



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES
E MONOGRAFIA JURÍDICA

ANDRESSA MARTINS FRANÇA

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA:
crime ou indiferente penal?

FORTALEZA
2008

ANDRESSA MARTINS FRANÇA

**PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA:
crime ou indiferente penal?**

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Monografia Jurídica do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque

FORTALEZA
2008

ANDRESSA MARTINS FRANÇA

**PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA:
crime ou indiferente penal?**

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Monografia Jurídica do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Área de Concentração: Direito Penal.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno
Faculdade Farias Brito - FFB

Bel. Felipe Fernandes Macedo Pinto
Universidade Federal do Ceará – UFC

RESUMO

A conduta de portar arma de fogo desmuniada, segundo o posicionamento de alguns doutrinadores, seguidos pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, constitui fato atípico, por faltar-lhe a potencialidade lesiva necessária para a caracterização de crime. No entanto, doutrinadores há que entendem ser a conduta típica, seguindo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, pois que, não obstante a arma desprovida de munição não seja apta a efetuar disparos, serve como instrumento para a prática de diversos crimes, pondo em risco bens jurídicos de grande relevância, como a segurança e a incolumidade públicas. O entendimento do Supremo Tribunal federal, no sentido de considerar tal conduta como um indiferente penal, possui embasamento em diversos princípios do direito penal, como os da lesividade, da insignificância, da proporcionalidade, da intervenção mínima, dentre outros, bem como em teorias que buscam definir o conceito de crime, como a teoria da tipicidade conglobante. Tal posicionamento, como será demonstrado, embora possuindo extenso lastro na doutrina, vai de encontro à Legislação aplicável ao caso em espécie, qual seja, o Estatuto do Desarmamento, pois que este foi editado com o objetivo de fornecer ao Direito Penal e à sociedade um instrumento de maior repressão ao crime, visando coibir o aumento da criminalidade e da insegurança pública.

Palavras-chave: arma de fogo, desmuniada, potencialidade lesiva, tipicidade conglobante, princípios do direito penal.

ABSTRACT

The conduct of carrying a firearm without ammunition, according to the positioning of some douctriners, followed by understanding of the Supreme Federal Court, is indeed unusual, for it lacks the capability needed to affecting the characterization of crime. However, there are douctriners that understand that the conduct is typical, following the positioning of the Superior Court of Justice, because, despite the gun devoid of ammunition is not able to make shots, serves as an instrument for the practice of various crimes, bringing in risk legal property of great importance, such as security and public order. The understanding of the Supreme Federal Court, to consider that this conduct is not a crime, is based on various principles of criminal law, such as insignificance, proportionality, minimum intervention, among others, as well as theories that seek to define the concept of crime, as the theory of typical conglobant characteristics. This position, as will be demonstrated, although possessing extensive ballast in doctrine, is against the legislation applicable to the case in kind, which is the Statute of Disarmament, since it was edited with the goal of providing the criminal law and a society instrument of greater repression against crime, aiming to curb the rising crime and public insecurity.

Keywords: firearm without ammunition, potentially affecting, typical features conglobant characteristics, principles of criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
01. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL.....	10
1.1 PRINCIPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	10
1.2 PRINCIPIO DA LESIVIDADE.....	12
1.3 PRINCIPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	14
1.4 PRINCIPIO DA FRAGMENTARIEDADE.....	16
1.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	18
02. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS CRIMES.....	22
2.1 CRIME DE DANO.....	23
2.2 CRIME DE PERIGO.....	24
2.2.1 CRIME DE PERIGO CONCRETO.....	25
2.2.2 CRIME DE PERIGO ABSTRATO.....	26
03. TEORIA DO CRIME.....	31
3.1 REQUISITOS.....	35
3.1.1 TIPICIDADE: A QUESTÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA E A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE.....	35
3.1.2 ANTIJURIDICIDADE.....	40
04. DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA.....	45
4.1 DESCRIÇÃO TÍPICA DO DELITO NA LEI 10.826/2003.....	45
4.2 DA CLASSIFICAÇÃO DO CRIME: crime de perigo concreto ou abstrato?.....	47
4.3 POSICIONAMENTO DO STF: fato atípico.....	50
4.4 POSICIONAMENTO DO STJ: fato típico.....	54
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de promover um estudo acerca do crime de porte de arma de fogo, previsto no Art. 14 do Estatuto do Desarmamento, notadamente no tocante à arma desmuniada, demonstrando os fundamentos pelos quais tal conduta pode ser considerada típica ou atípica.

