

Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais | FAJS

ANDERSON LUIS LIMA DA SILVA

**A TIPICIDADE DO PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA EM
FACE DO PRINCÍPIO PENAL DA OFENSIVIDADE**

BRASÍLIA

2014

ANDERSON LUIS LIMA DA SILVA

**A TIPICIDADE DO PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA EM
FACE DO PRINCÍPIO PENAL DA OFENSIVIDADE**

Trabalho de conclusão de curso a ser
apresentado à Coordenação de Direito do
Centro Universitário de Brasília- UniCeub
como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito

BRASÍLIA

2014

A todos que acreditam que a sede de conhecimento é capaz de elevar o espírito e contribuir para a construção de uma sociedade melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu melhor amigo, Jesus Cristo, pelo inestimável apoio e por ser o primeiro a acreditar em mim e plantar em meu coração que um dia alcançarei graus maiores. Sem Ele, nada faria.

Agradeço, também, à minha família que cooperou veementemente à realização deste trabalho e à conclusão do curso de Direito, cada um com o talento que Deus doou: minha mãe, pela sabedoria que me transmite em todas as manhãs através de ensinamentos ainda presentes e essenciais em minha vida; ao meu pai pelo brilhantismo ao me iniciar na ciência do Direito e pelo crédito dado ao meu esforço e ao meu irmão pelo exemplo raro de dedicação nos estudos.

Agradeço aos meus falecidos avôs e avós e à minha avó materna pela memória e ternura que a presença de cada um se faz em minha vida.

Agradeço aos demais familiares e amigos que compartilham a alegria desta conquista.

Agradeço à minha noiva pela confiança, admiração, e apoio na realização de meus projetos, além das interrupções necessárias para me fazer viver o melhor da vida: o amor.

Agradeço aos professores do UniCeub pela amizade e convívio ao longo desses anos.

Agradeço, finalmente, à família TJDFT, servidores e magistrados, os quais conviveram comigo durante este trajeto, pelo carinho, paciência e exemplo de dedicação para se alcançar o real sentido do Direito: a justiça.

RESUMO

O trabalho aborda a discussão doutrinária e jurisprudencial da tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada, considerando o princípio da ofensividade, que limita a pretensão penal estatal quando o bem jurídico sobre o qual recai a conduta criminosa não é atingido. A partir da tipificação de crimes de perigo abstrato, como o porte ilegal de arma, surgiram indagações quanto à lesividade dos tipos neles previstos e da efetiva proteção penal para a sociedade quando se incrimina tal conduta, principalmente, em relação ao tipo em comento, quando a arma de fogo encontra-se desmuniada, pois perde a sua potencialidade lesiva. O presente trabalho pretende continuar a discussão existente na doutrina, porém inovando teses argumentativas atuais ao abordar a teoria da tipicidade conglobante, criada por Eugênio Raul Zaffaroni.

Palavras-chave: Tipicidade, arma de fogo desmuniada, ofensividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O ESTATUTO DO DESARMAMENTO E O CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO	11
1.1 Breve aspecto histórico	11
1.2 Conceito de crime	13
1.3 Elementos estruturais do tipo	15
2 TEORIA GERAL DO DELITO	17
2.1 Sistema clássico	17
2.2 Sistema neoclássico	20
2.3 Sistema finalista	21
3 PRINCÍPIOS PENAIS RELEVANTES.....	24
3.1 Estudo de caso	24
3.2 Princípio da ofensividade	28
3.3 Princípio da adequação social	32
3.4 Corrente contrária à tipicidade da conduta	34
4 BEM JURÍDICO E A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE	37
4.1 Definição de bem jurídico	37
4.2 Teoria da tipicidade conglobante	40
4.3 Corrente favorável à tipicidade da conduta.....	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

O objetivo desta monografia é debater a tipicidade da conduta de portar arma de fogo desmuniada, considerando o princípio da ofensividade, utilizando o método exploratório e descritivo, com fulcro em julgados dos tribunais, doutrina e legislação.

De acordo com o Estatuto do Desarmamento, o crime de porte ilegal de arma de fogo, pune aquele que portar, deter, adquirir, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal regulamentar. (Lei 10.826/03, artigo 14). À primeira vista, pode-se afirmar de forma inequívoca que o fato de portar arma desmuniada também é crime, considerando que se trata de um delito de perigo abstrato, que não demanda uma lesão efetiva ao bem jurídico tutelado, sendo suficiente a potencialidade de um dano, inerente à conduta praticada pelo agente.

O assunto é polêmico e alvo de intenso debate no mundo jurídico, uma vez que uma arma de fogo desmuniada não implica risco penalmente ofensivo à sociedade, por se tratar de crime de perigo abstrato. Destaca-se que, ao se aferir a tipicidade da conduta, comungam com as regras positivadas no ordenamento jurídico os princípios que guiam a aplicação daquelas. E o Direito Penal, como todo ramo do direito, possui regras e princípios que limitam e norteiam a correta aplicação das regras vigentes, assegurando os direitos e garantias individuais de cada cidadão, bem como o cumprimento das leis, que asseguram a manutenção da pacificação social. Assim, desde a criação das normas penais, as quais tipificam as condutas humanas como delito, devem ambos serem observados, de modo a conferir a sua eficácia.

A pesquisa visa aferir, portanto, a tipicidade do porte de arma de fogo desmuniada em face ao princípio penal da ofensividade. Pretende-se indagar se há, de fato, lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal correspondente, em razão da ausência da potencialidade lesiva de uma arma de fogo desmuniada, mas capaz de realizar disparos.

O primeiro capítulo aborda em breves linhas o contexto histórico do Estatuto do Desarmamento, ressaltando a demanda da sociedade por maior normatização e rigidez da pena, ante a crescente criminalidade envolvendo uso de armas de fogo, o que resultou em nova definição jurídica da conduta. Em seguida, será esclarecido o conceito de crime, sob a ótica formal, material e analítica, esclarecendo a contribuição de cada uma no processo legislativo e sua influência hermenêutica, além de estabelecer quais são os elementos estruturais do tipo penal, relacionando-os com o tipo em comento.

Para a abordagem histórica do crime em comento será utilizada a própria legislação, correlacionando-a com dados estatísticos e o aumento da criminalidade. Para elucidar as concepções do crime serão consultadas as obras dos doutrinadores clássicos, buscando ilustrar a estrutura do tipo penal em comento.

No segundo capítulo será estudada a evolução da teoria geral do delito, desde o sistema clássico até o finalístico, ilustrando suas origens e a evolução com base nas ideologias históricas, além de apontar eventuais falhas e correções realizadas pelas teorias sucessivas.

O capítulo terceiro aborda o tipo de porte ilegal de arma de fogo com maior profundidade, relacionando-o com a teoria da ofensividade, que exige efetiva lesão ao bem jurídico, com abordagem crítica dos crimes de perigo abstrato. Para melhor ilustrar essa posição crítica será feita análise de caso- Agravo em Recurso Especial Nº 397.473 – DF – procurando demonstrar a importância do referido princípio, normalmente abordado de maneira superficial, sem correlacioná-lo com o conceito de bem jurídico, o que permite concluir pela criminalização ou não da conduta. Será pesquisada ainda a Teoria da Adequação Social de Hans Welzel e da Imputação Objetiva de Claus Roxin, na qual a corrente constitucionalista se ancora para fundamentar sua tese, o que permitirá explorar os diversos entendimentos já manifestados pelas Cortes Superiores, e a posição doutrinária ancorada nas referidas teorias e princípios.

Para melhor compreender o Princípio da Ofensividade, foi realizada a leitura das obras de Luiz Flávio Gomes, por ser um dos poucos doutrinadores que se aprofunda no assunto. Buscou-se ainda apoio à leitura de Códigos comentados, correlacionando o pensamento dos autores com a jurisprudência. Também se

utilizou de manuais de Direito Penal para abordar a evolução da Teoria da Ação até a Teoria da Imputação Objetiva de Claus Roxin, estudada com maior precisão por Cesar Roberto Bittencourt. É claro que um trabalho dessa envergadura não poderia dispensar a leitura das próprias obras do jurista alemão, idealizador da teoria.

O quarto capítulo aborda a importância de definição de bem jurídico, diante dos princípios abordados anteriormente, analisando-se a Teoria da Tipicidade Conglobante de Zaffaroni, e a sua importância e a distinção com a Teoria da Adequação Social. Por fim, para melhor esclarecer aquela teoria, serão estudadas as obras do próprio Zaffaroni e, em seguida, uma vez conhecidos esses tópicos, serão estudados precedentes dos tribunais e a opinião da doutrina, examinando numa visão crítica as diversas posições.

Para alcançar esses objetivos propostos, realizou-se a leitura de diversos doutrinadores, analisando a evolução das idéias ao longo do tempo, verificando qual hermenêutica deve prevalecer como a mais adequada, em face da interpretação literal do artigo 14 da Lei 10.826/03 e do princípio da ofensividade. Buscou-se assim o contraponto entre autores que se posicionam pela tipicidade do porte de arma de fogo desmuniada e dos que são contra, em cotejo com as decisões do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais estaduais.

As categorias que motivaram o levantamento das informações para a elaboração do projeto são, além do próprio tipo penal do porte ilegal de arma de fogo, positivado no artigo 14 da Lei 10.826/03, o princípio da ofensividade, teoria da ação, teoria da imputação objetiva e teoria da tipicidade conglobante.

No tocante à metodologia, foi de natureza jurídico-teórica, pois acentua aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários da tipicidade penal.

Quanto às vertentes metodológicas de pesquisa, foram usados os tipos exploratório e descritivo. Quanto ao primeiro, em razão do estudo de levantamento de doutrinas, coletas de jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e percepções gerais sobre os fenômenos abordados; o segundo refere-se ao próprio foco de abordagem, isto é, toda a pesquisa subsequente será desenvolvida numa perspectiva analítica de decomposição do problema jurídico, em seus diversos aspectos, relações e níveis.

Assim, espera-se que a conclusão seja satisfatória para todos os leitores, permitindo uma visão crítica sobre o tema.

1 O ESTATUTO DO DESARMAMENTO E O CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO

Neste capítulo será abordado o contexto histórico do Estatuto do Desarmamento e esclarecida as diversas concepções do conceito de crime, informando a contribuição de cada uma, além de estabelecer quais são os elementos estruturais do tipo penal, relacionando-os com o porte ilegal de arma de fogo.

1.1 Breve aspecto histórico

“Os homens estão naturalmente em estado de guerra, por isso carregam armas e trancam suas portas” (HOBBS, 2000, p. 6). Considerando essa premissa, o filósofo afirma que a pacificação social somente seria atingida através de um contrato social, ou seja, um pacto voluntário firmado entre todos, os quais renderiam parte de sua liberdade natural em favor do Estado, o qual seria, então, responsável pela manutenção de um convívio social harmonioso. Desta forma, o Estado garantidor protege seus cidadãos de seus próprios pares e, soberano e invencível que é por natureza, puniria o transgressor do pacto social, a fim de restabelecer a paz na sociedade.

