, e com isso fugir da punição, mesmo que seja surpreendido portando (p. ex.) a arma de fogo.

Demanda somente o Estatuto do Desarmamento que, para a caracterização de seus crimes, a arma se encontre suscetível de realizar disparos. O Decreto nº. 5.123, que disciplina o Estatuto, estabelece o desempenho na arma de fogo de uma pericia para verificar a sua potencialidade danosa ou seu efeito.

Se confirmada que é totalmente incapaz de realizar disparos a arma de fogo, o episódio, então, será atípico, tendo em vista a não probabilidade de o comportamento do autor vir a simbolizar um perigo de dano a outrem. Em tal situação, refere-se a um delito impossível em razão da impotência integral do objeto material. Não deve a legislação prever a presença de um delito de risco, no momento em que este for impraticável. Levar em conta um certo delito como sendo de risco presumido não envolve a concepção de improbabilidade desse risco. Se for impraticável o perigo de dano ou risco concreto ao patrimônio jurídico, então não haverá delito, por este fato é preciso a confirmação da eficiência da arma por meio de pericia, para que o autor venha a ser incriminado em um dos crimes estabelecidos pelo Estatuto.

Perante as peculiaridades demonstradas, compreende-se que os delitos consagrados no Estatuto do Desarmamento, em seus arts. 12 a 18 assinalam-se como sendo de risco presumido, sendo necessário somente o desempenho do comportamento para a caracterização da espécie, sem a precisão da confirmação do concreto perigo de dano ao patrimônio jurídico amparado, já que a própria legislação já prevê que o desempenho do comportamento típico coloca em perigo a incolumidade pública que o legislador buscou amparar por meio da Lei nº. 10.826/2003.

3.3 Objetos materiais dos crimes de arma de fogo

Encontram-se estabelecidos no Estatuto do Desarmamento como objetos materiais dos seus delitos, as armas de fogo, as munições e os acessórios de uso permitido e de uso restrito ou proibido e os artefatos explosivos e incendiários.

Diferentemente da norma anterior, a Lei nº. 10826/2003 aumentou os componentes objetivos em grande parte de suas espécies penais, igualando em certos comportamentos, a munição, o acessório e a arma de fogo, conforme se visualiza no art. 12, que trata da posse ilegal, e os arts. 14 e 16, que versa respectivamente, do porte ilegal de arma de fogo, acessório e munição de uso permitido e de uso proibido ou restrito.

Em relação a utilização, as armas de fogo, podem ser categorizadas como sendo as de utilização restrita ou permitida. De acordo com o Estatuto, em seu art. 23, compete ao seu disciplinamento determinar a categorização e a demarcação das armas de fogo, munições e acessórios de utilização restrita ou proibida e permitida.

A arma de fogo de uso permitido é conceituada, pelo Decreto nº. 5.123, no art. 10, que disciplina o Estatuto do Desarmamento, do seguinte modo: "aquela cuja utilização é autorizada a pessoas físicas, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com as normas do Comando do Exército e nas condições previstas na Lei nº 10.826, de 2003".

As regras mencionadas pelo dispositivo acima dizem respeito as que encontram inseridas no Decreto nº. 3.665/2000, que versa sobre os produtos administrados pelo exército. Encontram-se listadas, neste Decreto, em seu art. 17, as armas vistas como de utilização permitida, nelas inseridas as armas de potencial de fogo reduzido, de baixo calibre, competentes para defesa patrimonial e pessoa, a exemplo, das pistolas e revólveres.

Já a arma de fogo de utilização limitada, é estabelecida pelo Decreto nº. 5.123, em seu art. 11, dispondo que seria "aquela de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército, de acordo com legislação específica". No art. 16, igualmente do Decreto nº. 3.665/2000, encontram-se listadas as armas vistas como de utilização limitada, onde estão inseridas as armas de expressivo potencial lesivo e as de maior calibre, como por exemplo, as granadas, bazucas e metralhadoras.

Constata-se que o dispositivo 16 do Estatuto, que apresenta o delito de porte ilegal de arma de fogo, refere-se não apenas as armas de utilização limitada, mas igualmente as de utilização vedada. Igualmente não acontece com o Decreto nº. 5.123, que não faz referencia e nem apresenta qualquer conceituação para a arma de utilização vedada. Esta espécie de arma é conceituada por Capez (2006, p. 52-53), do seguinte modo: "não pode ser utilizada em hipótese alguma, ou seja, cuja posse ou porte não podem ser autorizadas nem mesmo pelas Forças Armadas".

Através das conceituações mencionadas anteriormente, assim como nas espécies penais previstas no Estatuto, não estão inseridas as armas de arremesso, brancas, asfixiantes e os gases tóxicos, visto que não compõem objetos materiais do Estatuto do Desarmamento. Sendo assim, são compreendidas como atípicos os comportamentos realizados com a utilização destas armas, para as consequências da Lei nº. 10.826/03. Igualmente como acontece quanto as armas de fogo obsoletas e as inaptas, em razão da falta de potencialidade ofensiva destas.

Do mesmo modo como as armas de fogo, as munições e os acessórios de arma igualmente podem ser de utilização limitada ou permitida. Segundo o Decreto nº. 3.665/2000, inc. II, do art. 30, constitui o acessório de uma arma um "artefato que, acoplado a uma arma, possibilita a melhoria do desempenho do atirador, a modificação de um efeito secundário do tiro ou a modificação do aspecto visual da arma". Seria a situação das miras telescópicas, dos quebra-chamas e dos silenciadores.

A munição é conceituada, pelo mesmo diploma legal em seu art. 3º, inc. LXIV, como sendo "o artefato completo, pronto para carregamento de disparo de uma arma, cujo efeito desejado pode ser: destruição, iluminação ou ocultação do alvo; efeito moral sobre pessoal; exercício; manejo; outros efeitos especiais".

Diferente objeto material consagrado pela Lei nº. 10.826/03 seria o artefato incendiário e explosivo que, diversamente dos outros, não detém uma conceituação no Decreto nº. 3.665/00, no Decreto nº. 5.123 e no próprio Estatuto.

3.4 Posse irregular de arma de fogo

Estabelecia o art. 10, caput, da Lei nº. 9.347/97, que previamente disciplinava os delitos de arma de fogo, inúmeros comportamentos criminosos, em meio a estes

o de posse irregular de arma de fogo. No mesmo artigo, igualmente penalizava a comercialização e o porte ilegal de arma de fogo com igual sanção.

Estes comportamentos foram separados através do surgimento do Estatuto do Desarmamento, e se formaram em espécies penais diferentes com sanções também diferentes. Hoje, estabelece o Estatuto, em seu dispositivo 12, somente o delito de posse irregular de arma de fogo de utilização permitida, conforme se constata no quadro comparativo em meio aos dois artigos, a seguir:

Tabela 01. Comparativo entre o art. 10 da Lei nº9.347/97 e o art. 12 da Lei nº10.826/03

Lei nº 9.437/1997	Lei nº 10.826/2003
Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:
Pena - detenção de um a dois anos e multa.	Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Oferece duas espécies típicas o Estatuto do Desarmamento, no crime previsto em seu art. 12, que seria possuir e manter sob sua guarda.