Com o advento da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), o crime de porte ilegal de arma de fogo passou a ser punido com pena de reclusão, de dois a quatro anos, tornando-se fato típico tanto a conduta de portar arma de fogo desmuniada, como a conduta de portar apenas a munição.

O Art. 14 da citada Lei preceitua:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar **arma de fogo, acessório ou munição**, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

O citado preceito proibitivo trouxe à lume toda uma discussão acerca da tipificação das condutas por ele indicadas, já que o simples fato de uma pessoa portar uma munição, ou mesmo uma arma desmuniada, não representaria perigo real à sociedade, não existindo, portanto, potencialidade lesiva em tal conduta. Ora, os Princípio da Intervenção Mínima, da Lesividade e da Fragmentariedade, bastante presentes no Direito Penal, determinam que o Direito Penal só deve se preocupar com os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, o que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Opera-se, no direito penal, uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela conduta que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Com base nesses princípios, com o apoio da teoria da tipicidade conglobante, alguns doutrinadores entendem que a conduta prevista no Artigo 14 da Lei 10.826/03, quando a arma encontra-se desprovida de munição, não pode ser considerada fato típico, por lhe faltar potencialidade lesiva e, portanto, tipicidade material.

Para uma conduta ser criminalizada pelo direito penal pátrio é necessário que a mesma seja típica, antijurídica e, para alguns, culpável. Na análise da conduta, analisa-se, primeiramente, a sua tipicidade para, somente depois, passar à análise da antijuridicidade e culpabilidade.

É neste íterim que a teoria da tipicidade conglobante encontra sua relevância neste trabalho, pois que, segundo seus preceitos, para que uma conduta seja típica, é necessária a presença da tipicidade formal ou legal e da tipicidade conglobante, a qual, por sua vez, é formada pela antinormatividade e pela tipicidade material. Primeiramente, para que surja a tipicidade formal ou legal, é necessário que a conduta se adeqüe ao tipo previsto abstratamente na norma penal. Como por exemplo, a conduta de subtrair para si coisa alheia móvel possui tipicidade legal, pois que prevista abstratamente no Art. 155 do Código Penal. Posteriormente, para descobrir-se se a conduta possui tipicidade conglobante, passa-se a uma análise da sua antinormatividade. Neste compasso, é relevante saber se não há nenhuma outra norma, no ordenamento jurídico, que fomenta ou imponha a conduta proibida pelo preceito penal. Ora, em se tratando de um ordenamento jurídico, não podem haver normas contraditórias, sendo certo que, se uma norma proíbe uma conduta e outra a impõe ou fomenta, tal conduta não pode ser considerada típica, por lhe faltar o requisito da antinormatividade. Por fim, é necessária uma análise acerca da tipicidade material da conduta. A tipicidade material refere-se à potencialidade lesiva da conduta, pois que nem toda e qualquer lesão a um bem jurídico estará abrangida pelo tipo penal, mas somente aquelas lesões mais relevantes, dotadas de reprovabilidade social.