Sem a pretensão de esgotar o tema, é interessante notar que o filósofo, ao abordar a Teoria do Contrato Social, na obra *O Leviatã*, publicada em 1651, já vislumbrava a necessidade de atuação estatal frente ao caos social. E um dos fatores determinantes à desordem na sociedade é a violência contra a pessoa, principalmente as que envolvem armas de fogo, as quais têm maiores potencialidade lesivas, além de causar grande perturbação da segurança e paz social. Assim, é natural os Estados editarem normas cada vez mais restritivas e rigorosas sobre o comércio e porte de armas de fogo.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística:

“a mortalidade por causas violentas é uma das que mais crescem no Brasil, principalmente entre os jovens e os homens. Em 1992, ocorreram 19,2 mortes por homicídio a cada 100 mil habitantes no país, número que aumentou para 27,8 em 2002. Em uma comparação por sexo, morrem mais homens por homicídio que mulheres.” (BRASIL, IBGE 2004)

No entanto, no Brasil, a primeira legislação sobre o tema regulou de forma tímida o ilícito penal, ao abordar na Lei de Contravenções Penais, o porte ilegal de arma de fogo da seguinte forma: “trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.” (Decreto-Lei 3.688/41, artigo 19). O acanhamento e a brandura com as quais o tema era tratado resultaram em ineficiência no combate a comercialização clandestina e diminuição da violência, motivando, portanto, a criação de Sistema Nacional das Armas, através da Lei 9.437/97, que definiu quais armas não eram de uso restrito das Forças Armadas, além de impor maior rigor na tipificação do porte ilegal de arma, que passou a ser considerado crime, apenando-o com detenção de um a dois anos e multa.

Ocorre que a mobilização e pressão social de maior rigor estatal sobre um controle mais efetivo de arma perdurou nos anos seguintes, exigindo nova regulamentação da matéria, que culminou no Estatuto do Desarmamento – Lei 10.826/03, o qual instituiu pena mais severa ao porte ilegal de arma de fogo, elevando a pena máxima em abstrato, e afastando a competência dos Juizados Especiais Criminais para processar e julgar a matéria.

Atento à criminalidade crescente, o legislador impregnou na norma a ofensividade do porte de arma de fogo, acessório ou munição, com o fim de diminuir a quantidade de crimes que envolvem o emprego do artefato bélico, como homicídios, roubos e outros, objetivando antecipar tais condutas e punir o criminoso antes da ocorrência de crimes mais graves.

Merece destaque ainda o artigo 35 do Estatuto que foi alvo de referendo popular em outubro de 2005 sobre proibição ou não de comercialização de arma de fogo. À época, os esforços se concentraram para promover o desarmamento e anistia ao crime de posse de arma de fogo, estimulando a entrega dos artefatos ao poder público, sendo garantida, no entanto, indenização, conforme artigo 31 da lei, ao dispor que “os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e indenização, nos termos do regulamento desta Lei.” (Lei 10.826/03, artigo 31). Isso resultou em aproximadamente 464 mil armas de fogo

entre os anos de 2004 e 2005¹. Tal fato, demonstra o anseio social pela segurança pública, considerando a premissa de que a presença de uma arma de fogo é sempre um estímulo de reação violenta às contrariedades mais prosaicas do cotidiano.

1.2 Conceito de crime

Entendida a nova natureza jurídica atribuída ao porte ilegal de arma de fogo, forçoso esclarecer os diversos conceitos doutrinários de crime, quais sejam o conceito material, formal e analítico, o que permite elucidar o enfoque e os propósitos bem definidos de cada um.

O conceito material traça a essência do fenômeno antinormativo, definindo as linhas fundamentais para que um comportamento desviado possa ser considerado criminoso, ou seja, penalmente relevante ao seio social. Neste aspecto, a doutrina esclarece que:

O conceito material de delito se remonta antes do respectivo Direito Penal codificado e pergunta critérios materiais da conduta punível. Portanto, o conceito material de delito é anterior ao Código Penal e subministra ao legislador um critério político-criminal sobre o que o mesmo pode condenar e o que deve deixar impune. (ROXIN, 1997, p. 51)

Portanto, esse conceito pondera a relevância do mal produzido aos interesses e valores da sociedade como merecedores de tutela penal, sendo o papel de o legislador selecioná-los, incumbindo-lhe a tipificação de condutas que efetivamente causarem dano ou colocarem em perigo bens jurídicos penalmente relevantes. Ocorre que nem sempre o desvalor social é extraído da exposição a perigo ou lesão ao bem jurídico, pois não se ignora que há condutas que, independente de qualquer resultado, é criminalizada em razão do alto grau de censura. É que “o desvalor social que é o conteúdo do crime, por vezes deflui não do resultado de dano a um bem, mas sim da modalidade da ação, que apresenta intensa reprovabilidade social.” (FRAGOSO, 2006, p. 178).

Por outro lado, o conceito formal volta-se às suas conseqüências jurídicas e ao tipo de sanção cominada ao delito, definindo preceitos primários e

¹ Desarmamento: 464 mil armas recolhidas, Agência Brasileira de Inteligência, ABIN, 31 de janeiro de 2008, disponível em: <http://www.abin.gov.br/modules/articles/article.php?id=1886>, acesso em 04 de setembro de 2014

secundários do tipo penal, ou seja, os núcleos verbais que bem delimitam a conduta a ser considerada criminosa e o *quantum* de pena a ser cominada ao transgressor. É de se ressaltar que a essência do conceito de crime reside em seu aspecto formal, porquanto é a norma que irá descrever qual conduta vai além do ilícito civil e adentrar na seara criminal. Pondera-se que “se um preceito pertence ao Direito Penal não é porque regule normativamente a infração de mandatos ou proibições – pois isso o fazem também múltiplos preceitos cíveis e administrativos -, mas porque essa infração é sancionada mediante penas ou medidas de segurança.” (ROXIN, 1997, p. 41)

O conceito formal de crime é, portanto, aquele fornecido pelo legislador, sendo considerado o mais pobre das definições, pois se concentra apenas em aspectos externos do delito, desprezando o seu conteúdo. Embora o Código Penal não estabeleça o que é crime, a Lei de Introdução ao Código Penal dispõe que “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa” (Decreto-Lei nº 2.848/40, artigo 1º)

Ocorre que nem o conceito material e o formal são capazes de, isoladamente, definirem o que é crime, sendo ambos igualmente relevantes para o direito penal. Daí o conceito formal-material que define o delito como “na infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso” (CARRARA, 1956 *apud* QUEIROZ, 2008 p. 144).

Deste conceito, sobressai a relevância de princípios comezinhos do direito penal, como o da legalidade, que preconiza que somente por lei, em sentido o estrito, o Estado, através do Poder Legislativo, poderá editar norma penal e indicar a respectiva sanção, além de abordar o princípio da ofensividade, o qual será abordado com maior profundidade mais adiante.

Quanto ao aspecto analítico, o qual será abordado com maior relevância ao longo do trabalho, a atual concepção tripartida do delito, define crime como ação típica, antijurídica e culpável. Afirma-se, com segurança, segundo este conceito que, todo crime é, a princípio, um fato típico, previsto num tipo penal, ilícito, pois praticado sem qualquer causa excludente de ilicitude e culpável, pois cometido

por imputável, com potencial consciência da ilicitude, do qual se exige comportamento diverso. Nada obstante, “um fato pode ser típico, antijurídico, culpado e ameaçado de pena, isto é, criminoso, e, no entanto, anormalmente deixar de acarretar a efetiva imposição de pena” (HUNGRIA, 1978, p. 26).

É que, embora a conduta do agente possa ser considerada criminosa, o ordenamento jurídico prevê causas de isenção pessoal e de extinção da punibilidade que, presentes, afastam a aplicação da pena. Em razão disso, diz-se que não basta o fato ser típico e antijurídico, pois se não houver a censurabilidade ou reprovabilidade da conduta, estar-se-ia diante de uma conduta criminosa, porém sem seu pressuposto indispensável à imposição da pena, a culpabilidade.

A despeito das teorias relacionadas à concepção do crime, tal conceito é fruto de recente construção doutrinária do final do século XIX, no qual, até então, fazia apenas a distinção entre o injusto e imputação do fato². A partir da segunda metade do século XIX, sob a influência do pensamento moderno científico, os diversos elementos que compõe o delito foram aperfeiçoados com contribuição de diversos países, o que será visto no capítulo seguinte.

1.3 Elementos estruturais do tipo

O tipo penal não se esgota em uma estratificação puramente objetiva e, por vezes, precisa de uma complementação, alcançada pela apreciação de elementos objetivos-descritivos, normativos e subjetivos. Os primeiros são aqueles que dispensam um juízo valorativo para sua percepção, sendo facilmente compreendido pelo interprete, pois se referem a objetos, seres, animais, coisas ou atos perceptíveis pelos sentidos, exemplificando-os como: matar, coisa e filho, além de outros (BITENCOURT, 2009, p. 278). Os elementos normativos constituem-se em termos e expressões que somente são compreendidos através de um juízo de valor, a qual pode ser definida por outras normas, como o conceito de improbidade ou funcionário público, ou emitido pelo próprio intérprete, como dignidade e decoro. Quanto aos elementos subjetivos, é possível defini-los como aqueles que dizem

² A infração penal era reconhecida em duas partes: um aspecto objetivo, o injusto, e um aspecto subjetivo.

respeito à psique do agente, a qual abrange o dolo de sua conduta. A doutrina assim o define: “somam-se aos dados descritivos, objetivos, como aspectos psicológicos especiais da ação, indispensáveis para a determinação da tipicidade” (REALE JUNIOR, 2002, p. 142).

O crime de porte ilegal de arma de fogo pune aquele que portar, deter, adquirir, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal regulamentar. (Lei 10.826/03, artigo 14).

Inserido neste conceito formal de crime, têm-se um crime de mera conduta, de ação múltipla e de perigo abstrato, o qual objetiva resguardar a incolumidade pública. Diz-se de mera conduta porque a lei dispensa o resultado naturalístico, satisfazendo-se apenas com a ação ou omissão do agente; de ação múltipla, posto que o tipo contém vários verbos que caracterizam a prática delitiva e é de perigo abstrato em razão do risco ser presumido pela norma, não sendo necessária a prova de sua existência. Deste conceito, extrai-se que seu elemento objetivo, o qual versa sobre o comportamento proibido, se subdivide em treze núcleos verbais, o elemento subjetivo abarca a vontade de praticar um dos núcleos verbais, em desrespeito ao elemento normativo, previsto na expressão "sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Definidos os conceitos de crime e elementos da estrutura do tipo, é possível compreender a evolução da teoria geral do delito.

2 TEORIA GERAL DO DELITO

Neste capítulo inicia-se o estudo da evolução da teoria geral do delito, abordando os aspectos ideológicos, de acordo com o momento histórico, e demonstrando as suas falhas. Esse estudo é fundamental para entender a estrutura do delito e para avançar ao tema central do trabalho.

2.1 Sistema clássico

O conceito clássico do delito foi elaborado por Von Liszt e Beling que o definiam como ação típica, antijurídica e culpável, além de preencher condições de punibilidade externas, como a territorialidade da ação, entre outros. Von Liszt e Beling, em 1906, criou o conceito de tipicidade, dividindo o delito em duas partes bem definidas: objetiva e subjetiva. A primeira abrangia a tipicidade e da antijuridicidade; a segunda compreendia a culpabilidade, à época, definida como vínculo do agente com seu fato. Era, portanto, puramente psicológica, pois integrada pela imputabilidade, dolo ou culpa. Desde o início de sua obra – *Die Lehre von Verbrechen* – fica evidente que o propósito de Beling era elevar o elemento tipicidade ao grau de categoria formadora do delito, parte integrante do injusto penal. (ARAÚJO, 2012, p. 45). À época, positivismo científico pairava sobre o pensamento filosófico, sendo utilizado no Direito Penal o método causal-explicativo, o qual ressalta a importância do juízo de realidade e não de juízos de valores.