O termo “possuir” denota estar em seu domínio, usufruir a retenção, usufruir, encontrar-se na retenção com o status de dono ou de puramente proprietário da retenção, não se confundindo com uma pura posse instantânea. Deste modo, é um delito constante o comportamento da pessoa que deter, em discrepância com a norma, arma de fogo de utilização permitida, já que, enquanto o autor encontrar-se na posse ilegal da arma, o delito se contemporizará pelo período.

Diferente núcleo da espécie é conservar perante sua guarda, que expressa manter ou possuir perante sua vigilância, tanto em nome de terceiro ou próprio, o

objeto material. Igualmente, nesta peculiaridade, confirma-se um comportamento típico constante.

Nesta espécie penal, a arma de fogo, munição ou acessório de uso permitido, é o objeto material, tendo em vista que se for de utilização limitada ou proibida, constituirá componente de diferente espécie penal presente no Estatuto, no art. 16.

Encontra-se presente, o elemento normativo da espécie, no vocábulo "em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Fato que expressa que o autor que deter ou conservar perante seu domínio arma de fogo, munição ou acessório de utilização permitida em discrepância com as condições presentes na Lei nº. 10.826/03 e/ou seu disciplinamento, encontrar-se-á realizando o delito do dispositivo 12 em apreço. Para isso, é necessário somente que o autor não registre a arma ou não renove o seu registro, já que, de acordo com o que determina o Estatuto, em seu art. 3º, caput, "é obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente".

Determina o Estatuto do Desarmamento, em seu art. 5º, caput, que:

O Certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

Sendo assim, constata-se que uma pessoa para deter ou conservar uma arma de fogo em sua casa, é necessário apenas o seu registro. Entretanto, em relação às munições e acessórios consagrados nesta espécie, verifica Facciolli (2006, p. 169), também, que ainda que:

[...] o acessório e munição não possuem registro, mas a posse sem autorização da autoridade competente também é uma atitude criminosa. A lei (ou seu decreto) deveria, pelo menos, considerar o cadastro destes itens como obrigatórios.

Em relação à posse ilegal de arma de fogo, resumo Thums (2005, p. 101) que:

[...] para configurar o crime do art. 12 é necessário que a posse ou propriedade da arma seja legítima, sem ter havido infração a nenhuma norma legal ou regulamentar, salvo o fato de não ter providenciado o registro da arma de fogo ou sua renovação nos

prazos fixados. Portanto, houve violação aos arts. 3º e 50 da Lei nº 10.826/2003.

A respeito do sujeito ativo deste delito, existe certo desacordo na doutrina, já que, alguns doutrinadores, a exemplo de César Dario e Fernando Capez, compreendem referir-se de um delito comum, podendo ser realizado por qualquer indivíduo, e existem doutrinadores, a exemplo de Ângelo Faccioli e Gilberto Thumns, que compreendem tratar-se de um delito próprio, já que apenas o detentor ou possuidor da arma pode vir a realizar este comportamento. No entanto, oferece Damásio de Jesus um misto destes dois entendimentos, compreendendo que, na parte inicial da previsão penal, é comum o delito do art. 12, já, a segunda parte, seria o delito próprio, já que apenas o detentor ou encarregado legal da empresa ou estabelecimento pode vir a desempenhar esta espécie penal. Mesmo assim, ainda predomina a concepção de que seria um delito comum o art. 12 do Estatuto.

É incabível a tentativa na situação do dispositivo 12, seja em relação ao comportamento de “possuir” quanto ao de “manter sob guarda”, tendo em vista que estes comportamentos detêm a natureza constante, produzindo-se as suas consequências ao longo do período. Não obstante, qualquer outra conduta realizada pelo autor, a exemplo de levar a arma para sua residência ou de ser pego de surpresa ao comprar uma arma, se encontrará enquadrado no delito de porte ilegal de arma de fogo do art. 14, e não como tentativa do crime em apreço.

3.5 Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

Estabelecia no caput do art. 10, a antiga Lei nº. 9.347, Lei de Armas de Fogo, a posse, o porte e a comercialização ilegal de arma de fogo. Por meio do sancionamento da nova legislação que versa sobre a questão, estes comportamentos começaram a ser consagrados em artigos distintos.

O legislador, no art. 14, em relação ao porte ilegal de arma de fogo de utilização permitida, permaneceu determinando quase os mesmos comportamentos estabelecidos no dispositivo 10, caput da lei anterior, com ressalva da apresentação a comercialização, aluguel, posse, fabricação da arma de fogo, conforme se pode constatar nos artigos abaixo descritos.

Tabela 02. Comparativo entre o art. 10 da Lei nº9.437/97 e o art. 14 da Lei nº 10.826/03

Lei nº 9.437/1997	Lei nº 10.826/2003
Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.	Art. 14. 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 - detenção de um a dois anos e multa.	Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Os comportamentos que não se encontram existentes no dispositivo 14, a exemplo de expor a venda, alugar, fabricar e possuir arma de fogo começaram a serem estabelecidos em diferentes artigos, formando-se novas espécies penais apresentados pela Lei nº. 10.826/03.

Não obstante esta mudança ocorreu igualmente à inserção dos acessórios e munições de arma de fogo como objetos materiais deste crime. Além disso, ocorreu uma ampliação na pena, que passou a ser crime inafiançável, com pena de multa e reclusão de 2 a 4 anos, exceto no momento em que a arma se encontrar registrada no nome do autor. Ocorre que o Supremo, ao examinar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.112-1 declarou a inconstitucionalidade desse artigo da Lei nº. 10.826/2003, que vedava a atribuição de liberdade, perante o pagamento de fiança na situação de porte ilegal de arma de fogo, consagrado pelo dispositivo 14, parágrafo único. Acatando a corte a concepção de que "o entendimento esposado pelo Ministério Público, segundo o qual se trata de uma vedação desarrazoada, "porquanto não podem estes ser equiparados a terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou crimes hediondos (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal)".

Detém treze núcleos esta espécie penal, que seriam: ocultar, manter sob guarda, empregar, remeter, empresar, ceder, mesmo que de forma gratuita,

transportar, ter em depósito, receber, fornecer, adquirir, deter e portar. Neste crime, o objeto material seria a arma de fogo, munição ou acessório de utilização permitida.

Diz respeito a um delito de atuação múltipla ou de contexto variável, onde o desempenho de mais de um comportamento típico dentro de um mesmo acontecimento fático resultará sempre em um exclusivo delito. Desta forma, se o autor, exemplificativamente, compra uma arma de fogo e em seguida empresta, se encontrará realizando o delito, previsto pelo art. 14, do Estatuto, sendo incriminado somente uma única vez.

Refere-se igualmente a um delito plurissubsistente, já que sua realização pode, na teoria, ser dividida em diversas ações, sendo, desta forma, possível a tentativa. Contudo, acontece que, verdadeiramente, a tentativa é de complicado acontecimento, tendo em vista que, em razão da diferença de comportamentos existentes neste artigo, inevitavelmente a atuação do autor se encaixará em alguma destas.

É vedado pela Lei nº. 10.826/03, no art. 6º, em todo o território nacional o porte de arma de fogo, estabelecendo, posteriormente, as situações extraordinárias onde este porte é reconhecido. Para isso, é preciso a liberação de uma autoridade competente.

