

NÃO CONSTITUI CRIME O PORTE DE MUNIÇÃO E DE ARMA DESMUNICIADA

PACÍFICO LUIZ SALDANHA

Pós graduado em Direito Tributário pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS JURÍDICOS - IBET.

Pós graduando em Ciências Penais pela Rede de ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES - UNIVERSIDADE ANHANGUERA - UNIDERP. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela FACULDADE DE DIREITO DE SANTO ÂNGELO (1981). Atua nas áreas de Direito Civil, Penal, Trabalhista, Tributário, Administrativo e Empresarial. Sócio do Escritório PACÍFICO SALDANHA & ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S desde 1996.

Os tribunais brasileiros adotavam o entendimento no sentido de que a posse de arma, mesmo desmuniçada, constituía crime. Embasavam suas decisões na existência de perigo abstrato, ou seja, mesmo na ausência de perigo concreto, o crime restava tipificado diante da mera desobediência à norma.

Depois do julgamento do RHC 81.057/SP, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a atipicidade da conduta de portar arma de fogo desmuniçada, ao argumento de que se o portador da arma desmuniçada não tem, ao seu alcance, algum projétil, o bem jurídico tutelado pela norma não fica exposto a perigo concreto.

A doutrina pátria vem caminhando na mesma direção, ou seja, repudiando os delitos de perigo abstrato, sustentando que infração penal exige, além da conduta, resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo de dano ao bem juridicamente tutelado.

Com efeito, não faz sentido punir pela simples ação, havendo necessidade dela trazer, pelo menos, probabilidade de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

Na lição de Zaffaroni e Pierangeli “para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico”. Portanto, na hipótese da conduta de portar ilegalmente arma de fogo desmuniada e sem possibilidade de ser prontamente muniada, não deve ser afastada a incidência do princípio da ofensividade.

Para o professor Luiz Flávio Gomes:

O fato cometido, para se transformar em fato punível, deve afetar concretamente o bem jurídico protegido pela norma; não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado (...). Por força do princípio que estamos analisando, se o fato for ofensivo materialmente, não haverá crime (...). Em virtude do princípio da ofensividade, de outro lado, está proibido no Direito Penal o perigo abstrato. Porte de arma de fogo quebrada ou desmuniada: para quem não considera o princípio da ofensividade, há crime. Essa concepção, entretanto, segundo nosso ponto de vista, é inconstitucional, pois não se pode restringir direitos fundamentais básicos como a liberdade ou o patrimônio sem que seja para tutelar concretas ofensas a outros direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, entretanto, que não se trata de matéria pacificada na doutrina e na jurisprudência pátria, na medida em que o STJ vem decidindo diferentemente do STF, reconhecendo a tipicidade dessa conduta (porte de arma de fogo sem munição, sem pronto municiamento ou quebrada).

Nessa linha podemos colacionar a ementa do REsp 913088/SP:

RECURSO ESPECIAL Nº 913.088 - SP (2007/0004902-4)
RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : FERNANDO JOSÉ DA SILVA
ADVOGADO : MARA REGINA BUENO KINOSHITA
EMENTA:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA. TIPICIDADE. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. REGIME PRISIONAL. ABERTO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. PREJUDICADO. Na linha de precedentes desta Corte, pouco importa para a configuração do delito tipificado no art. 14 da Lei nº 10.826/03 que a arma esteja desmuniada, sendo suficiente o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (Precedentes do STJ). Recurso provido.

Não há dúvida de que o Superior Tribunal de Justiça está na contramão do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual está de acordo com a atual doutrina respeito da teoria do tipo penal, denominada teoria constitucionalista do delito, que tenta aproximar a integração entre o Direito Penal e a Constituição. Esta teoria, defendida por Claus Roxin e Raul Zafaroni, seguida, no Brasil, por Luiz Flávio Gomes, refuta a velha concepção puramente formal da tipicidade, defendendo que a tipicidade penal passa a ser entendida como tipicidade formal e material.

Já no que diz respeito ao porte ilegal de munição, contraditoriamente, o Supremo Tribunal Federal, vem entendendo tratar-se de fato típico. Entretanto, com base na idéia de tipicidade material, fundada no princípio da ofensividade, não tem razão a Suprema Corte. É que o simples porte de munição não apresenta qualquer possibilidade de ofensa ao bem jurídico tutelado, tratando-se, pois, de fato atípico, posto que, tanto a munição, quanto a arma sem munição, são objetos, cujo porte, mesmo ilegal, não apresenta perigo concreto ao bem que a norma jurídica tutela.

Segundo o magistério de Grecco: "(...) com a adoção do princípio da lesividade, busca-se, também, afastar da incidência de aplicação da lei penal àquelas condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros".

Espera-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal seja iluminado por um lampejo de coerência e mude sua orientação nesse particular, a fim de considerar como fato atípico a conduta de quem trazer consigo munição não autorizada, sem portar arma de fogo na qual esta possa prontamente ser usada, ante a manifesta possibilidade de tal conduta causar, a terceiros, perigo concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acórdão. *Porte ilegal de arma sem munição*. STF, RHC 81057-São Paulo, informativo do STF n. 385. Material da 1ª aula da Disciplina Princípios constitucionais penais e teoria constitucionalista do delito, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNIDERP – REDE LFG – IPAN.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. São Paulo: RT, 1997, p. 563.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípios constitucionais reitores do Direito penal e da Política criminal*. Material da 2ª aula da disciplina Princípios constitucionais penais e teoria constitucionalista do delito, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNIDERP – REDE LFG – IPAN.

_____, Luiz Flávio. *Arma de fogo: voltou a ser crime de perigo abstrato?*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 30 março 2009. Material da 1ª aula da Disciplina Princípios constitucionais penais e teoria constitucionalista do delito, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNIDERP – REDE LFG – IPAN.

_____, Luiz Flávio. *O direito penal antes e depois de Roxin*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 12 abril 2009. Material da 1ª aula da Disciplina Princípios constitucionais penais e teoria constitucionalista do delito, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciências Penais – UNIDERP – REDE LFG – IPAN.

GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 55.