Acrescenta-se que:

“o sistema naturalista, também chamado sistema clássico do delito, foi construído sobre a influência do positivismo, para o qual ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável. Valores são emoções, meramente subjetivos, inexistindo conhecimento científico de valores” (GRECO, 2000, p. 122.).

Segundo a Teoria Causal de Von Liszt e Beling, o delito era estudado em seu aspecto objetivo como fato típico/tipicidade e antijuridicidade - Injusto Penal-, e no aspecto subjetivo, como culpabilidade. No causalismo, portanto a conduta é considerada como uma ação ou omissão consciente que provoca

movimentos corpóreos, desprovida, no entanto de finalidade. Dentre os quatro elementos estruturais do delito, a ação era entendida da seguinte forma:

Ação – Era um conceito puramente descritivo, naturalista e causal, valorativamente neutro. Era um conceito essencialmente objetivo, embora se sustentasse que tinha origem na vontade, não se preocupava com o conteúdo desta, mas tão somente com o aspecto objetivo da causação do resultado externo. (BITENCOURT, 2012, p. 326)

“A determinação de existência ou não de uma ação estava necessariamente contida na esfera da vida em que o homem é o senhor de seu próprio corpo.” (BELING, 1964, *apud* ARAÚJO 2012, p. 47). Assim, percebe-se, desde então, forte influência do positivismo naturalista, bem como a exclusão de reações involuntárias e inconscientes do conceito de ação. Acrescenta que tais influências refletiram na concepção naturalista, que preconiza que o fato típico é caracterizado pela mera subsunção do ato praticado e a norma penal, despidendo a lesividade da conduta, sua relevância e tampouco a vontade do agente. (CAPEZ 2006, p. 117-118)

Como se vê, o que deve ser examinado é, tão somente, a voluntariedade do ato do agente, sendo despidendo perquirir se agiu dolosamente ou não. Ocorre que, ao ignorar os desideratos da conduta humana, é inequívoca a dificuldade na conceituação da tentativa, pois para a tipificação da conduta é indispensável perquirir a sua finalidade. Assim, é natural a dificuldade em explicar a tipicidade quando o tipo penal contém elementos subjetivos. (MIRABETE, 2013, p. 86)

Desta forma, para a Teoria Causal da Ação, a ação é produzida por ato de vontade humana, e crime para essa teoria é fato típico, antijurídico e culpável. O primeiro elemento era composto pela ação mais tipicidade, acrescentando-se ainda o resultado naturalístico e o nexos de causalidade quando se tratava de crimes materiais³ – baseado na teoria da equivalência dos antecedentes⁴. O segundo elemento, tipicidade, representava o caráter externo da ação, compreendendo somente os aspectos objetivos do fato descrito na lei penal. É importante notar que

³ Crimes materiais são aqueles que exigem a produção de um resultado naturalístico para a sua consumação.

⁴ A teoria da equivalência dos antecedentes preconiza que é causa toda ação ou omissão que contribuiu para a produção do resultado. Em suma, a causa da causa também é causa do que foi causado. Tal teoria sofre severas críticas doutrinárias em razão da possibilidade de regresso ao infinito de causas contributivas ao resultado, se aplicada isoladamente.

“o tipo penal não se distingue da antijuridicidade, pois a proibição da conduta leva à sua antijuridicidade, e a descrição legal nada representa além da sua incompatibilidade com a vida jurídica organizada de determinado território” (BINDING 1922, *apud* ARAÚJO 2012, p. 52).

Nesse sentido, a materialização do injusto se dá em razão de lesão a bem jurídico tutelado pela norma penal, considerando que o ataque a este bem é elemento essencial à todo e qualquer delito. Assim, o Direito Penal somente poderia reconhecer como violado o que efetivamente estivesse violado, não podendo a lesão ser inventada pelo direito se não representar algo efetivamente no mundo dos fatos. No entanto, vale ressaltar que, na Teoria Causal, a antijuridicidade está vinculada a um juízo valorativo puramente formal, assentado na premissa do direito do Estado de exigir obediência às normas, como forma de garantir os direitos subjetivos presentes na legislação. Ocorre que, no contexto de bem jurídico de Binding, a idéia de “valor social” desse bem se torna essencial para refutar a ideia de delito como lesão a direito, mas sim de lesão a bem jurídico, pois não se trata de um conceito de direito privado, mas de direito público.

Pouco tempo depois, Mayer acrescentou que a tipicidade era um indício de antijuridicidade, isto é, toda conduta típica é provavelmente antijurídica, salvo se houver alguma causa excludente, o que seria avaliado na etapa seguinte, na antijuridicidade, na qual se implicava uma valoração puramente formal, onde se averiguava se a conduta típica possuía alguma causa de justificação. A culpabilidade era definida como aspecto subjetivo do crime, se limitando a demonstrar a presença de liame subjetivo entre o autor do delito e o fato criminoso.

Portanto, para a concepção clássica, os elementos objetivos do delito estão centrados no fato típico e na ilicitude, enquanto os subjetivos situam-se na culpabilidade. Em síntese, a conduta é vista como um processo sem qualquer conteúdo finalístico, desprezando o querer do agente, o qual se situa na culpabilidade.

Convém, no entanto, explicitar a crítica ao referido sistema, com destaque da ausência de abrangência aos crimes omissivos culposos, diante da ausência do elemento volitivo no contexto de ação. Ademais, ao ignorar tal

elemento, dificulta a explicação do crime tentado, pois ao dispensar a intenção do agente não há como determinar se houve fato típico ou se houve tentativa.

2.2 Sistema neoclássico

Por outro lado, o pensamento neoclássico, surgido pouco tempo depois, abandona a base filosófica inspirada no positivismo de Augusto Comte e, influenciada pelo neokantismo e filosofia de valores, procura fundamentos autônomos às ciências humanas. O crime, em seu aspecto analítico, era o injusto culpável, sendo o injusto a somatória do fato típico e antijuridicidade que, acrescida da culpabilidade, compunha os requisitos do crime. No entanto, a grande inovação se deu na concepção de culpabilidade, colaborada por Frank, pois a aplicação da pena somente passou a ser justificada quando o agente, podendo agir de modo diverso, decide cometer o crime. Assim, não se passa a considerar reprovável a conduta daquele que, diante das circunstâncias concretas, age conforme qualquer pessoa mediana teria agido, o que se convencionou denominar de inexigibilidade de conduta diversa.

Essa importante contribuição de Frank possibilitou a evolução do conceito de culpabilidade que, até então, limitava-se ao liame subjetivo entre o autor e o delito, acrescentando a exigibilidade da conduta diversa e a imputabilidade, que deixou de ser um pressuposto de aplicação da pena. Nada obstante, a concepção psicológica-normativa introduzida por Frank não permite extrair um conceito de culpabilidade, mas apenas um de seus elementos (BRUNO, 2005, p. 16). Porém, é inequívoco que provocou ainda uma modificação no conceito de ação, que passa a ser definida como atuação de vontade no mundo exterior de maneira a pôr em marcha a causalidade. Observa-se que seu conceito não abandona o aspecto causal, porém perde a característica simplesmente naturalista para ser, também, normativo, redefinido como comportamento humano voluntário.

Ademais, a antijuridicidade passou exigir além da ofensa formal uma determinada ofensividade social. É assim dizer que a teoria neoclássica do delito caracterizou-se pela nova concepção do conceito da ação, nova atribuição à função do tipo, pela roupagem material da antijuridicidade e inovação do conceito de culpabilidade. Assim, embora tenha solucionado a tipificação de condutas sobre as

quais gravitavam coação moral irresistível ou obediência hierárquica, a manutenção do dolo como elemento da culpabilidade rende as mesmas críticas ao sistema anterior.

2.3 Sistema finalista

A Escola Finalista de Hans Welzel aperfeiçoou o conceito de culpabilidade, dando nova extensão à teoria do delito. Nos meados de 1930, Welzel centrou a ação humana no conceito delito, sendo o ponto crítico da sua estrutura analítica, ontologicamente considerada. A doutrina afirma que:

Welzel, a partir dos anos trinta, em fases distintas, procurou conduzir a ação humana ao conceito central da teoria do delito, considerado do ponto de vista ontológico. Começando pelo abandono do pensamento logicista e abstrato das concepções anteriores, corrigiu as falhas e contradições existentes e, aos poucos, foi superando algumas lacunas que foram surgindo na evolução da construção de sua nova teoria. Convém destacar, contudo, que o surgimento do sistema finalista praticamente coincide, cronologicamente, com as origens da teoria social da ação, e também com o auge do direito penal do autor. (LUZÓN PEÑA, 1996, p.237)

Ao se estabelecer uma atuação finalística da conduta humana, é possível defini-la através de um curso causal previamente conhecido para o alcance de determinado resultado querido, o que demonstra a vontade do agente em relação ao curso causal conhecido e ao resultado a ser alcançado (ARAÚJO, 2012, p. 57).

Nada obstante, a contribuição mais relevante do finalismo para a doutrina penal foi o deslocamento de todos os elementos subjetivos que integram a culpabilidade para o injusto, criando uma concepção puramente normativa da culpabilidade e centralizando a finalidade do agente para o injusto. Consequentemente, a nova estrutura reuniu na culpabilidade as circunstâncias que denotam a reprovabilidade da conduta de forma isolada e permitiu a diferenciação entre crimes dolosos e culposos. Para Welzel o crime continua sendo um injusto culpável, porém o injusto deixa de ser puramente objetivo, em razão da inserção do dolo e culpa junto à conduta, e a culpabilidade torna-se puramente normativa, compreendendo a análise de exigibilidade de conduta diversa do agente, imputabilidade do agente e sua potencial consciência da ilicitude. Esta estrutura final da ação preconiza ainda que as proibições e permissões do direito não devem estar baseadas em um procedimento causal cego, devendo se concentrar em ações que

futuramente possam ser consideradas de acordo com a sua finalidade. Assim, a causalidade deve estar dirigida pela finalidade para poder compor o tipo do injusto descrito pela norma penal.

As inovações trazidas pelo finalismo podem ser sintetizadas, com precisão incomum, da seguinte forma:

a) introduziu o dolo (e outros elementos subjetivos) no tipo subjetivo dos delitos dolosos, como vontade consciente de realização do fato; b) manteve a consciência do injusto como elemento central da culpabilidade, que fundamenta a reprovação do autor pela formação defeituosa da vontade; c) instituiu nova disciplina do erro em correspondência com essas mudanças sistemáticas: na área do tipo; na área da culpabilidade, o erro de proibição excludente ou redutor da reprovação de culpabilidade; d) promoveu a subjetivação da antijuridicidade mediante a estruturação subjetiva e objetiva das justificações; e) reduziu a culpabilidade a um conceito normativo, como reprovação de um sujeito imputável pela realização não justificada de um tipo de crime com consciência do injusto (real ou possível), em situação de exigibilidade de comportamento diverso. (SANTOS, 2010, p. 78)

Nada obstante, não está livre de censura. De igual modo, dentre as principais críticas encontram-se aquelas relacionadas aos crimes omissivos próprios e culposos. É que a omissão não apresenta uma definição pura, desapegada de qualquer valor, pois além da conduta omissiva, exige-se um dever de fazer, o que inviabiliza a limitação do conceito de conduta omissiva relevante a um plano pré-normativo. Quanto aos crimes culposos, é notável que o que se incrimina é a imprudência, negligência ou imperícia do agente, o que não advém de sua finalidade. Quanto a esta crítica, defende-se, no entanto e, com razão, que no crime culposos há a presença de uma conduta controlada e dirigida pela vontade do agente, porém, produz um resultado diverso do pretendido.