Possui três divisões o porte de arma: o comum, que seria o emitido pela Polícia Federal para a situação de armas de fogo de utilização permitida anteriormente registradas e cadastradas pelo Sistema Nacional de Armas – SINARM, isso se acatadas as condições demandadas pela norma; o trânsito, nas situações de corporações esportivas, agências de instrução de tiro, caçadores e colecionadores; e a funcional, atribuído a certos indivíduos, em razão da atividade de certas práticas profissionais.

Com ressalva as situações onde a legislação confere o porte, todo indivíduo que realizar qualquer dos comportamentos consagrados no Estatuto, em seu art. 14, se encontrará realizando o delito de porte utilização permitida.

3.6 Porte ilegal de arma de fogo de uso proibido ou restrito

O art. 10, § 2º da Lei nº. 9.437 estabelecia uma sanção mais ampla para as situações onde a arma de fogo ou os acessórios empregados fossem de utilização

limitada ou proibida, contudo, no mesmo dispositivo igualmente versava sobre o porte, a posse, e a comercialização ilegal de armas de fogo.

O legislador na Lei nº. 10.826/03, entretanto, particularizou estas situações em uma única espécie e ampliou ainda mais sua sanção, determinando um diferenciado tratamento, em razão do mais amplo poder de destroço das armas de utilização restrita ou proibida, quanto às de utilização permitida. Igualmente introduziu como objeto material desta espécie penal, a munição, não obstante os acessórios e a arma de fogo de utilização limitada ou proibida, que já eram consagrados na norma anterior.

Tabela 03. Comparativo entre o art. 10, § 20 da Lei nº 9.437/97 e o art. 16, *caput* da Lei nº 10.826/03

Lei nº 9.437/1997	Lei nº 10.826/2003
§ 2º A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.	Art. 16. 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:
	Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

As mesmas figuras típicas consagradas pelo art. 14 do Estatuto do Desarmamento são previstas, no *caput* do dispositivo 14, inserindo somente o comportamento de “possuir”, que, na situação das armas de utilização permitida, se encontra determinada no art. 12 da norma em apreço.

A Lei nº. 10.826/03, desta forma, em relação as armas de utilização permitida, apresentou em artigos diferentes o porte e a posse ilegal, propriamente nos arts. 12 e 14, em relação às armas de utilização limitada ou proibida, apenas no art. 16.

Do mesmo modo como o art. 14, o delito do art. 16, igualmente refere-se a uma espécie mista alternativa, onde o desempenho de mais de um comportamento pelo autor, dentro do mesmo acontecimento fático, acarretará em um único crime. Tendo em vista ser um crime plurissubsistente, reconhece a tentativa, ainda que seja complicado o evento, já que há diferença de comportamentos estabelecidos na espécie.

Constitui um delito comum, de puro comportamento e perigo abstrato, onde a coletividade seria o seu sujeito passivo, em razão de que a norma objetiva amparar a incolumidade pública. Igualmente constitui um delito doloso que não demanda qualquer objetivo específico, mas que detém como componentes normativos da espécie o desempenho de um dos comportamentos previstos "sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Se não se encontrarem presentes estes componentes, será atípico o acontecimento.

O número de armas, acessórios ou munições de utilização limitadas ou proibidas achadas com o autor para a concretização deste crime, não tem importância. O delito será exclusivo, necessitando apenas o magistrado levar em conta o número de material descoberto, no momento em que for desempenhar o cálculo da sanção, esta questão igualmente se aplica ao delito do dispositivo 14.

Igualmente, conforme cita Silva (2005, p. 122), na situação de acontecer a: "[...] apreensão de armas, munições e acessórios de uso permitido e restrito ao mesmo tempo, o sujeito deverá responder apenas pelo crime mais grave, haja vista que a conduta continua sendo única e a vítima é atingida apenas uma vez".

No art. 16 do Estatuto do Desarmamento, determinou o legislador, em seu parágrafo único, seis típicas figuras que possuem direito ao mesmo tratamento apresentado ao porte ilegal de arma de fogo de utilização limitada, isto é, detém igual determinação de pena.

Alguns destes comportamentos já eram estabelecidos na legislação anterior, em seu art. 10, § 3º, somente a sanção estabelecida era menor, de multa e reclusão de 2 a 4 anos. Depois do surgimento da Lei nº. 10.826/03, o tratamento penal apresentado a estes comportamentos tornou-se mais rígido, ampliando-se a sanção penal para multa e 3 a 6 anos de reclusão.

Não obstante tal inovação, o Estatuto do Desarmamento apresentou outras mudanças, a exemplo da elaboração de outras três figuras penais, nos incisos IV a VI, e a retirada do comportamento previsto no inc. IV da norma anterior, que

começou a estabelecer um moderno comportamento típico, conforme se constata no quadro a seguir:

Tabela 04. Comparativo entre o art. 10, § 3º da lei nº 9.437/97 e o art. 16, parágrafo único da Lei nº 10.826/03

Lei nº 9.437/1997	Lei nº 10.826/2003
§ 3º Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem: I - suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II - modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito; III - possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização; IV - possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.	Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz; III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado; V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem

	autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.
--	---

É importante ressaltar que, mesmo que os comportamentos previstos no parágrafo único estejam inseridos no art. 16, que refere-se ao porte ilegal de arma de fogo de utilização limitada ou proibida, não denota que referem-se apenas as armas de fogo, munições e acessórios de utilização limitada. Verdadeiramente, estes comportamentos formam crimes independentes, onde o objeto material pode vir a ser tanto as munições, acessórios e armas de fogo de utilização permitida, quanto as de utilização limitada ou proibida, encontrando-se no dispositivo 16 somente para consequências de incidência de igual sanção penal.

Constitui uma inovada figura penal apresentada pelo Estatuto do Desarmamento, a espécie penal existente no art. 16, parágrafo único, inc. IV, que não se equipara com a estabelecida no inc. I, deste mesmo dispositivo, tendo em vista que, nele, penaliza-se o autor que eliminar ou modificar sinal de identificação da arma de fogo, enquanto que, neste crime, é punido o autor que fornecer, transportar, adquirir, portar, possuir arma de fogo onde a sua identificação foi adulterada, suprimida ou raspada.

Neste crime, o objeto material seria a arma de fogo cuja identificação foi adulterada, suprimida ou raspada, não se inserindo os artefatos explosivos, as munições ou acessórios nesta espécie típica.

4 O PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA

4.1 Arma, acessório e munição

Realiza clara e óbvia distinção, a Lei nº. 10.826, em meio a munição, acessório e arma de fogo. Os dispositivos 12, 14, 16, 17 e 18 apresentam em seu conteúdo, os seguintes termos, “arma de fogo, acessório ou munição”, de forma que a lei as distingue, contudo, penaliza do mesmo modo a pessoa que interage de forma ilegal qualquer um destes elementos.

Legalmente, a definição de arma de fogo é atribuída por meio do Decreto nº. 3.665/2000 que prevê no dispositivo 3º, inc. XIII, que arma de fogo seria:

[...] arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.