A Teoria da Tipicidade Conglobante, acima sintetizada, serve de fundamento para a descriminalização da conduta de portar arma de fogo desmuniçada, pois que os doutrinadores entendem que, uma vez sem munição, a arma de fogo não está apta a efetuar disparos, não representando perigo efetivo à sociedade, motivo pelo qual lhe faltaria potencial ofensivo e, portanto, tipicidade material. Neste íterim, entra a discussão acerca da tipicidade dos crimes de perigo abstrato, pois que estes, por sua natureza, não necessitam de uma efetiva lesão ou caracterização de um risco ao bem jurídico para que a conduta seja típica, mas, ao contrário, a própria conduta é considerada periculosa em si mesma, sendo, por este motivo, proibida pela lei penal. Há, nestes casos, uma presunção de perigo, pois que a conduta praticada pelo agente, independentemente de produzir um risco concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, será proibida pelo preceito penal. Ora, se o Direito Penal só criminaliza

as condutas mais relevantes, que afetem bens jurídicos importantes à vida em sociedade, como pode, ao mesmo tempo, criminalizar condutas baseando-se em apenas um perigo abstrato ou em uma mera conduta do agente, sem a produção de resultado material?

Tais temas já são objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça, bem como no Supremo Tribunal Federal, existindo ações em trâmite decidindo acerca da tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, as quais abrangem a discussão acerca dos crimes de perigo abstrato. O Superior Tribunal de Justiça, em diversas decisões, entende ser a conduta típica, pois que existem outros bens jurídicos em questão, como a ordem pública e a paz social, tratando-se de crime de perigo abstrato, sendo irrelevante que a arma esteja inapta para o disparo. Já o Supremo Tribunal Federal, em ações acerca da tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, ou mesmo do porte da munição, entendeu ser o fato atípico, pois que não há lesividade na conduta.

Percebe-se, portanto, a relevância de tal discussão, pois que o crime de porte ilegal de arma de fogo é um dos delitos mais freqüentes hodiernamente, sendo necessário o deslinde de tal discussão para uma aplicação correta da lei penal, nunca esquecendo o seu maior objetivo, que é o de manter a ordem pública e a paz social.

Sob esta visão, a presente monografia se encerrará numa análise crítico-reflexiva do tema proposto com o fito de esmiuçar os aspectos da conduta tipificada no Art. 14 da Lei 10.826/03, demonstrando por quais motivos a mesma pode ser considerada fato típico, bem como quais os fundamentos utilizados por aqueles que entendem ser o fato atípico, descriminalizando a conduta. Com este objetivo, portanto, procurou-se, primeiramente, abordar a questão dos princípios do direito penal, notadamente aqueles que têm relevância com o tema principal deste trabalho. Em seqüência, abordou-se a questão da classificação doutrinária dos crimes, no entanto, apenas no que tange à divisão dos crimes em crimes de dano e de perigo, e este, por sua vez, em crimes de perigo concreto e perigo abstrato, pois que as demais classificações não trazem nenhuma colaboração relevante ao presente estudo. Ainda, foi feita uma análise acerca da teoria geral do crime, abordando-se a teoria da tipicidade conglobante, concluindo com uma análise do crime de porte ilegal de arma de fogo, expondo-se os posicionamentos de nossos Tribunais quando o assunto é o porte da arma desmuniçada.

A pesquisa, no entanto, não tem a pretensão de encerrar a discussão jurídica acerca do tema, visando, principalmente, a instigar os leitores a nele ainda mais se aprofundarem.

1. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

O Direito Penal, assim como os demais ramos do ordenamento jurídico pátrio, fundamenta-se em princípios, os quais servem como elementos essenciais e norteadores, em sua maioria positivados na própria Constituição ou em leis esparsas. Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria relevante ao direito penal, salvaguardando os direitos individuais e limitando o poder punitivo estatal. Ainda, tais princípios servem como norte para a interpretação e aplicação da lei penal, conforme as exigências próprias de um Estado Democrático de Direito.

Os princípios jurídicos, não só do Direito Penal como também dos demais ramos do Direito, derivam de valores ético-sociais, culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade, os quais foram se impondo, em uma determinada época, como imprescindíveis à coexistência pacífica dos indivíduos.

Dentro desta perspectiva, o direito penal tem como seus princípios, de uma forma geral, o princípio da legalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade, o princípio da irretroatividade da lei, o princípio da insignificância, o princípio da culpabilidade, o princípio da presunção de inocência, o princípio da pessoalidade, dentre vários outros. Neste capítulo, no entanto, serão analisados apenas aqueles princípios que possuem pertinência temática com os objetivos deste trabalho de monografia, servindo para embasar as teorias que defendem a criminalização ou não das condutas. Tais princípios são: o princípio da intervenção mínima, o princípio da proporcionalidade, o princípio da fragmentariedade, o princípio da lesividade, o princípio da adequação social e o princípio da insignificância.