É fundamental compreender que para o finalismo, o crime se constitui através de uma conduta típica, ilícita e culpável. A conduta é composta por quatro elementos: a ação/omissão, nexos de causalidade, resultado e tipicidade. Assim, examina-se o dolo perseguido pelo agente ou a sua culpa, os quais produzem um resultado, vinculado à sua conduta – nexos de causalidade. A tipicidade se desdobra em outros dois elementos: tipicidade formal e material. No primeiro é onde será perquirida a adequação da conduta praticada ao tipo penal enquanto no segundo avalia-se o juízo de reprovação da conduta, em razão da criação ou fomento de riscos proibidos; o juízo de reprovação do resultado, ou seja,

se houve ofensa a bem jurídico tutelado pela norma penal, além de um juízo de imputação objetiva do resultado, que exige o nexo de causalidade do resultado com o risco criado. Ademais, alguns delitos exigem ainda um dolo específico, o que é examinado, se for o caso, depois de constatada a tipicidade formal e material. Tal estrutura de crime é a adotada pela teoria constitucionalista do delito, o que se aproxima muito com a teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni, o qual inclui a tipicidade material – lesividade e imputação objetiva - na tipicidade conglobante, embora o autor da teoria não conclua de modo explícito acerca dos três juízos valorativos citados.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, observou-se, portanto, algumas das teorias gerais do delito, abrangendo seus conceitos e críticas, o que é fundamental para a compreensão da estrutura do delito atual. Porém, considerando que são os princípios penais que originam o debate sobre o tema, conjuntamente com a análise do tipo penal de porte de arma de fogo, são eles, em especial o princípio da ofensividade, o fundamento para dar clareza ao foco da problematização, o tema que será abordado nos próximos capítulos.

3 PRINCÍPIOS PENAIS RELEVANTES

Será abordado o tipo de porte ilegal de arma de fogo com maior profundidade, relacionando-o com a teoria da ofensividade, que exige efetiva lesão ao bem jurídico. Assim, inicialmente, será estudado o Agravo em Recurso Especial Nº 397.473 – DF – para demonstrar a importância do referido princípio e, em seguida, examinadas as Teorias da Adequação Social de Hans Welzel e da Imputação Objetiva de Claus Roxin, na qual a corrente constitucionalista se ancora para fundamentar sua tese de atipicidade da conduta.

3.1 Estudo de caso

Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contra o acusado o qual no dia 21 de julho de 2011, por volta das 15h30min, na via pública da CNR 01, conj. Z, ao lado da casa 05, Ceilândia Norte/DF, agindo de forma livre e consciente, recebeu e portou arma de fogo, qual seja, um revólver, calibre 32, sem marca aparente, oxidado, cabo revestido em talas de madeira, não apresentando número de série, tambor com capacidade para seis munições, desmuniado, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Durante a instrução, a defesa postulou a absolvição do aludido acusado, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, em face da atipicidade da conduta. Em caso de condenação, requereu o abrandamento da pena corporal e estabelecimento do regime aberto, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e que seja concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade. Ao afirmar a ausência de lesividade do artefato bélico, o juiz assim assentou:

“No tocante ao crime previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, é cediço que se trata de tipo penal tido como misto, ou alternativo, vez que descreve uma cominação legal representada por várias modalidades de conduta. Sua leitura permite aferir que a objetividade jurídica do tipo é a incolumidade pública, ou seja, a garantia e preservação do estado de segurança, integridade corporal, vida, saúde e patrimônio dos cidadãos contra possíveis atos que os exponham a perigo. Além disso, trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde em momento algum se exige a prova da efetiva exposição de outrem a risco, o qual nem sequer é mencionado como circunstância elementar, bastando a realização de qualquer das ações nucleares, sem autorização e em desacordo com

determinação legal ou regulamentar, para a consumação, sendo irrelevante qualquer avaliação subsequente sobre a ocorrência de efetivo perigo à coletividade. Assim, após análise acurada da matéria posta a julgamento e inclusive reconhecendo a existência de divergências interpretativas a respeito, inclusive nos Tribunais Superiores, entendo que, embora a lei não faça menção expressa às condições de funcionamento e integridade da arma de fogo, tal requisito pode ser considerado como fundamental para a existência dos delitos de porte ilegal de arma de fogo. A verificação da idoneidade ofensiva da arma de fogo é um dado inarredável para que se cumpra a tipicidade, de sorte que, torna-se necessário constatar, no caso concreto, se a arma estava apta a ser utilizada, sendo idônea para causar dano ou expor a perigos o bem jurídico protegido pela norma. Deste modo, se a arma não estiver apta para seu uso normal (realização de disparos), esta não possui, portanto, danosidade, estando ausente a ofensividade, não ocorrendo o delito. Em razão disso, um requisito de índole funcional para a existência do crime, que apesar de não estar estampado na lei, deve ser atendido por força da lógica, consiste na análise da real lesividade da conduta. Desta forma, uma arma imprestável ou inapta ao disparo não pode inserir-se no conceito típico de "arma de fogo". Assim, a inaptidão da arma gera a atipicidade da conduta, porque, com sua impropriedade material, ela perde a potencialidade lesiva que caracteriza o conteúdo do injusto. A arma apreendida em poder do acusado WILLIAM, ao ser submetida a Exame Pericial, constatou-se "emperramento de gatilho, cão e ferrolho; desalinhamento do conjunto percussor, câmara e cano; e pressão insuficiente do percussor sobre a espoleta do cartucho depositado na câmara, não a detonando", concluindo os peritos que "a arma examinada é de calibre .32 e que, da forma que foi enviada, não efetua disparo" (fls. 152/154). Deste modo, tal conclusão impede que o objeto apreendido em poder do acusado WILLIAM seja tido como arma de fogo na expressão do termo exigido na norma penal em análise, descaracterizando, por isso, o tipo penal que é imputado ao aludido réu. Por conseguinte, em face da atipicidade da conduta descrita nos autos, pelos fundamentos acima transcritos, não há como sustentar um decreto condenatório, impondo-se a absolvição do acusado WILLIAM." (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 2011.03.1.021435-3. Terceira Vara Criminal de Ceilândia, Juiz Paulo Afonso Cavichioli Carmona, julgado em 25/01/2012. Publicado DJ 26/01/2012)

O Ministério Público interpôs recurso de apelação pugnando pela condenação do acusado quanto ao crime descrito no artigo 16, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, afirmando em suas razões recursais que o porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato e por isso prescinde da demonstração da potencialidade lesiva. A turma julgadora acolheu o recurso ministerial e, ao abordar a tese, entendeu de forma unânime que:

Afirma-se que tal fato descrito no art. 16, inciso IV, da Lei 10.826/03 configura crime de mera conduta e de perigo abstrato, razão pela qual não se exige a efetiva exposição ao risco, sendo suficiente a potencialidade de causar dano à incolumidade pública. Igualmente indiferente à sua configuração o fato de estar o acusado atendendo a pedido, sabidamente ilícito, de um amigo, sendo-lhe exigida uma conduta diversa no caso em tela.

Isto porque a *ratio* da punição penal do artigo supracitado não está na capacidade de intimidação do objeto, mas sim na capacidade ofensiva ao bem jurídico protegido, que no caso é a segurança coletiva. Fosse outra a

razão da norma, todos os objetos que pudessem intimidar deveriam ser criminalizados. Nesse sentido são os seguintes julgados da Suprema Corte:[...].

Na mesma direção é o entendimento da eg. Corte Superior de Justiça e do TJDF, confira-se:[...] Desta forma, tem-se desnecessária a demonstração efetiva da potencialidade lesiva da arma, uma vez que o simples fato de portar um revólver, de uso permitido ou proibido, por si só, já configura a ocorrência do delito e reclama a devida responsabilização penal. Assim, em que pese o laudo ter atestado a ineficiência da arma apreendida (fl. 152/154), fato é que, para a configuração do delito basta o indivíduo portar ou possuir uma arma de fogo, sem autorização para tanto, sendo desnecessária qualquer questionamento acerca da potencialidade lesiva de referido artefato. Dito isto, dúvidas não restam acerca da configuração do crime previsto no art. 16, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, uma vez que o acusado, ao ser abordado por policiais, portava, sem autorização legal, um revólver calibre 32, sem numeração, conforme se pode verificar do auto de prisão em flagrante colacionado às fls. 09/20. Assim, não vislumbrando quaisquer causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, a reforma da sentença e a conseqüente condenação do acusado é medida que se impõe. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão n.652078, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 31/01/2013, Publicado no DJE: 07/02/2013)

A irresignação defensiva ensejou a interposição de recurso especial, os quais na origem tiveram seguimento negado pelos seguintes argumentos:

O recurso especial não deve ser admitido quanto à indicada contrariedade ao artigo 386, incisos VI e VII, do Código de Processo Penal, porque ultrapassar os fundamentos do acórdão e acolher a tese sustentada pelo recorrente demandaria o reexame de provas, incidindo o óbice do enunciado 7 da Súmula da Corte Superior. Nesse sentido, confira-se: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 15 DA LEI N.º 10826/03. OFENSA AO ART. 386, INCISOS II, VI E VII, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 E 61, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVO FÚTIL CONFIGURADO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A pretensão recursal de absolvição, com fundamento no art. 386, incisos II, VI e VII, do Código de Processo Penal, implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, consoante o teor da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.[...]3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 152.705/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 09/05/2013). III - Ante o exposto, INDEFIRO o processamento do recurso especial.(BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. RRE 2011 03 1 021435-3. Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Desembargador DÁCIO VIEIRA, julgado em 05/06/2013. Publicado 07/06/2013)

A referida decisão foi agravada e os autos foram distribuídos ao Ministro Marco Aurélio Bellizze que assim entendeu:

Inicialmente, importante ponderar que a conduta de portar arma de fogo, sem autorização ou em desconformidade com determinação legal ou

regulamentar, é típica, independentemente da existência de qualquer resultado naturalístico, haja vista se tratar de delito de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a incolumidade pública. Referida classificação traz, em seu arcabouço teórico, a presunção, pelo próprio tipo penal, da probabilidade de vir a ocorrer algum dano pelo mau uso da arma. Flagrado o recorrente portando um objeto classificado como arma de fogo, temos um fato provado, qual seja o porte do instrumento, e o nascimento de duas presunções: o objeto é de fato arma de fogo e tem potencial lesivo. No entanto, faz-se necessário considerar que a arma de fogo apreendida no caso em tela, um revólver calibre 32, sem marca e com a numeração suprimida, foi considerado completamente inapto a realizar disparos, de acordo com o laudo pericial, às fls. 176/178. Assim, verificando-se que o objeto não se adequa ao conceito de arma, por estar inoperante e, conseqüentemente, inapto para realização de disparo - circunstância devidamente comprovada pela perícia técnica realizada -, tem-se, indubitavelmente, o não preenchimento do tipo penal, porquanto rompida a ligação lógica entre o fato provado e as mencionadas presunções. Dessa forma, é imperativo o reconhecimento da atipicidade da ação do recorrente porquanto não preenchido o tipo penal do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003, haja vista a arma de fogo ineficiente não se enquadrar no conceito de arma, não representando efetivo risco à incolumidade pública. Nesse sentido:[...]