Sendo assim, é possível compreender que a Lei nº. 10.826 não possui qualquer aplicabilidade perante qualquer arma que não detenha as peculiaridades relatadas no mencionado artigo legal, de modo que as espingardas de pressão, armas de choque, besta, arco e flecha e tantas outras armas parecidas as de fogo não se encontram envolvidas pelo campo legal do Estatuto, empregando para tais situações, de forma subsidiária, o que prevê a Lei das Contravenções Penais, em seu dispositivo 19.

Em meio às armas de fogo, é necessário distinguir, da mesma forma como realiza a legislação, aquelas de utilização permitida daquelas de utilização limitada. São armas de fogo de utilização permitida, as consagradas pelo Decreto nº. 5.123/2004, em seu art. 10, onde as pessoas físicas ou jurídicas normalmente podem usar, segundo as regras de domínio do Exército. Compreendem as armas de utilização permitida naquelas em que qualquer indivíduo, detendo a liberação para aquisição e registro, pode deter.

Diversamente, das armas de utilização limitada, estas seriam aqueles de “uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do exército”,

segundo determinação do mesmo diploma legal, e seu dispositivo 11. Conforme se pode constatar por meio de uma fácil leitura do artigo, estas, distintamente das de utilização permitida, apenas podem ser compradas por certos indivíduos específicos, que necessitam encontrar anteriormente liberados pelo comando do Exército.

No Decreto nº. 3.665/2000 há a conceituação legal de acessório de arma, no inc. II do seu art. 3º, que estabelece assinalar acessório de arma qualquer elemento que, no momento em que conectado a arma de fogo, atribua ao atirador a probabilidade de uma melhor performance, permita a transformação de certa consequência complementar do tiro, ou ainda a altere de qualquer modo a peculiaridade visual da arma de fogo. Nesta direção, é possível compreender como acessório qualquer artefato que pode se vincular a arma de fogo e lhe permitirá maior eficácia ou transformação de sua exterioridade. Como exemplo é possível mencionar, o remuniador ou o silenciador, a mira telescópica.

A definição legal de munição é consagrada também pelo Decreto nº. 3.665/2000, em seu dispositivo 3º, inc. LXIV, entendendo que seria um “artefato completo, pronto para carregamento e disparo de uma arma, cujo efeito desejado pode ser: destruição, iluminação ou ocultamento do alvo; efeito moral sobre pessoal; exercício; manejo; outros efeitos especiais”. Examinada a definição de munição, é importante considerar a questão de que, apenas é compreendida desta forma, o objeto que se encontra acabado para o disparo e carregamento, isto é, o já totalmente montado o projétil e capaz de fabricar as consequências consagradas na norma. Nesta direção, compreende-se que, a pessoa que é pega, exemplificativamente, com cartuchos vazios e pólvora, se não existir sinais de que se encontre produzindo ou negociando munição ilegalmente, realiza comportamento atípico.

Ainda que os dispositivos 12, 14 e 16 realizem uma diferenciação entre munição e acessório de utilização permitida e limitada, a norma não apresenta qualquer conceituação ou distinção em relação a estes, se encontrando compelida, desta forma, a doutrina, de elaborar esta conceituação. O que vem sendo compreendido é que vale a norma geral empregada as armas de fogo, em relação a utilização permitida ou limitada, que seria, de utilização permitida aquele onde o uso é possibilitado a pessoas físicas ou jurídicas de um modo geral, conforme as regras do Exército, já as de utilização limitadas seriam aquelas que apenas é consagrada pelas Forças Armadas, por estabelecimentos de segurança pública, ou por pessoas

físicas ou jurídicas corretamente habilitadas, necessitando todas ser anteriormente liberadas pelo Exército.

Tal distinção entre a utilização permitida e utilização limitada é imprescindível, tendo em vista que aquele que se encontrar transportando acessório de utilização permitida, exemplificativamente, é enquadrado na espécie determinada no Estatuto do Desarmamento, em seu art. 14, podendo sofrer sanção de 2 a 4 anos de reclusão e multa, já a pessoa de transporta acessório de utilização restrita, possui seu comportamento submetido na espécie consagrada no mesmo diploma, em seu art. 16, podendo sofrer sanção de 3 a 6 meses de reclusão e multa.

Por último, é possível compreender que as espécies penais de posse ou porte de arma de fogo de utilização permitida ou limitada, previstas nos arts. 12, 14 e 16, assim como os delitos de comércio ilegal, em seu art. 17 e o de tráfico internacional de armas de fogo, no art. 18, formam espécies mistas alternativas, tendo em vista que a pessoa que realizar qualquer dos verbos relatados nas espécies, e com qualquer dos elementos materiais nela relatados, munição, acessório ou arma, encontra-se inserido na concerned espécie penal. Penaliza a legislação com a mesma severidade a pessoa que, exemplificativamente, transporta munição, arma e acessório, competindo ao juiz, quando da dosimetria penal, levando em conta as peculiaridades do delito consagrado no Código Penal, em seu dispositivo 59, considerar a periculosidade do comportamento e penalizar com menor ou maior severidade o caso. Não se deve penalizar com a mesma severidade, exemplificativamente, uma pessoa que porta um rifle e outro que transporta somente uma munição da mesma arma, ainda que se encontrem incursos na mesma espécie penal.

Adotando essa mesma concepção, independente da quantidade de munições, armas ou acessórios que o indivíduo transporte, exemplificativamente, não se deve dispor sobre mais de um delito, nem ao menos em delito ininterrupto, já que a espécie penal não diz respeito a quantidade de munição, armas ou acessórios, além disso, ocorreu um único comportamento e um particular dano a um exclusivo bem jurídico, a segurança pública. Neste mesmo contexto, uma pessoa que transporta uma munição, uma arma e um acessório, propriamente, será penalizado por um exclusivo delito, o de portar arma de fogo, de utilização permitida ou limitada, a depender da origem do objeto. Em tal situação igualmente, resta à criteriosa condição do juiz de avaliar a sanção segundo a periculosidade do comportamento

realizado. A respeito dessa questão, compreende o Supremo Tribunal de Justiça, do mesmo modo, no momento em que examina o Habeas Corpus 194697/SP, a saber:

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE. TRANSPORTE DE VÁRIAS ARMAS DE FOGO DE GROSSO CALIBRE (7), ALÉM DE MUNIÇÕES E CARREGADORES. ART. 16 DA LEI 10.826/03. CONFIGURAÇÃO DE CRIME ÚNICO. PRECEDENTES DA 5ª. TURMA DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, TÃO-SOMENTE PARA AFASTAR O CONCURSO FORMAL E FIXAR A PENA DO PACIENTE EM 6 ANOS DE RECLUSÃO (MÁXIMO LEGAL) E 120 DIAS MULTA, EM REGIME INICIAL FECHADO.

1. Segundo a jurisprudência da 5ª. Turma deste STJ, o crime de porte de mais de uma arma de fogo, acessório ou munição não configura concurso formal ou material, mas crime único, se ocorrido no mesmo contexto, porque há uma única ação, com lesão de um único bem jurídico: a segurança coletiva. Precedentes: HC 105.910/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJU 28.10.08; HC 44.829/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 29.09.05; é fora de dúvida que a pluralidade de armas indica a prática de conduta de elevada periculosidade a justificar aumento de pena, mas não enseja a multiplicação de delitos, de sorte a se ter uma infração para cada arma portada.