1.1 Princípio da intervenção mínima

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da intervenção mínima pode ser assim definido:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade¹.

Após uma análise do posicionamento do referido doutrinador, percebe-se que o princípio da intervenção mínima é aquele que determina que o Direito Penal só deve se preocupar com os bens mais importantes e necessários à coexistência pacífica entre os homens, atuando apenas na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à vida em sociedade e que não podem ser eficazmente resguardados de forma menos gravosa. Deve-se levar em consideração que o Direito Penal, por ser aquele que submete os indivíduos a restrições a sua liberdade, através de penas restritivas de direito e privativas de liberdade, deve atuar apenas em casos extremos, quando os outros ramos do direito não forem capazes de restabelecer a ordem ideal das coisas.

Ora, em havendo composição do fato através de medidas menos drásticas, não é necessária a aplicação do direito penal, o qual só será utilizado como *ultima ratio*. Dessa forma, tal princípio serve como orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* estatal, dando um norte para a criminalização das condutas pelo legislador. Este, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelam inaptos a proteger aqueles bens mais relevantes à vida em sociedade, seleciona as condutas que deverá merecer a aplicação dos institutos do direito penal.

O ilustre doutrinador Claus Roxin assevera este caráter subsidiário do Direito Penal, afirmando que:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não-penais, etc. Por isso se denomina a pena como a “*ultima ratio* da política social” e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos².

¹ BITENCORT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. P.32.

² ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. Vol. I. P.65.

Percebe-se, desta forma, que o princípio em tela possui duas vertentes: serve, de um lado, orientando o legislador na escolha dos bens jurídicos mais importantes à coexistência pacífica entre os indivíduos e, de outro, serve como norteador para a descriminalização de condutas que, no passado, revestiam-se de maior gravidade e relevância e, hodiernamente, perderam tais características, tornando-se, por este motivo, indiferentes ao direito penal.

É com base nesse princípio que Rogério Greco afirma a pertinência da descriminalização das contravenções penais. Ora, se a divisão dicotômica das condutas relevantes ao direito penal obedecem ao critério da importância dos bens jurídicos afetados, sendo que os crimes ou delitos são aqueles que afetam os bens jurídicos mais importantes e as contravenções aquelas que afetam os de menor importância, deveriam ser estas condutas descriminalizadas, posto que irrelevantes ao direito penal. É neste sentido o entendimento de André Copetti. Assim, vejamos:

(...) sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos, deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis³.

1.2 Princípio da Lesividade

Segundo o princípio da lesividade, não é possível a intervenção do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. Os princípios da intervenção mínima, acima especificado, e o da lesividade completam-se mutuamente pois, enquanto o primeiro somente permite a atuação do direito penal quando se estiver diante de ataques a bens jurídicos de grande relevância, o segundo servirá para limitar ainda mais o *jus puniendi* estatal, selecionando quais as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal.

³ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 87.

O doutrinador Nilo Batista⁴ assevera que o referido princípio possui quatro funções, servindo para proibir a incriminação: de uma atitude interna; de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; de simples estados ou condições existenciais; de condutas desaprovadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Seguindo a linha de raciocínio do ilustre doutrinador acima indicado, primeiramente, não se pode incriminar um indivíduo por aquilo que pensa ou por seus sentimentos pessoais, conforme o ensinamento contido no brocardo latino *cogitationis poenam nemo patitur*. Se os sentimentos do indivíduo não se exteriorizarem de alguma forma, produzindo lesão a bens jurídicos de terceiros, não poderá haver a atuação do Direito Penal. Ainda, em uma segunda vertente do princípio da lesividade, não poderão ser punidas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros. Ora, as condutas, para serem relevantes ao Direito Penal, devem exceder ao âmbito do próprio autor, causando lesão ou perigo de lesão a bens de terceiros. É com base nesse princípio que o ordenamento jurídico penal pátrio não incrimina a auto-lesão e a tentativa de suicídio, pois que tais condutas não excedem o âmbito do próprio autor. Amoldam-se ainda nessa mesma perspectiva todos os atos preparatórios que antecedem a execução da conduta típica e, até mesmo, o crime impossível, pois que, neste, não há possibilidade de lesão à bem jurídico face à impropriedade absoluta do objeto ou ineficácia absoluta do meio empregado pelo autor do fato.