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, inciso II, c, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, e desconstituir a condenação pelo crime do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003. Publique-se. Intime-se. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AResp 397.473/DF. 5ª Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 30/05/2014. Publicado em 26/06/2014)

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo regimental, com fulcro nos artigos. 258 e 259 do RISTJ, no intuito de ver reformada decisão monocrática. Sustentou, preliminarmente, a nulidade da decisão recorrida, diante da ausência de manifestação prévia e obrigatória do Ministério Público Federal e a violação ao princípio da colegialidade. No mérito, aduziu que a tese defensiva não foi prequestionada, depende de reexame probatório e carece de fundamentação adequada. Ressaltou ainda que o porte ilegal de arma de fogo é delito de perigo abstrato, prescindindo a sua materialização da demonstração de potencialidade lesiva. Assim, pediu o provimento do recurso para restabelecer a condenação prolatada pelo Tribunal de origem. Os autos foram distribuídos à Quinta Turma da Corte Superior que reforçou o argumento das instâncias anteriores, sendo assim emendado o referido acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. INAPTIDÃO DO INSTRUMENTO. LAUDO PERICIAL ATESTANDO A TOTAL IMPROPRIEDADE DO OBJETO PARA REALIZAR DISPAROS. PERÍCIA ESTATAL CONCLUSIVA. CONDUTA ATÍPICA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O agravante não apresentou argumentos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que

enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. É típica a conduta de portar arma de fogo sem autorização ou em desconformidade com determinação legal ou regulamentar por se tratar de delito de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a incolumidade pública, independentemente da existência de qualquer resultado naturalístico. 3. A classificação do crime de porte ilegal de arma de fogo como de perigo abstrato traz, em seu arcabouço teórico, a presunção, pelo próprio tipo penal, da probabilidade de vir a ocorrer algum dano pelo mau uso da arma. 4. Flagrado o recorrido portando um objeto eleito como arma de fogo, temos um fato provado - o porte do instrumento - e o nascimento de duas presunções, quais sejam, de que o objeto é de fato arma de fogo, bem como tem potencial lesivo. 5. Sendo a tese nuclear da defesa o fato de o objeto não se adequar ao conceito de arma, por estar quebrado e, conseqüentemente, inapto para realização de disparo, circunstância devidamente comprovada pela perícia técnica realizada, temos, indubitavelmente, o rompimento da ligação lógica entre o fato provado e as mencionadas presunções. Nesse contexto, impossível a manutenção do decreto condenatório por porte ilegal de arma de fogo. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AResp397.473/DF 5ª Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 19/08/2014, Publicado em 25/08/2014)

É com base no referido recurso que se inicia o estudo da análise do princípio da ofensividade/lesividade, pois além de ser constantemente abordado pela tese constitucionalista que se valem os defensores públicos, conforme visto, até mesmo para fundamentar a tipicidade do porte ilegal de arma de fogo inapta para realizar disparos abordam-se os aspectos da lesividade e o conceito de bem jurídico, o que permite concluir pela criminalização ou não da conduta.

3.2 Princípio da ofensividade

Erigido sob um Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico pátrio possui como característica ínsita a tal modelo uma estrutura de Direito Penal mínimo, o qual orienta a intervenção estatal do uso do direito de punir somente em casos excepcionais e de relevante importância social. Dentre os diversos princípios penais destaca-se o princípio da ofensividade, que limita a aplicação das penas nos casos em que o bem jurídico tutelado pela norma não é atingido.

A doutrina diz que:

Em outras palavras: dupla é a função do princípio da ofensividade no Direito penal: (a) função político-criminal (momento em que se decide pela criminalização da conduta) e (b) função interpretativa ou dogmática (instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito penal). A primeira função do princípio da ofensividade constitui um limite ao direito de punir do Estado (ao *ius puniendi*). Está dirigida ao legislador. A segunda configura

um limite ao Direito penal (ao *ius poenale*). Está dirigida ao interprete e ao juiz (ao aplicador da lei penal). De qualquer modo, impõe-se enfatizar que não são duas funções estanques (e incomunicáveis). Ao contrário, são complementares. Tanto assim que, quando o legislador não cumpre seu papel de criminalizar a conduta em termos ofensivos a um bem jurídico, essa tarefa se transfere (improrrogavelmente) ao intérprete e ao juiz (GOMES, 2002, P. 28).

Acrescenta-se que o referido princípio possui quatro funções: proibir a incriminação de atitude interna; proibir a incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico (BATISTA, 1996, p. 92).

Desta forma, nota-se que a função primordial do princípio da ofensividade é limitar a pretensão punitiva do Estado quando a conduta humana não represente ofensa ou ameaça a determinado bem jurídico tutelado pela norma. O legislador deve, portanto, pautar sua atividade de modo a se abster de erigir tipos penais os quais, se violados, não são capazes de malferir determinado bem jurídico, nada obstante, não exclui a possibilidade de tipificar condutas de crimes de perigo abstrato, a fim de salvaguardar determinado bem jurídico ainda no estágio embrionário do *iter criminis* a ser percorrido pelo agente.

No âmbito dos crimes de perigo abstrato, há basicamente três tipos de tutela envolvendo: os delitos preparatórios, de cumulação e os de periculosidade concreta. Os primeiros são aqueles que penalizam determinados comportamentos que, embora isoladamente não ocasionem lesão a bem jurídico, fomenta a prática de outras lesões, como o porte ilegal de arma de fogo. Os segundos são aqueles que isoladamente são incapazes de malferirem bem jurídico protegido pela norma, porém, se realizados diversas vezes, provocam danos de consequências incalculáveis. Baseiam-se, portanto, na tutela de bens jurídicos essencialmente coletivos, como o meio ambiente. Por outro lado, os delitos de periculosidade concreta é aquele em que o tipo penal prevê uma ação que, por si só, é capaz de causar um dano ou uma situação de perigo, como o crime de condução de veículo em estado de embriaguez.

Outro autor leciona que “certos bens jurídicos merecem uma atenção especial do legislador, para reprimir a conduta violadora desde a sua origem, não lhe possibilitando qualquer desdobramento progressivo.” (CAPEZ, 1997,

p. 25). Assim, da limitação do poder punitivo surge a expressão *nullum crimen sine injuri*, brocardo jurídico o qual diz que não existe crime sem lesão ou perigo de lesão a bem jurídico e que esclarece os vetores do princípio da lesividade. De início, parece haver incompatibilidade entre o princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato, os quais visam, em sua maioria, antecipar a tutela penal de determinado bem jurídico o qual correria o risco de ser lesado.

Porém, do ponto de vista puramente conceitual, o princípio da ofensividade não deve ser reconduzido a nenhum outro princípio do direito penal, como seria o caso do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, que remete à ideia de que não compete ao Direito Penal proteger meros interesses de caráter moral. (GARCIA-PABLOS DE MOLINA, 1955 *apud* GOMES, 2002, p. 44)

A corroborar, acrescenta-se que:

O legislador deve descrever as figuras típicas de tal modo a reconhecer a ofensividade da conduta. Mas para além da ofensividade é preciso também constatar sua intolerabilidade. Somente o ataque intolerável (segundo o princípio da fragmentariedade) é que pode ser penalmente castigado. E desde que não haja outros meios mais idôneos (princípio da subsidiariedade). A lógica que os dois aspectos da intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade) comportam, por conseguinte, é esta: não há crime sem conduta; não há conduta penalmente relevante sem ofensa a um bem jurídico; não há ofensa penalmente punível senão quando for intolerável; porém, em razão da intervenção mínima do Direito penal, nem toda a ofensa intolerável deve constituir delito, porque pode haver outros meios mais idôneos para sua proteção (GOMES, 2002, p. 44-45).

Extrai-se, portanto, que a criminalização de condutas deve ser exceção no ordenamento jurídico, seja em face do princípio da intervenção mínima ou da ofensividade. Em que pese tais considerações, desde a promulgação da Lei 10.826/03, há diversas críticas e discussões doutrinárias sobre a tipicidade da posse ou porte de arma de fogo desmuniada, em face da ausência ou não da ofensividade da conduta.

Adverte-se, no entanto, que:

Essa forma de ver o delito, como mera desobediência à norma imperativa, despreza o que há de mais relevante na norma penal, que é seu aspecto valorativo. É justamente aqui que reside o bem jurídico. Toda norma é fruto de uma valoração que o legislador faz da realidade e disso resultam eleitos determinados bens. Das valorações positivas do legislador nascem as pautas de conduta. A vida é valorada positivamente. Daí ocupar o centro da norma penal contida no art. 121. Disso emana a seguinte pauta de conduta: é proibido matar. Quem realiza o art. 121 contraria essa norma imperativa.

Pratica algo antinormativo. Mas, para além de se constatar a rebeldia do autor da conduta, que contrariou aquilo que estava traçado como pauta de conduta normal, fundamental e constatar o *plus* da ofensa ao bem jurídico, que é fruto de um juízo de valor. Nos ordenamentos jurídicos que admitem a eutanásia, por exemplo, o sujeito realiza o tipo penal, ofende o bem jurídico vida, mas mesmo assim não é um resultado jurídico penalmente relevante (GOMES, 2002, p. 60-61).

Este entendimento, contrário à criminalização da conduta, se ancora no princípio da ofensividade e assevera que uma arma desmuniada não oferece qualquer perigo, sequer abstrato, pois tem apenas a aparência de arma de fogo. Afirmam ainda que a moderna concepção do Direito Penal exige que fato típico implique lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado, ainda que se trate de crime de mera conduta. Por essa razão, o princípio da ofensividade cobra a idoneidade ofensiva da arma e a disponibilidade de seu uso.

Cabe destacar que não há no texto constitucional referência explícita do princípio em comento, embora alguns autores defendam que há quando se trata de infrações de menor potencial ofensivo, no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal. Em que pese tal entendimento, é mais adequado afirmar-se que o princípio da lesividade está implícito na Constituição e é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda que dubitável o *status* do referido princípio frente à Constituição Federal, nota-se que:

Já não é possível questionar o valor do princípio da ofensividade, inclusive e especialmente para a legitimação da intervenção penal. Por isso mesmo, de qualquer modo, quando o legislador não cumpre seu dever de configurar o ilícito penal em termos garantistas (legalidade estrita, taxatividade, clareza, certeza, ofensividade etc.) não resta outra saída senão a intervenção do intérprete e do aplicador da lei no sentido de não permitir a aplicação meramente *formalista* do Direito Penal. Ao contrário, impõe-se fazer prevalecer o *nullum crimen sine iniuria* em toda sua dimensão garantista e constitucional (GOMES, 2002, p. 72).

Assim, embora não esteja expressamente no texto constitucional, é inegável a estreita relação entre a Constituição e o Direito Penal, sendo o princípio da lesividade um dos pilares da sistemática da teoria do delito consagrada pelo ordenamento jurídico, preconizando a inexistência de crime se a conduta humana não resultar em lesão ou efetivo perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Nada obstante, vale ressaltar que não se pode tipificar somente condutas que ocasionem lesões concretas irreparáveis a bens jurídicos, mas também deve-se ter um mínimo de tutela intimidadora para a proteção de determinados bens, configurando a atuação estatal desde o momento preparatório da execução do delito, a fim de salvaguardá-los. É que, se assim não fosse, a radicalidade dos que repudiam a existência de crimes de perigo abstrato, conduziria à inconstitucionalidade de diversos dispositivos constantes no próprio Código Penal, deixando desprotegidos bens jurídicos de relevante importância, como a incolumidade e saúde pública.