2. O alto grau de potencialidade lesiva das armas transportadas, a quantidade de munições e acessórios (1 espingarda, 3 submetralhadoras, 1 carabina semi-automática, 1 fuzil semi-automático, 2 rifles semi-automáticos e 1 metralhadora, bem como mais de 2.000 munições de grosso calibre e carregadores), além de o crime ter sido praticado em plena luz do dia, são circunstâncias desfavoráveis suficientes para se fixar a pena base no máximo cominado (6 anos de reclusão), e o regime inicial fechado, não merecendo qualquer tipo de alteração.

3. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para reconhecer a existência de crime único na hipótese e excluir da pena do paciente o acréscimo que decorrem do reconhecimento do concurso formal; a reprimenda corporal deverá ser resgatada em regime inicialmente fechado, apesar da pena fixada no mínimo legal, tendo em vista a fundamentação na sentença condenatória.” (STJ. HC 194697/SP. Rel: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. T5 – Quinta Turma. Julgamento: 14/06/2011).

Por último, é imprescindível destacar que para que seja empregado o princípio da alternatividade, demanda-se que os comportamentos se encontrem tipificados no mesmo artigo, a exemplo, da pessoa que transporta arma e raspa sua numeração, o mesmo responderá por delitos distintos, o que prevê o art. 14, caput e o art. 16, parágrafo único, inc. II, tendo em vista que neste caso, há comportamentos diferentes, danificando duas vezes o bem jurídico tutelados penalmente.

Deste modo, constata-se que há controvérsia quanto as espécies penais relacionadas as armas de fogo, geralmente em razão da dificuldade das espécies penais que para serem apropriadas, necessitam possuir informações procedimentais tantos dos campos exclusivos e administrativos que disciplinam as armas de fogo em relação ao concernente campo penal.

4.2 A tipicidade ou atipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada

Não se encontra previsto no Estatuto do Desarmamento a figura do porte ilegal de arma de fogo desmuniada, e por esta razão de não determinação é que aparecem os debates.

Diminuindo e colocando fim em certos debates apareceu o Estatuto do Desarmamento, contudo, tendo em vista que nem todos os delitos encontram-se estabelecidos no Estatuto, com este igualmente aparecem outras e disputadas discussões, sendo uma destas o elemento desta pesquisa.

O assunto seria que no momento que se versa sobre a liberdade particular dos indivíduos, direito este assegurado pela Constituição Federal de 1988, deve-se examinar a questão com cautela, e apenas empregar a sanção no momento em que esta seja verdadeiramente precisa.

Inúmeras são as explicações que se encontram em torno da atipicidade e tipicidade do mencionado comportamento, do porte ilegal de arma de fogo desmuniada. Contudo, o que se necessita examinar é que certas destas explicações são verdadeiramente falhas, e quando se penaliza uma pessoa por encontrar-se transportando uma arma de fogo inapta a realizar disparos apenas em razão desta arma trazer uma grande capacidade de ameaça para realização de outros delitos, encontrar-se-ia retirando o verdadeiro intuito do Direito Penal de penalizar verdadeiramente em último caso. Já que não é apenas a arma que possui grande capacidade de intimidação, e sim outros elementos, exemplificativamente, uma faca, e esta nem sequer é penalizada pelo legislador.

Examinando perante este ponto de vista, não se poderia sancionar uma pessoa que realizasse certo comportamento, já que por mais que a arma possua uma grande capacidade de ameaça para a realização de outros delitos, o intuito do

legislador não fora de impedir a chantagem para a realização de outros delitos, mas sim, do amparo a incolumidade pública.

Inclusive seria possível penalizar a pessoa por este já haver sido condenado previamente à questão, condenação esta em delito contra o patrimônio, e por meio deste fato idealizar que com uma arma desmuniada e com esta condenação a pessoa já haveria se tornado uma personalidade direcionada para o delito. Sendo assim, empregar-se de tais esclarecimentos seria retroceder e retornar aos sistemas totalitários que instigam a dessemelhança e a crueldade, empregando-se de um Direito Penal do autor e não do acontecimento.

É possível esclarecer igualmente a explicação dada pela Ministra Ellen Gracie no já citado Habeas Corpus nº. 95.073 de Mato Grosso Do Sul, onde constituiria um delito de mera conduta, um delito de perigo abstrato, sendo necessário somente o acontecimento de comportamento previsto no tipo para que a pessoa venha a ser penalizado.

Também em seu esclarecimento, a Ministra Ellen Gracie, na decisão acima citada, menciona o entendimento de Capez, destacando igualmente que a finalidade do legislador seria de penalizar esta espécie de comportamento em seu surgimento.

Entretanto, no momento em que examinada a obra de Capez (2005, p. 48), fora possível visualizar que com um esclarecimento prévio a este, no momento em que o autor versa mais propriamente do porte ilegal de arma inidônea a fabricação de tiros, e foi enorme a surpresa que se teve no momento em que versa sobre este comportamento, compreende o doutrinador como crime impossível, realizando igualmente a menção do princípio da lesividade, que necessita ser empregado para separar certos delitos, já que os crimes de perigo abstrato não devem ser vistos como absolutos.

Certamente empregar a atual doutrina do Direito Penal como realizaram os Ministros Cezar Peloso e Sepúlveda Pertence, parece ser a melhor alternativa para este fato. Contudo, ao ter conhecimento do Protocolo Contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo finalizando a Convenção das Nações Unidas, em desfavor do crime organizado transnacional, consagrado em 31 de maio de 2001, pela assembléia geral, e adotada em 11 de julho de 2001, pelo Brasil, a denominada Convenção de Palermo, alguns argumentos são derrubados. Ocorre que, a decisão da Corte Suprema encontra-se fundamentada no que previa a Lei nº. 9437/1997.

Quando se examina que o comportamento de porte ilegal de arma de fogo desmuniada constitui uma atipicidade, tendo em vista não realizar qualquer perigo ao seu objeto tutelado juridicamente, que seria a incolumidade pública, e também verificada essa atipicidade perante uma potencialidade danosa do objeto se encontraria acabando praticamente todos os delitos consagrados pelo Estatuto do Desarmamento.

É signatário o Brasil da Convenção de Palermo (PROTOCOLO, 2001), possuindo como finalidade versar sobre delitos transnacionais, em seu protocolo, que retrata sobre o tráfico ilícito de armas de fogo, qualquer modalidade de arma descoberta em posse ou porte ilegal, demonstrar-se-ia no tráfico ilícito de armas, não demandando para isso a apreciação da potencialidade danosa da arma, de acordo com Thums (2005, p. 41), a saber:

Artigo 3º, alínea e, Tráfico Ilícito significa importação, exportação, aquisição, venda, entrega, transporte ou transferência de armas de fogo, suas peças e componentes e munições desde ou através do território de um Estado Parte para território de outro Estado Parte, caso qualquer dos Estados Partes, em questão não o autorize de conformidade com os termos destes Protocolo, ou caso as armas de fogo estejam marcadas de conformidade com o artigo 8 do presente Protocolo.