Ainda, o princípio da lesividade impede que o agente seja punido pelo que ele é, e não pela sua conduta, ou seja, pelo que praticou. Trata-se da proibição, no ordenamento jurídico penal pátrio, do chamado direito penal do autor. Sobre o direito penal do autor, Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁵ afirmam que:

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como uma manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. (...) O direito penal que parte de uma concepção antropológica que considera o homem incapaz de autodeterminação (sem autonomia moral, isto é, sem capacidade de escolher entre o bem e o mal), só pode ser um direito penal de autor: o ato é o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal.

⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996. P.92-94.

⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 115-116.

Finalizando sua exposição sobre o tema, os doutrinadores acima transcritos asseveram que:

Seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação.

Por fim, a última função do princípio da lesividade, segundo o ensinamento de Nilo Batista, serve para afastar a incidência dos institutos do direito penal quando a conduta não afetar nenhum bem jurídico de terceiro, embora tal conduta seja desaprovada pela comunidade social. Em outras palavras, tal princípio descriminaliza condutas que, mesmo sendo indesejadas pela sociedade e moralmente reprovadas, não repercutem diretamente sobre bens de terceiros, não causando lesão efetiva a nenhum bem jurídico. Neste sentido, não se pode punir, por exemplo, condutas como aquelas em que um indivíduo mantém hábitos sexuais não aprovados pela comunidade, desde que este indivíduo não ultrapasse sua esfera íntima e não cause nenhuma lesão a bem jurídico de terceiro.

1.3 Princípio da Adequação Social

Segundo o princípio da adequação social, uma conduta pode encontrar-se definida em um tipo penal, sendo aparentemente típica e, ao mesmo tempo, ser socialmente aceita ou adequada, o que retiraria a sua tipicidade. Em outras palavras, para que uma conduta seja típica, não basta que a mesma encontre-se subsumida em um tipo legal abstrato, mas que esta seja socialmente reprovável, pois, uma vez aceita pela sociedade, não sofrerá mais a aplicação do direito penal, perdendo sua tipicidade.

Rogério Greco, analisando o referido princípio, afirma que:

O princípio da adequação social, na verdade, possui uma dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal

princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais⁶.

A vida em sociedade impõe certos riscos aos indivíduos, riscos estes que não podem sofrer a aplicação do direito penal, simplesmente por serem imprescindíveis a uma convivência harmônica entre os homens. Rogério Greco cita, por exemplo, o trânsito das grandes cidades, o transporte aéreo e a existência de usinas nucleares como demonstrações de condutas que possuem riscos socialmente aceitáveis, sendo, por este motivo, consideradas atípicas mesmo que causem lesão ou ponham em perigo certos bens jurídicos. Seguindo a linha de pensamento do ilustre doutrinador Hanz Welzel, idealizador da teoria da adequação social, a qual embasa o referido princípio, “as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social⁷”. Assim, aquelas atividades desenvolvidas no exercício da vida em sociedade segundo uma ordem condicionada através dos tempos são consideradas socialmente adequadas, não podendo ser consideradas típicas ou proibidas.

O princípio da adequação social, portanto, serve para estabelecer limites à liberdade de ação social, sendo sua característica fundamental a necessidade de afetação de um bem jurídico, sendo que o legislador não considera como tipicamente relevante uma ação que alcança uma utilidade social para a qual é indispensável a lesão a um bem jurídico determinado.