3.3 Princípio da adequação social

“O legislador deve descrever com precisão a matéria de proibição do tipo, para que o cidadão reconheça as condutas proibidas e permitidas.” (WELZEL, 1969 *apud* ARAÚJO 2012, p. 57). De igual modo, o magistrado deve conhecê-las no momento da aplicação da pena, sendo esta matéria modelo de comportamento humano possível à proibição.

Como consequência deste pensamento, Welzel deparou-se, no entanto, com condutas que, apesar de formalmente típicas – causadoras de um resultado proibido pela norma penal e animadas pela vontade finalisticamente orientada, não representava lesão à ordem social e não representavam nenhum perigo à valores intrínsecos tutelados pelo ordenamento jurídico, carecendo de tipicidade material. Nessa linha de raciocínio, o jurista inaugura então o princípio da adequação social, o qual retira do tipo penal as condutas que materialmente não pertencem a elas, permitindo que o tipo penal seja uma verdadeira tipificação do injusto penal.

Ao abordar o sistema do direito penal o autor esclareceu que:

Essas ações não poderiam ser punidas e, também não se encaixavam em qualquer análise de causalidade, dolo da conduta ou, muito menos, de sua antijuridicidade. Esta última apenas estaria em tela caso a adequação da conduta fosse ultrapassada. Reconhecida estava, neste momento, a exclusão de tipicidade dessas condutas adequadas. (WELZEL, 1939 *apud* ARAÚJO 2012, p. 59)

Nota-se que o referido autor já alude em seu texto a problemática do risco permitido, englobando-o entre as situações de condutas socialmente adequadas. Desta forma, a tipicidade penal deveria ser um indício sério da antijuridicidade da conduta, sendo que, em ações típicas socialmente adequadas, englobadas por ações em conformidade com o direito, a tipicidade não indicava antijuridicidade, sendo esta excluída.

Nesse sentido, para que a ação humana se configure delituosa, além de violar interesses relevantes da sociedade, deve ser típica, ilícita e culpável, de modo a converter a conduta em crime. Preocupado com o aspecto social da aplicação do Direito Penal, o jurista alemão propõe que não deve mais predominar uma idéia meramente preventiva, de proteção a bens jurídicos, diante da periculosidade social de determinada ação, pois o Direito Penal deve servir para assegurar a integridade de valores ético-sociais, que são o fundamento do Estado e da sociedade.

Welzel assim se justifica:

“Se o direito penal tem uma função especificamente ético social e estão, portanto, em primeiro plano, as formas de comportamento ético-sociais inaceitáveis, então não bastam para a concepção do injusto a situação criada pelo resultado, sem que se passa a ser o centro do interesse penal a natureza da ação intolerável.”(WELZEL, 1951, p. 16)⁵

Atualmente, a teoria da adequação social de Welzel se transmuda na perspectiva da teoria da tipicidade material, baseada na teoria da imputação objetiva desenvolvida por ROXIN. Assim, o que é socialmente aceito não gera um risco proibido, sendo excluído o fato do âmbito material da tipicidade. Assim, para se proteger os bens jurídicos é necessária a proibição da criação de riscos não permitidos através da valoração da infração como injusto penal. A ação, portanto, para ser penalmente relevante, deve oferecer um risco ao bem jurídico, pois do contrário não haveria imputação objetiva, ensejando a atipicidade da conduta. É o que ensina a doutrina:

⁵ Livre tradução do autor. Do original consta o seguinte: “Pero si el derecho penal tiene una función específicamente ético-social y están según ello em primer plano los modos ético-socialmente intolerables de comportamiento, entonces no basta para el concepto de lo injusto la situación creada por el resultado, sino que pasa a ser centro del interes penal la naturaleza de la acción intorelable.”

Minha conclusão, portanto, é que o injusto penal pressupõe uma lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, e que a teoria da imputação objetiva estabelece com detalhes, a partir de dito fundamento, o âmbito do jurídico penalmente proibido, mediante a ponderação dos interesses pela proteção e pela liberdade. (ROXIN, 2009, p. 45.)

A problemática, no entanto, reside na interpretação da tipicidade material em face do bem jurídico a ser tutelado em crimes de perigo abstrato. Sobre o crime objeto de pesquisa – porte ilegal de arma de fogo desmuniada - doutrinadores mais legalistas ignoram a visão constitucionalista do delito, e admitem a sua figura típica, alegando que o legislador tipifica até mesmo o porte ilegal de munição, conduta aparentemente menos grave, sendo inequívoco o perigo que uma arma de fogo apresenta, pois, mesmo desmuniada, é capaz de causar intimidação, o que colabora para a prática de diversos crimes.

3.4 Corrente contrária à tipicidade da conduta

Ocorre que os constitucionalistas repudiam peremptoriamente esse tipo de perigo, preconizando que relevante é somente o perigo concreto. A teoria constitucionalista do delito preconiza que depois da teoria de tipicidade objetiva de Roxin, o crime de porte de arma de fogo, em razão do princípio da ofensividade, não resulta em efetivo perigo concreto não havendo, portanto, crime. Tal posicionamento encontra harmonia na doutrina que leciona que “desmuniada a arma, inexistente a tipicidade do fato, pois não há afetação ao bem jurídico, quer na forma de lesão efetiva ou potencial. Diante da lei penal, trata-se de crime impossível: o meio é inidôneo para lesão à objetividade jurídica” (DAMÁSIO DE JESUS, 2005, p. 54).

Seguindo esta linha de raciocínio, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...] 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 conseqüência, 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. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC nº 81057. 1ª Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 25/05/2004. Publicado DJ 29/04/2005)

De igual modo, já decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em recente julgado:

[...] 4. Se este órgão fracionário tem proclamado que a conduta de quem porta arma de fogo desmuniada é atípica, quanto mais a de quem leva consigo munição sem arma adequada ao alcance. 5. Ordem concedida. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC118773/RS. 6ª Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Julgado em 16/02/2012. Publicado em 18/06/2012)

Em princípio, a teoria constitucionalista do delito preconiza que o bem jurídico tutelado pela norma penal deve derivar da valoração dos deveres e direitos fundamentais da pessoa humana. Porém, estas posições tendem a confundir os direitos fundamentais constitucionais com os bens jurídicos, conforme alerta a doutrina:

“Na constituição e no Direito Constitucional os direitos fundamentais cumprem uma função muito específica, de regular as relações entre a sociedade política e a sociedade civil e, portanto, constitui um limite à intervenção do Estado junto aos cidadãos. Ao contrário, os bens jurídicos têm uma função muito mais ampla e complexa, pois implicam relações sociais concretas dos indivíduos a respeito de todos os possíveis sujeitos ou objetos que podem entrar nesta relação, nesse sentido também o Estado, mas não só este” (BUSTOS RAMIRES, 1989, *apud* BUSATO, 2013, p. 50).

Ademais, tal corrente critica severamente a tutela penal a bens jurídicos de caráter coletivo, pois em tese, carrega em si certa imprecisão, o que se convencionou denominar de espiritualização do bem jurídico. Sob essa perspectiva, sustenta-se que houve um abandono aos princípios clássicos do direito penal, como o da lesividade e intervenção mínima, para prestigiar objetivos perseguidos pelo Estado, através de um Direito Penal promocional.

Nesse sentido, a Constituição deve ser admitida, no máximo, como referencial de desenvolvimento pessoal do indivíduo na sociedade, para excluir da proteção penal determinado bem jurídico, pois, se ausente do rol dos bens jurídicos essenciais foge do âmbito da proteção penal pelo princípio da intervenção mínima. Assim, é proposta a seguinte solução:

como a arma de fogo precisa estar muniada para trazer perigo à coletividade, a munição, sem a arma, também não produz qualquer efeito, uma vez que quem manter em seu poder um número grande de armamento, desde que desmuniados estaria concorrendo para prática do artigo 180 ou 334 do CP. (FERRAJOLI, 2000, p. 464).

Nada obstante, não se pode supor que o artefato bélico foi adquirido de forma irregular a fim de, a seu bel-prazer, satisfazer seus desideratos de condenar aquele que porta arma de fogo desmuniada, pois pode ocorrer do agente adquirir de forma legítima o artefato e, posteriormente, ter a autorização cassada, sem que, no entanto, deixe de portar arma de fogo. Melhor seria usar a mesma presunção para favorecê-lo, dando prevalência, se fosse o caso, ao princípio da presunção da inocência. Ocorre que, por outro lado, a norma prevista no artigo 14 do Estatuto do Desarmamento perfeitamente se adéqua à conduta descrita, cabendo, no entanto, perquirir se há ou não tipicidade material, ante a lesividade da conduta e tipicidade conglobante, examinando se outras normas do ordenamento jurídico fomentam ou não tal conduta de modo a afastar a tipicidade penal.

Adita-se que tal raciocínio fere de morte o princípio da legalidade que, em um de seus desdobramentos, exige que a lei penal seja certa, de modo a evitar a incriminação de tipos vagos e indeterminados. Em que pese tais considerações, outro autor acrescenta com maior precisão o que a corrente contrária à tipificação defende ao afirmar 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 muniada ou com munição a pronto alcance, com fulcro no princípio da disponibilidade” (CARNEIRO DA SILVA, 2009, p. 1)

Assim, introduz-se um pensamento mais coerente àqueles que são contrários à tipificação do delito, ao excluir o radicalismo o qual não reconhece a legitimidade de nenhum crime de perigo abstrato, afirmando que se o artefato deve ser capaz de produzir disparos e a munição estar a pronto alcance do agente, pois, em casos tais, cria-se um risco proibido relevante ao bem jurídico tutelado.

4 BEM JURÍDICO E A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE

Deste capítulo sobressai a importância da definição de bem jurídico, diante dos princípios abordados anteriormente e, em seguida, será abordada a Teoria da Tipicidade Conglobante, estabelecendo as semelhanças e diferenças com a Teoria de WELZEL, além de relacioná-la com o crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada, ocasião em que será permitida a análise crítica dos precedentes dos tribunais e a opinião da doutrina.

4.1 Definição de bem jurídico

Se o próprio princípio da ofensividade exige a lesão ou perigo concreto a determinado bem jurídico, a sua conceituação torna-se um dos pontos centrais. A par das discussões paralelas da doutrina sobre a tipicidade ou não do porte ilegal da arma de fogo desmuniada, há unanimidade de entendimento quanto ao bem jurídico tutelado por este tipo penal, qual seja, a incolumidade pública.

Ocorre que a definição de bem jurídico não parece encontrar contornos bem definidos. A doutrina adverte a complexidade de se definir a própria origem, pois a teoria normativista de Binding considera que o bem jurídico não possui existência pré-jurídica, enquanto Liszt preconiza que a lei apenas reconhece a sua existência e lhe oferece a proteção necessária a fim de evitar algum dano social. (FERREIRA DA CUNHA, 1995, *apud* RAPOSO 2011 p. 83)

Em que pese os esforços incomuns na tentativa de definição de bem jurídico, parece impossível uma formulação precisa de seu conceito, sem que haja posterior reflexão sobre os elementos do tipo penal. A conceituação moderna diz que são dados ou finalidades necessárias para o livre desenvolvimento dos indivíduos, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal fundado nestas finalidades (ROXIN, 1980 *apud* GRECO 2011 p. 37). Vale ressaltar que, no tocante a crimes de perigo abstrato, o jurista alemão se recusa a dar qualquer solução global, diante da exigência casuística que cada delito demanda.