Contudo, se existisse a indispensabilidade examinar a potencialidade danosa de cada arma apreendida no tráfico de armas, não existiria mais o delito de tráfico de armas sem previamente se empregar de uma análise da potencialidade danosa do mencionado componente já que, as armas que fossem apreendidas desmuniadas ou sem capacidade de aferir lesividade não assalariam o delito, sendo indispensável um exame cauteloso de cada situação.

Desta forma, igualmente não se deveria penalizar uma pessoa que estivesse transportando somente uma munição, já que esta seria inutilizável sozinha. Ao examinar o Habeas Corpus nº. 90075/SC, o relator Ministro Eros Grau, indeferiu o recurso do recorrente que estava transportando munição, ao compreender que o legislador ao estabelecer o delito de porte de munição possuía a finalidade de penalizar ele somente, sem citar sua potencialidade danosa (INFORMATIVO 457 STF).

Sendo assim, se penalizar uma pessoa com uma arma desmuniada seria violar o princípio da lesividade, conforme explicou o Ministro Eros Graus que votou

pela tipicidade deste comportamento, neste contexto penalizar uma pessoa transportando somente munições seria violar ainda mais este mesmo preceito, já que se uma arma desmuniada não acarreta dano, muito menos perigo de dano ao bem jurídico amparado pelo Estatuto do Desarmamento, quanto mais somente uma munição.

Constitui-se algo controverso as explicações apresentadas pelo Ministro Eros Graus, que promovendo ser um delito abstrato o porte de arma de fogo desmuniada, não demandando desta forma, para sua concretização, dano imediato ao patrimônio jurídico amparado e um crime de perigo concreto, o porte ilegal de arma de fogo sem munição (INFORMATIVO 457 STF).

Com isso conclui-se que ou penalizam-se os comportamentos consagrados no Estatuto do Desarmamento sem ressalvas, não pela capacidade de ameaça que certos elementos podem acarretar para realização de outros delitos, e sim por ter sido a finalidade revelada pelo legislador mais obviamente no momento em que inculpa o porte de munição que não possui potencialidade danosa se transportada de modo isolado. Ou também, reescreve o conteúdo apresentado ao estatuto submetido este a presença de avaliação que confirme a potencialidade de todos os elementos vedados por este, descriminalizando desta forma, comportamentos que não possuam potencialidade danosa.

4.3 O entendimento da doutrina quanto ao crime de porte de arma de fogo sem munição

Em relação à questão o entendimento da doutrina quanto à probabilidade dos delitos de porte de arma de fogo sem munição e posse de munição, em razão do preceito da ofensividade, serem ou não entendidos como comportamentos que não são abrangidos pelo Direito Penal, igualmente não constitui algo uniforme, tendo em vista que há concepções diferentes em relação à questão apreciada neste trabalho.

Exemplificativamente, o entendimento de Ferreira (2009, p. 1), sobre este assunto seria que:

Com a devida vênia, entendemos divorciada da realidade a corrente interpretativa que pugna no sentido de considerar atípico o fato de o indivíduo portar arma de fogo desmuniada. Ora, acaso prevaleça esse entendimento, qualquer pessoa poderá andar armada, desde

que tome o cuidado para não ser flagrada portando a munição, não estando sujeita a qualquer sanção por conta dessa conduta. Qualquer valentão poderá, por exemplo, andar com um revólver no carro ou mesmo na cintura, deixando a munição escondida até o momento que precise lançar mão da mesma.

Parcela dos doutrinadores igualmente compreendem que para a efetivação dos crimes examinados é preciso tanto a confirmação da perícia da capacidade do elemento, isto é, da potencialidade danosa da arma empregada, quanto do exame valorativo da presença de comportamento elaborador de perigo vedado importante, expressado na reunião de arma de fogo já com munição ou municada a pronto alcance, com base no preceito da disponibilidade.

Nesta mesma linha de pensamento, encontra-se o julgamento de Silva (2009, p. 1) que argumenta:

[...] por todo o exposto, conclui-se, com fundamento no princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), no sentido de que, para a caracterização do tipo penal seja de porte ilegal de arma de fogo seja pela simples posse de munição, é imperiosa tanto a constatação pericial da idoneidade do objeto, ou seja, do potencial lesivo do armamento utilizado, quanto a análise valorativa da existência de conduta criadora de risco proibido relevante, consistente na conjugação de arma de fogo já municada ou com munição a pronto alcance, com fulcro no princípio da disponibilidade.

Já segundo entendimento de Aguiar (2007, p. 1) “atualmente, é crime o porte ilegal de arma, isoladamente, ou seja, sem munição, e o porte de munição, isoladamente, ou seja, sem estar inserida em uma arma”.

Através desta concepção, o autor segue o entendimento dos autores que compreendem que estes delitos são de mero comportamento e de perigo abstrato, fato que separa a indispensabilidade da confirmação do risco em concreto. Com este mesmo julgamento, está o exame de Resende (2006, p. 1) que assim dispõe:

A única chama ainda acesa de possibilidade de dizer que o porte de arma desmunicada é fato atípico, sob a regência do novo Estatuto do Desarmamento, seria concluir pela inconstitucionalidade de previsão de crimes de perigo abstrato ou pela conclusão de que a punição do porte desmunicado fere um princípio constitucional da ofensividade no Direito Penal. Entretanto, como explorado em linhas volvidas, o próprio STF já vocalizou que a simples previsão de crimes de perigo abstrato não ofende a ordem constitucional devendo o princípio da ofensividade ser usado apenas como válvula de escape interpretativa para excluir da incidência penal condutas que não

necessariamente quis o legislador reprimir. No caso, sob o nosso modesto olhar, o legislador quis criminalizar o porte de armas desmuniçadas na lei 10.826/03, dando cabo a qualquer discussão.

No momento em que trata a respeito deste assunto Capez (2006, p. 44) descreve que tendo em vista que as espécies penais do Estatuto do Desarmamento, não citam, em nenhum momento, como componente indispensável a caracterização típica, a confirmação da concreta demonstração de outrem a perigo, basta ao desenvolvimento do comportamento para que se possua por concretizados os ilícitos.

Compreende Giaretta (2010, [s/p]) de um modo diverso, ao expressar que “[...] o porte de arma de fogo desmuniçada, apesar de haver posicionamentos divergentes, não pode ser considerado crime”. Argumenta o autor esta concepção, já que compreende que a potencialidade danosa constitui uma questão decisiva para a incidência do crime de porte de arma.

Com este mesmo pensamento Gomes e Donati (2009, [s/p]) descrevem que tanto o delito de arma de fogo sem munição quanto o de posse de munição não devem ser compreendidos como ilícitos penais, já que compreendem que:

Materialmente essa conduta não pode ser reputada como delitiva. Considere-se, ademais, que o bem jurídico protegido não é a simples autorização administrativa ou permissão do Estado para portar arma de fogo ou munição. Os bens envolvidos são pessoais e de grande relevância (vida, integridade física, patrimônio etc.).