A despeito da discussão sobre sua definição, não se ignora a importância de um conceito paradigma para o avanço do tema. Assim, adota-se o seguinte conceito: “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam” (ZAFFARONI, 1999, p. 462). Embora tal conceito não supra a divergência quanto à tipificação do delito em comento, introduz a ideia de que há uma relação de disponibilidade, pois os bens jurídicos são apenas direitos os quais se dispõe de certos objetos. Exemplificando:

Quando o pecador arrependido faz uma confissão pública de seus pecados, está afetando sua honra, ao menos sua honra subjetiva, isto é, a estima em que o têm os demais; sem embargo, não se trata de uma injúria. Quando doamos um edifício a uma universidade, estamos afetando nosso patrimônio; no entanto, não é uma usurpação. Nesses casos o bem jurídico não foi afetado, mas está precisamente garantido; o direito penal sanciona àquele que pretenda nos impedir de dispor de nossa honra ou nosso patrimônio. (ZAFFARONI, 1999, p. 462-463)

A elevação de um ente à categoria de um bem jurídico se dá em razão da valoração procedida pelo legislador manifestando o seu interesse em tutelá-lo e, quando deseja lhe dar a tutela penal, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado. O tipo pertence à lei, mas nem a norma e nem o bem jurídico pertencem à lei, mas são conhecidos através do tipo legal e limitam o seu alcance. Assim como uma área geográfica pode estar limitada por um rio, sem que o rio a ela pertença, a norma e o bem jurídico delimitam o proibido pela lei e são conhecidos através dela, mas a ela não pertencem. (ZAFFARONI, 1999, p. 456)

Neste contexto, considerando o referido bem jurídico tutelado pela norma penal em comento, não se pode ignorar que a incolumidade pública é um dos mais relevantes para a manutenção do Estado e para a prevenção de lesão aos demais bens jurídicos. Vale ressaltar que, ao se referir a incolumidade pública ou segurança pública, exclui-se deste conceito a segurança individual de cada indivíduo, pois aborda somente a segurança coletiva, do corpo social como um todo. É o que leciona Damásio de Jesus:

A incolumidade pública não resulta, pois, da soma das garantias físicas individuais dos membros que compõem a coletividade. A locução se refere ao nível de segurança pública no que tange às relações sociais. Diz respeito ao estado (nível) de bem-estar físico da população no que respeita à

circulação social. Realmente, o nível de segurança dos integrantes do corpo social é algo mais que a segurança física de cada um. Esse nível é garantido pela Constituição Federal e pela legislação ordinária. Cuide-se de interesse de relevante importância, uma vez que o cidadão, enquanto membro do corpo social, tem direito a um nível coletivo de segurança diferente da garantia individual (DAMÁSIO DE JESUS, 2005, p. 10-11)

Neste diapasão, não é crível que o princípio da intervenção mínima do Direito Penal permita excluir a intervenção estatal penal quando o agente trafega em via pública com arma desmuniada, lesionando o bem jurídico de suma importância do Estado, qual seja a segurança pública. A harmonia da norma penal com as demais regras do ordenamento jurídico sinaliza que o juízo de tipicidade não se restringe ao aspecto formal, mas também sob um outro prisma, que é a comprovação da tipicidade conglobante, na qual se averigua a proibição da norma de acordo com o ordenamento jurídico. Nesse sentido:

A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando de fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta (ZAFFARONI, 1999, P. 459).

A linha divisória acerca da problemática apresentada reside ainda no conceito de crime perigo concreto e abstrato, pois é inexorável que o bem jurídico protegido pela norma penal debatida é a incolumidade pública. Nada obstante, não se pode dar uma solução global aos crimes de perigo abstrato, como o fazem os defensores da teoria constitucionalista, pois se desconsidera os critérios utilizados para legitimar cada uma das condutas. Destacam-se as considerações a seguir:

“O problema da proteção ao bem jurídico não se confunde com o problema da estrutura dessa proteção (estrutura do delito). Perguntar sobre a legitimidade de crimes de perigo abstrato é formular uma pergunta que, em princípio, nada tem a ver com a idéia de bem jurídico, mas tão só com a estrutura dos delitos de que se vale o legislador para protegê-lo.

A radicalidade da recusa total aos crimes de perigo abstrato é meramente aparente, porque, em primeiro lugar, trabalha-se com um conceito obscuro de perigo concreto, que transforma muitas condutas criadoras de perigo meramente abstrato em condutas criadoras de perigo concreto e, em segundo lugar, porque recorre a bens jurídicos falsamente coletivos, que automaticamente legitimam proibições e sanções abusivas.

O caminho correto para a solução do problema está numa detalhada análise dos crimes de perigo abstrato e no desenvolvimento de critérios específicos de legitimidade. Talvez seja necessário inclusive distinguir alguns grupos de caso, segundo um critério diferenciador que ainda há de ser formulador. A utopia das soluções globais deve ser abandonada.”(GRECO, 2011, p. 111)

É interessante notar através da referida crítica a confusão que se opera entre o que deve ser protegido – bem jurídico – e como deve ser protegido – estrutura do delito: crime de lesão, perigo concreto. Daí nota-se que, a solução global preconizada pelos constitucionalistas, os quais alegam que os bens jurídicos mais relevantes estão presentes no texto constitucional, não sendo dado ao legislador inovar na formulação de tipos penais que tutelam outros senão aqueles, resultaria na perfeita legitimação de eventual tipo penal que tutelasse o caráter federal do Colégio Dom Pedro II, pois previsto no artigo 242, § 2º do Texto Constitucional.⁶

4.2 Teoria da tipicidade conglobante

A conceituação de bem jurídico, correlacionado com o princípio da ofensividade e a própria teoria da adequação social deixa claro que a sua afetação é um requisito da tipicidade penal, pois a razão de ser da norma é incluir no âmbito de proibição condutas que lesionem determinado bem jurídico. No entanto, pode acontecer a perfeita subsunção da conduta ao tipo penal sem que ocorra dano ao bem jurídico tutelado pela norma, o que somente será instituído na tipicidade conglobante. É que a norma proibitiva inserida no tipo penal não se encontra isolada no ordenamento jurídico, mas coexiste com as demais, formando uma ordem normativa, na qual não pode haver incongruência, pois não se concebe que determinada norma proíba uma conduta que a outra fomenta. Assim, ao examinar determinada conduta formalmente típica, é imperioso indagar se há tipicidade conglobante, ou seja, se não há outra norma dentro do ordenamento jurídico que fomenta tal conduta.

Nesse sentido, autor da referida teoria, explica que:

“Daí que a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário, que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isto significa que a

⁶ Art. 242. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

[...]

§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal” (ZAFFARONI, 2001, p.549).

É digna de atenção a contribuição da referida teoria na correção da tipicidade formal, pois, enquanto a teoria da adequação social opera sob o enfoque ético social, esta, em verdade, atua sob o prisma do próprio ordenamento jurídico, ou seja, no conceito normativo. No entanto, ao correlacionar crimes de perigo abstrato com a tipicidade conglobante, ZAFFARONI não apresenta formulação genérica, afirmando que sequer haveria que se falar em tipos de perigo concreto ou abstrato, pois apenas há tipos que exige a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico, enquanto em outros há uma inversão do ônus probatório, sendo o perigo presumido, até que o réu prove o contrário (ZAFFARONI, 2001, p. 561).

4.3 Corrente favorável à tipicidade da conduta

É notável que a teoria da tipicidade conglobante abafa a rigidez herdada pelo ordenamento jurídico brasileiro dos povos romanos baseado na doutrina *dura lex, sed lex*⁷. A mitigação da formalidade encanta as teses defensivas que se ancoram na referida tese para argumentar a tipicidade da conduta nos crimes de porte ilegal de arma de fogo quando o artefato se encontra desmuniado. No entanto, o autor da referida teoria já alertava que, em se tratando de crimes de perigo abstrato, a maior relevância estaria no direito processual, e não no direito penal, pois caberia ao réu demonstrar a ausência de perigo de sua conduta, o que abrange tão somente o campo probatório.

Ocorre que nem sempre os tribunais abordam de maneira adequada a referida teoria, limitando-se a reafirmar o que a própria norma preconiza, como decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

[..] ARGUMENTO RELATIVO À INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE CONGLOBANTE. NAO CABIMENTO. CASO CONCRETO QUE SE APRESENTA REVESTIDO DE TIPICIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. [...] não há como acolher a tese da defesa, tendo em vista que a conduta é sim típica, pois o fato da arma estar ou não oferecendo risco à paz social, não se revela suficiente para afastar a tipicidade da conduta.[...] (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. Acórdão 20124906, Câmara Criminal. Relator:

⁷ A lei é dura, porém é a lei.

Des. Geni Silveira Schuster, julgado em 17/04/2012. Publicado DJ 19/04/2012)

Por outro lado, com maior precisão na abordagem, ao considerar a intensificação de programas estatais de combate à criminalidade e fomento à segurança pública, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que:

[...] Inviável a tese de atipicidade da conduta de posse/porte de munição para arma de fogo, pois isso significaria conceder salvo-conduto a qualquer pessoa para manter ou transportar munição livremente para qualquer lugar, o que vai de encontro ao programa estatal de combate à criminalidade e de garantia de segurança aos cidadãos. Apelo desprovido. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão 726819. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Mario Machado, julgado em 21/10/2013. Publicado DJ 28/10/2013)

A doutrina acrescenta ainda que, em que pese a alegação de ausência de lesividade da conduta, o princípio da ofensividade não é “algo autônomo, com vida própria, distinto, pois, do princípio da intervenção mínima [...]”(NUCCI, 2007, p. 74). Em suma, o princípio da ofensividade não é capaz de se sobrepor à utilização da norma penal incriminadora, se ela conseguir transpor o princípio da intervenção mínima.

Nesse sentido, é o último julgado sobre o tema do Supremo Tribunal Federal:

[...] Deveras, o delito de porte ilegal de arma de fogo tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, sendo irrelevante o fato de o armamento estar municiado ou não. Tanto é assim que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente.(BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 117566/SP. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24/09/2013. Publicado DJ 02/10/2013)

No Superior Tribunal de Justiça, a divergência histórica entre as turmas criminais parece ter sido encerrada:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ARTS. 13 E 18 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. IMPRESTABILIDADE DA ARMA DE FOGO APREENDIDA. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. - O Tribunal de origem não debateu o conteúdo dos arts. 13 e 18 do Código Penal, nem foi instado a fazê-lo por via de embargos declaratórios. Assim, aplicam-se ao caso as Súmula n. 282 e 356 do STF. - Este Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência pacífica no sentido de que o porte ilegal de arma de fogo desmuniçada e o de munição, mesmo que

desacompanhada da respectiva arma de fogo, configuram hipóteses de perigo abstrato, bastando apenas a prática do ato de levar consigo, para a consumação do delito (AgRg no REsp 1.379.803/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/8/2013). Agravo regimental desprovido. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 396879/PR. 6ª Turma. Relator: Min. Marilza Maynard. Julgado em 05/06/2014. Publicado em 27/06/2014.)

Salienta-se, portanto, que o crime de porte ilegal de arma de fogo tem como bem jurídico a segurança pública, sendo despiciendo se o artefato bélico encontra-se municiado ou não, considerando que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente. Ademais, o objetivo da lei é salvaguardar a incolumidade e segurança pública, não sendo razoável entender que para a tipificação da conduta a arma deve estar municiada, pois bastaria que o agente escondesse a munição ou que um comparsa as carregasse a certa distância sua para que saísse impune, mesmo após ser flagrado portando arma de fogo de forma irregular.

Destaca-se a precisão da referida lição:

“Arma de fogo é arma, independentemente de estar municiada ou não, na medida em que se trata de crime de perigo presumido, de mera conduta, não se exigindo lesão efetiva ao bem jurídico, até porque é impossível lesar concretamente a segurança pública, salvo se praticar crime de dano (homicídio, roubo, estupro e lesão corporal). Para esses crimes já há tipos penais próprios. Ou se aceita que se trata de crime de perigo presumido ou se declara inconstitucional o tipo penal que incrimina as condutas (portar, adquirir, transportar, etc.) relacionadas com arma de fogo em desacordo com norma legal ou regulamentar. Ou se admite a possibilidade de o legislador criar figuras penais tendo como objeto a arma de fogo, presumindo o perigo pela mera conduta, ou se repugna tal procedimento legislativo, acoimando de vício substancial a norma penal que tutela bens jurídicos de remota ou impossível lesão, como é a segurança pública.” (THUMS, 2005, p. 41)

Nessa linha de raciocínio, para se verificar a legitimidade da tipificação de um crime de perigo abstrato, como o porte ilegal de arma de fogo, ainda que sem munição, é necessário compreender a potencialidade da conduta criminosa e os interesses velados com a prática deste ato. Ou seja, há que se perquirir se a ação do agente visa alcançar objetivos benéficos aos demais membros da sociedade ou se esta ação favorece a prática de outras condutas ilícitas, produzindo risco à paz social e potencializando futura lesão a bens jurídicos. Na espécie, a criminalização da referida conduta não é tolerada por nenhum interesse legítimo. Ao contrário, faz-se necessária, pois é inequívoco que se trata de um comportamento anterior àquele capaz de potencializar a lesão dos bens jurídicos

mais relevantes, como a vida e incolumidade física, além de salvaguardar a segurança pública e paz social.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi analisar a tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada, correlacionando o tipo penal com princípios e teorias do direito penal. Para tanto, examinou-se a evolução da natureza jurídica do referido tipo penal, demonstrando o anseio social por uma resposta estatal mais energética frente a tal conduta, de modo a garantir a tutela penal da incolumidade pública. Analisou-se ainda a constitucionalidade de tipificação de delitos de perigo abstrato, explicitando os fatores de legitimação.

É cediço que a demanda da sociedade, máxime nos tempos atuais de inflação legislativa, provoque uma resposta rápida do legislador, que criminaliza condutas sem que, verdadeiramente, haja uma tutela penal, mas apenas exista um aspecto simbólico de que o direito penal solucionará o aumento da criminalidade e tranquilizará a opinião pública. Por outro lado, tem-se a função promocional, a qual visa convencer a população da importância de se tutelar determinado bem jurídico através da criminalização da conduta. Paralelamente a tais funções, há aquela que legitima a atuação da norma penal, qual seja a proteção de bens jurídicos considerados relevantes e merecedores de tutela contra ataques intoleráveis.

Nesta seara, após abordar a evolução histórica do delito de porte ilegal de arma de fogo, é inequívoco que não houve contornos simbólicos, tampouco promocionais em torno da norma penal, sendo fruto da demanda social em razão do aumento de crimes realizados com armas de fogo, sendo merecedor de tutela penal a incolumidade pública, tão afrontada nos anos pretéritos e atualmente. Ocorre que, por ser um crime de perigo abstrato, gira em torno de sua tipificação questionamentos acerca da presença da tipicidade material. Como visto, embora a teoria constitucionalista do delito se ancore no princípio da ofensividade e na teoria da imputação objetiva, não se pode usurpar do legislador a função de proteger de maneira mais efetiva determinado bem jurídico, criminalizando condutas que geram perigo abstrato, como um ato preparatório, cumulativo ou de periculosidade concreta.

Claro que ao legislador não é dado incriminar toda e qualquer conduta preparatória, sob o pretexto de conferir maior proteção a determinado bem jurídico. Tal atuação deve estar pautada nos interesses da sociedade, a fim de não

correr o risco de criminalizar uma conduta que, seguida de outros atos legítimos, são capazes de conferir benefícios à sociedade, o que não é o caso quando se trata de porte ilegal de arma de fogo. Assim, a alegação global de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, defendida pelos constitucionalistas, ante a ausência de lesividade a bem jurídico e por não constar no texto constitucional, resultaria na perfeita legitimação de eventual tipo penal que tutelasse o caráter federal do Colégio Dom Pedro II, pois previsto em Texto Constitucional. Portanto, não se pode confundir o que deve ser protegido – bem jurídico – e como deve ser protegido – estrutura do delito-, sob pena de legitimar verdadeiros absurdos legislativos. E é em razão disso que se propõe a ausência de solução global sobre a legitimidade de crimes de perigo abstrato.

Seguindo essa linha de raciocínio, superando a afirmação de inconstitucionalidade, visualizou-se que o princípio da lesividade não pode ser interpretado com a rigidez alegada pelos constitucionalistas, pois conduziria ainda à inconstitucionalidade de diversos dispositivos constantes no próprio Código Penal. Ademais, não se pode sequer afirmar que não há lesividade quando o agente porta arma de fogo desmuniada, pois considerando que o bem jurídico tutelado pela norma penal é a incolumidade e a paz pública, é irrelevante se o artefato encontrasse desmuniado, pois estando apto à realização de disparo, em qualquer momento poderá ser municiado e colocar em risco ainda maior o bem jurídico tutelado.

Viu-se ainda que a teoria constitucionalista se ancora na teoria da imputação objetiva do Claus Roxin, ao abordar a tipicidade material do delito, porém o jurista alemão não é contrário à tipificação de crimes de perigo abstrato, afirmando ainda que não se pode dar uma solução generalizada a tais delitos, os quais devem ser examinados casuisticamente. Adita-se que a teoria da imputação objetiva introduz a ideia de produção de risco, de modo que um resultado causado pelo agente somente pode ser imputado a ele quando sua conduta criar ou fomentar um risco proibido, que se realiza no resultado concreto, o qual está dentro dos limites do tipo penal. Ou seja, a produção de um risco permitido, através de condutas socialmente aceitas, afastam a imputação objetiva. Porém, conforme visto ao longo da abordagem da teoria da adequação social, bem como considerando o aspecto histórico da norma em comento, a conduta de portar arma de fogo, ainda que desmuniada, não encontra fundamento na tese de que haveria um risco permitido,

porque não haveria lesão a bem jurídico.

Assim, procurou-se defender que além da efetiva necessidade de tutela à incolumidade pública, a tipificação da conduta de portar arma de fogo desmuniada não ofende o princípio da lesividade, pois revestida de tipicidade material. Ademais, a partir de uma interpretação histórica e teleológica, observou-se que a lei pretende dar um tratamento diferenciado à comercialização de arma de fogo e diminuição de violência, envolvendo artefatos bélicos. Nesse contexto, busca-se ressaltar a importância do intérprete em conhecer o elemento histórico do povo sobre o qual exerce a jurisdição. A criminalização do porte ilegal de arma de fogo que ascendeu da natureza de mera contravenção penal para crime faz medrar a relevância dos aspectos históricos nos institutos jurídicos, o que não pode ser ignorado pelo julgador, sobretudo em razão do conjunto de políticas e programas estatal de combate à criminalidade e de garantia de segurança aos cidadãos, pois, do contrário, o transmutaria do papel de pacificador social à vilão, ao colaborar com a insegurança pública.

Para elucidar a correta interpretação sobre o tema, foi examinada, em conjunto com a doutrina e precedentes dos tribunais, a teoria da tipicidade conglobante que reforça a ideologia de interpretação conjunta do ordenamento jurídico, abandonando a atenção exclusiva do tipo penal da referida conduta criminosa. A elucidação da referida teoria é de importância fundamental, pois reúne os aspectos formais e materiais da conduta e, ainda que de maneira velada, introduz a análise histórica, ao exigir do intérprete que visualize as demais normas do ordenamento jurídico a fim de averiguar se a conduta permanece típica ou não. Assim foi possível perceber que a mera afirmação da tipicidade formal é incapaz de enfrentar as teses de tipicidade conglobante, que exige a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma, além da imputação objetiva.

Abordou-se a evolução dos precedentes dos tribunais sobre o tema, os quais abordaram a referida teoria, usada frequentemente pela tese defensiva. Viu-se que houve pacificação sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, porém no Supremo Tribunal Federal a discussão encontra-se em aberto, havendo posicionamento divergentes, embora os mais recentes defendam a tipicidade da conduta de porte ilegal de arma de fogo desmuniada. Ao proceder desta forma, ante o contexto histórico e estudo dos princípios e conceitos jurídicos relacionados à

conduta em comento, aflora-se a necessidade da tipificação e a sua legitimação. Assim, a partir da análise dos referidos princípios e teorias que gravitam em torno do tipo penal, concluiu-se que a conduta de portar arma de fogo, ainda que desmuniada, é típica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade penal**: uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 29 ago.2013.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 08 nov 2013

_____. **Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em 13 de agosto de 2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AResp 397.473/DF. 5ª Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 19/08/2014, Publicado em 25/08/2014

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 396879/PR. 6ª Turma. Relator: Min. Marilza Maynard. Julgado em 05/06/2014. Publicado em 27/06/2014.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC118773/RS. 6ª Turma. Relator: Min. Og Fernandes. Julgado em 16/02/2012. Publicado em 18/06/2012.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 117566/SP. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24/09/2013. Publicado DJ 02/10/2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC nº 81057. 1ª Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 25/05/2004. Publicado DJ 29/04/2005.

_____. TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Acórdão 0299352-6, 2ª Câmara Criminal .Relator: Juiz Alexandre Victor de Carvalho, julgado em 03/08/2000, não publicado.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. Acórdão 20124906, Câmara Criminal. Relator: Des. Geni Silveira Schuster, julgado em 17/04/2012. Publicado DJ 19/04/2012.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. . Acórdão n.652078, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 31/01/2013, Publicado no DJE: 07/02/2013

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão 726819. 1ª Turma Criminal. Relator: Des. Mario Machado, julgado em 21/10/2013. Publicado DJ 28/10/2013.

BUSATO, Paulo César. **Introdução ao Direito Penal**. Fundamentos para um direito penal democrático. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal Español**. Parte general. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

CAPEZ, Fernando. **Arma de Fogo – Comentários à Lei nº 9.437, de 20.2.1997**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARNEIRO DA SILVA, Luciana. **O porte ilegal de arma de fogo desmuniada constitui crime? E a posse de munição?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2243, 22 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13377>>. Acesso em: 17 out 2013

DELMANTO, Fábio M. de Almeida; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2006. Pg. 640;

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: 17 out 2013

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

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 32, 2000.

_____. **Modernização do direito penal**, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2ª. ed. – São Paulo: Ícone, 2000

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal do Desarmamento**. 5. ed. SP: Saraiva, 2005.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal**; Parte General. Madrid, Editorial Universitas, 1996.

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

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. V.1.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009.

_____. **Derecho penal**: parte geral. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. T. 1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 4 ed. Florianópolis: Editora Conceito Cultural, 2010.

SILVA, César Dario Mariano da. **Estatuto do desarmamento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THUMS, Gilberto. **Estatuto do desarmamento**. Fronteiras entre racionalidade e razoabilidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

WELZEL, Hans. **La teoría finalista de La acción**. Buenos Aires: Depalma, 1951.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro : parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.