Na finalização do exame do entendimento dos doutrinadores, constata-se que esta igualmente não detém concepção unificada quanto a questão pesquisada, tendo em vista que há julgamentos diferentes, que em um momento argumentam ser um acontecimento típico o porte de arma de fogo sem munição e a de munição como delito em outros recusam tal probabilidade.

4.4 O entendimento do Supremo quanto ao crime de porte de arma de fogo sem munição

A respeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto os delitos de posse de munição e de porte de arma de fogo desmuniçada diante do princípio da ofensividade, é importante assinalar que na apreciação do Recurso Ordinário do

Habeas Corpus nº. 81.057-8, o órgão colegiado, por maioria na decisão, compreendeu que o porte de arma de fogo sem munição não seria uma violação penal.

Nessa situação, foi voto-vencido, o da Ministra Ellen Gracie, ainda que tenha compreendido na direção de que:

[...] o fato de estar desmuniado o revólver não o desqualifica como arma, tendo em vista que a ofensividade de uma arma de fogo não está apenas na sua capacidade de disparar projéteis m causando ferimentos graves ou morte, mas também, na grande maioria dos casos, no seu potencial de intimidação.

Sendo assim, predominou na apreciação o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence que argumentou que:

[...] no porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica. (STF. RHC. n. 81057/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ. 29.04.2005).

No exame do Recurso Ordinário do Habeas Corpus nº. 91.553-1/DF, o Supremo Tribunal Federal, entendeu de um modo diferente, tendo em vista que nele convencionou que seria dispensável a questão da arma de fogo encontrar-se com munição para a caracterização do crime de porte ilegal de arma de fogo, que abstrai da revelação de risco real, com base no que prevê a Lei nº. 9.347/1997, a saber:

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CARÁTER DE PERIGO ABSTRATO DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Donde a irrelevância de estar muniada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real. 2. Recurso improvido. (STF. RHC. 91.553-1/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. DJ. 20.08.2009).

Continuando com o exame da concepção da Corte Suprema quanto aos delitos de porte de munição e o porte de arma de fogo diante do princípio da ofensividade, é importante destacar que na apreciação do Habeas Corpus nº. 99449/MG entendeu o tribunal que a arma de fogo sem munição, sem possibilidade imediata de munição constitui um acontecimento atípico em razão da ausência de ofensividade.

Neste exame a deliberação igualmente foi por maioria de votos, já que mais uma vez foi vencido o entendimento da Ministra Ellen Gracie, que compreende que para ser efetivado o delito de arma de fogo é necessária somente a arma.

O Supremo Tribunal Federal, quanto à posse de munição, compreendeu no exame do Habeas Corpus n. 96532/RS, que a detenção de munição constitui comportamento formalmente típico, segundo prevê o Estatuto do Desarmamento, em seu art. 16, no entanto, perante a falta de potencialidade danosa da munição apreendida, não acompanhada de arma de fogo, constata-se a atipicidade material dos acontecimentos, conforme se visualiza a seguir:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 16 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/03). PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DOS FATOS. ORDEM CONCEDIDA. I - Paciente que guardava no interior de sua residência 7 (sete) cartuchos munição de uso restrito, como recordação do período em que foi sargento do Exército. II - Conduta formalmente típica, nos termos do art. 16 da Lei 10.826/03. III - Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. IV - Ordem concedida. (STF. HC. n. 96532/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ. 27.11.2009).

Novamente a decisão se realizou por maioria dos votos, sendo vencido o voto do Ministro Marco Aurélio que discordou do entendimento consagrado pelo argumento vencedor.

Desta forma, em razão do que foi exposto a respeito do entendimento da Suprema Corte brasileira a respeito da questão examinada, é possível dispor que não há um único entendimento no tribunal, em uma ou em outra direção, tendo em vista que divergem os ministros em relação a probabilidade do delito de arma de fogo sem munição formar um ilícito penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constitui o princípio da ofensividade em uma das principais bases do progresso para um Direito Penal atual com fundamentos garantistas, que procura colaborar para a eficácia do Estado Democrático e Constitucional de Direito. É possível conceituá-lo como sendo a demanda de que apenas os acontecimentos danosos, ou ainda lesivos, ou efetivamente arriscados, aos bens jurídicos mais importantes é que podem ser objeto de criminalização e de posterior sanção penal. Sendo assim, a sua atual função de delimitador do poder de punir do Estado, inicia-se logo no período da concretização da norma penal, empregando-se na direção de impossibilitar a criminalização de comportamentos vistos como inofensivos ou que não oferecem um verdadeiro risco aos mais importantes bens jurídicos.

Tem-se o conhecimento que o Poder Público emprega o direito penal como principal ferramenta de uma política social de efetivação das finalidades da Constituição Federal. Sendo assim, o direito penal não constitui uma demanda natural, ética, transcendental de qualquer forma, ou ainda sem dúvida, seria sim, uma possibilidade política com direcionamento a garantir a conservação de certas pretensões fundamentais. Deste modo, para amparar bens e pretensões de enorme importância social e impedir a violação das regras, o Estado determina a mais ofensiva penalidade jurídica por meio da incriminação de determinados comportamentos e emprego de sanções.

Sancionada pelo Congresso Nacional, em 22 de dezembro de 2003, a Lei nº. 10.826, apareceu depois de um grande tempo de debates e discussões na coletividade, onde restou cada vez mais claro o descontentamento da sociedade em relação a direção da violência no Brasil. Como uma correta caixa de visualização da sociedade brasileira, o Congresso Nacional, onde repercutem seus desejos e demandas, não poderia ficar inerte tal contexto. Era necessário consagrar a altura aos desejos da sociedade, onde a enorme parcela da violência é realizada por armas de fogo no Brasil. Sendo assim, surge o Estatuto do Desarmamento, uma norma cuja designação abrange a busca cívica no sentido da edificação de uma coletividade mais protegida e mais equitativa, onde as importâncias da vida e da paz abusem perante a particularização e banalização da violência.

A mencionada legislação estabelece, propriamente, em seus dispositivos 12 e 14, o que será considerado como delito, onde uma pessoa que possua ou porte uma

arma de fogo em desconformidade com previsão legal ou disciplinar. Incrimina também, o dispositivo 16 deste Estatuto, com maior rigorosidade, a pessoa que tenha ou porte uma arma de fogo de utilização limitada, que seriam armas que apenas certos indivíduos poderiam possuir ou portar.

Entretanto, existem inúmeros debates em volta da tipicidade ou não do comportamento de portar arma de fogo sem munição. E esta questão acontece já que tanto a doutrina como as cortes brasileiras diferenciam o entendimento a respeito do comportamento de transportar arma de fogo sem munição serem ou não questões que se amoldam ao que determina como delito o Estatuto do Desarmamento, em seus arts. 14 e 16.

A realidade não é outra no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que para determinados ministros o comportamento de portar uma arma de fogo sem munição constitui um delito, e para outros não. Segundo entendimento da Ministra Ellen Gracie não existe imprecisão de que estes comportamentos são típicos, entretanto, não reconhecem esse entendimento os Ministros Carlos Ayres Brito e Cesar Peluso. Acontece que, este entendimento pode ser modificado tendo em vista que alguns destes Ministros encontram-se com a aposentadoria muito próxima.

O entendimento da doutrina não é distinto, já que nela igualmente há concepções controversas quanto o assunto examinado neste estudo, já que para certos autores o comportamento de deter uma arma de fogo sem munição não deve ser visualizados como delitos em razão da ausência de lesividade desta. Para outros autores o comportamento mencionado são sim condutas delituosas, já que por serem delitos de mera conduta e de perigo abstrato não necessitam de confirmação do concreto dano ao patrimônio jurídico amparado.

Sendo assim, constata-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência detêm séria controvérsia quanto a temática, que verdadeiramente é de complicado exame, tendo em vista que se verdadeiramente for levado em conta o princípio da ofensividade, não se deve concluir pela ilegalidade do comportamento. E este fato se realiza porque a conduta não possui a aptidão de oferecer danos a incolumidade pública, que seria o bem jurídico amparado pela regra penal que penaliza a figura penal examinada.

Entretanto, mesmo que esta questão seja uma verdade, também não se deve esquecer que muitas ilegalidades derivam da utilização de armas de fogo, conforme constatado, há parte da jurisprudência e doutrina que compreende ser indispensável

a penalização do delito examinado, numa óbvia situação de amparo as pretensões da coletividades.

Compreender que uma arma desmuniada, de brinquedo ou quebrada como capaz de acarretar um dano seria ultrapassar a própria definição de tipicidade do Direito Penal. Entretanto, deve-se amparar a incolumidade pública, tendo em vista a necessidade e a obrigação de segurança. Conferir a norma, contudo, a figura de ente multifacetário de luta ao crime é inverter um vínculo lógico.

Com isso, resta claro que o amparo à incolumidade é importante, a efetivação dos direitos dos homens igualmente, já que restou claro ser a mesma o melhor comedimento preventivo para o crime. Contudo, compete a diferenciação dos acontecimentos pelo juiz, que necessitará compreender pela possibilidade de dano, já que, mesmo o juiz, não possui qualquer direito de danificar a Constituição.

Por isso entende-se que deve-se examinar cada situação, já que se uma pessoa for, exemplificativamente, parada em uma blitz e estiver com uma arma no interior do seu veículo sem munição, aquele objeto não se encontra lesando bem jurídico algum, contudo, se esta mesma arma for utilizada para um roubo, traz sim ameaça ao bem jurídico tutelado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O crime de porte ilegal de arma sem munição. Quando o desejo tenta desbancar a realidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1577, 26 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10575>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. 2. ed. rev. e atualizada da 8. ed. italiana, v. 1 e 2. São Paulo: RT, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 15ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Direito penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOECHAT, Marcos. A tipicidade do crime de porte de arma de fogo desmuniada. **ESINF**. Texto de apoio. Disponível em: <<http://www.esinf.com.br/texto-de-apoio-detallhes/?id=12>>. Acesso em: 18 mai. 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 61, p. 44-121, julho-agosto 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000**. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3665.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014.

_____. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3688.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. **Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004**. Regulamenta a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5123.htm>. Acesso em: 03 abr. 2014.

_____. **Informativo 48** - Estatuto Desarmamento - STF - Vedação Liberdade – Inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=187>>. Acesso em: 18 mai. 2014.

_____. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014.

_____. **Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997**. Institui o Sistema Nacional de Armas - SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9437.htm>. Acesso em: 04 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC. n. 81057/SP**. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ. 29.04.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=arma+de+fogo+e+ofensividade&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 abr. 2014

_____. STF. **RHC. 91.553-1/DF**. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. DJ. 20.08.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=arma+de+fogo+e+ofensividade&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. STF. **HC. n. 96532/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ. 27.11.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=arma+de+fogo+e+ofensividade&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

CALLEGARI, André Luís. Delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato – Algumas considerações sobre a contravenção prevista no artigo 34. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 748, p. 504-508, fev. 1999.

CAPEZ, Fernando. **Estatuto do Desarmamento**: comentários à Lei nº 10.826, de 22-12-2003. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Estatuto do desarmamento**: comentários à lei 10.826, de 22-12-2003. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, Marcela Baudel de. O porte ilegal de arma de fogo desmuniada e a atual jurisprudência do STF. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44112&seo=1>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1988.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo**. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAZ, Denise Nóbrega. Crimes de Perigo Abstrato: A tutela dos bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno. 2006. 46 f.. Monografia (Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público) – **Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, 2006.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Atualidades sobre porte de arma de fogo desmuniada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2261, 9 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13471>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Lições de direito penal: a nova parte geral**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GIARETTA, Francisco Secco. Uma revisão sobre o crime de porte de arma de fogo desmuniada. **Webartigos**. 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/52896/1/Uma-revisao-sobre-o-crime-de-porte-de-arma-de-fogo-desmuniada/pagina1.html>>. Acesso em: 02 mai. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; DONATI, Patricia. **Arma sem munição não é crime** (diz Segunda Turma do STF) 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1408084/arma-sem-municao-nao-e-crime-diz-segunda-turma-do-stf>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

_____; VANZOLINI, Maria Patrícia. **Reforma criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. **Curso de direito penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

INFORMATIVO 457 DO STF. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=INFO&s11=Porte+de+Muni%E7%E3o&u=http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/default.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=INFON&p=1&r=1&f=G&=20>>. Acesso em: 02 mai. 2014.

JESUS, Damásio De. **Crimes de Trânsito**. Editora Saraiva. 6ª edição, 2006.

_____. **Direito Penal do Desarmamento**: anotações à parte criminal da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento). 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Princípio da ofensividade como pressuposto do jus puniendi. **Enfoque sobre o conceito material do delito à luz da Constituição Federal de 1988**. 2007. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2007/luizfernandokazmierczak/principiodaofensividade.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

MAGGIORE, Giuseppe. **Direito Penal**. 5. ed. v. 1. Bolonha: 1994.

MATOS, Joana Sarmento de; SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Política criminal e intervenção mínima. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2662, 15 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17629>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal I, parte geral**. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do Direito Penal**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PROTOCOLO contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo da **Convenção de Palermo**. Disponível em: <www.oas.org/juridico/MLA/pt/traites/pt_traites-protocol-um_toc3.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

REZENDE, Reinaldo Oscar de Freitas Mundim Lobo. Da rediscussão pelo Supremo Tribunal Federal da criminalização do porte de arma desmuniada e o Estatuto do Desarmamento. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1002, 30 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8175>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago.-set. 2006.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, César Dário Mariano da. **Estatuto do Desarmamento**: de acordo com a Lei nº 10.826/2003. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Liliana Buff de Souza e; SILVA, Luiz Felipe Buff de Souza e. **Estatuto do desarmamento**: comentários e reflexões. Breve histórico sobre legislação de armas de fogo no Brasil, o estatuto do desarmamento e a ordem constitucional. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral: arts. 1º ao 120. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Penal**. Parte Geral – I (arts. 1ª a 31 do Código Penal). Princípios Constitucionais, Teoria da Lei Penal e Teoria do Crime. 1. ed. v.1. São Paulo: LED, 1996.

THUMS, Gilberto. **Estatuto do desarmamento**: fronteiras entre racionalidade e razoabilidade, comentários por artigos (análise técnica e crítica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. Ed. Saraiva: São Paulo. 1994.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**, parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.