De acordo com Luís Régis Prado⁸, *in verbis*:

(...) nos casos de adequação social não se verifica um desvalor penal do resultado, ainda que possa existir um desvalor do estado de coisas – que não representa, porém, um resultado penalmente típico –, relevante para outros setores do ordenamento jurídico. A exclusão do resultado típico nessas hipóteses fundamenta-se numa interpretação teleológico-restritiva dos tipos penais, na qual desempenham importante papel as concepções ético-sociais, jurídicas e políticas dominantes, dado que influem decisivamente na tutela dos bens jurídicos.

O princípio em tela é extremamente importante na interpretação dos tipos penais, os quais só englobam as condutas socialmente reprováveis. Ora, seria impossível admitir-se

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Vol. I.P. 59.

⁷ WELZEL, Hanz. *Derecho Penal alemán*. P.85.

⁸ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. I. P.145.

que, em um ordenamento jurídico, um tipo proibitivo englobasse certas condutas que, em determinadas situações, fossem consideradas lícitas socialmente, até mesmo porque um ordenamento jurídico deve ser coeso e possuir normas que se completem e não se contradigam entre si.

1.4 Princípio da fragmentariedade

Luís Régis Prado⁹ sintetiza o referido princípio, afirmando que:

Já pelo postulado da fragmentariedade, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações e omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente.

Após uma leitura atenta ao ensinamento acima transcrito, percebe-se que o princípio da fragmentariedade é uma consequência da adoção dos princípios da adequação social, da lesividade e da intervenção mínima, servindo de norte para o legislador quando da criação dos tipos penais. De acordo com o princípio da fragmentariedade, o Direito Penal só tipifica as condutas mais graves que firam os bens jurídicos mais valiosos, daí o caráter fragmentário deste ramo do direito. Ora, de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos importantes, o Direito Penal ocupa-se de apenas uma pequena parte, considerada indispensável à convivência em sociedade.

Vê-se que, com o princípio da fragmentariedade, após verificar-se que a conduta é socialmente reprovada, que o bem jurídico é de grande valia para a comunidade, e que houve lesão ou perigo de lesão ao referido bem jurídico, o legislador, para tipificar tal conduta, deve perquirir se tal conduta foi cometida com a gravidade e relevância necessárias ao direito penal, pois que, em assim não sendo, tal conduta pode ser do interesse de outros ramos do Direito, ramos estes menos gravosos ao indivíduo. Ora, no ordenamento jurídico pátrio, ao

⁹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. I. P. 139.

Direito Penal cabe a menor parcela no que diz respeito à proteção dos bens jurídicos, daí se dizer que o Direito Penal é fragmentário. Apenas quando os demais ramos do direito não puderem restabelecer a ordem necessária é que o Direito Penal passará a atuar, tipificando as condutas mais graves, as quais lesam os bens jurídicos mais importantes.

Na prática, tal princípio tem sido bastante aplicado pelos Tribunais pátrios, vejamos:

“PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da **fragmentariedade** e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que **o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público**. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. **O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor** - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - **não represente, por isso mesmo, prejuízo importante**, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social” (grifo nosso)¹⁰.

“PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317 DO CP. PROMESSA DE PRATICAR ATO DE OFÍCIO. ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO. PRESENÇA. **PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE**. PROVAS INSUFICIENTES. 1. Conforme sólido entendimento doutrinário e jurisprudencial, para a caracterização do crime de corrupção passiva é indispensável que o agente público receba vantagem indevida pela prática (ou promessa) de um ato de ofício específico. 2. Mesmo que a troca de favores entre o servidor estatal e o agente da iniciativa privada seja eticamente reprovável, eventualmente autorizando punição no âmbito administrativo, para que disso resulte persecução criminal **é preciso que ocorra lesão de intensidade profunda aos interesses tutelados pelo**

¹⁰

STF, Segunda Turma, HC 84412/SP, Relator Ministro Celso de Mello, j. em 19.10.2004, p. 37.

ordenamento, em observância ao princípio da fragmentariedade, vigente em nosso sistema penal. 3. Tal dano é justamente constatado no ilícito em comento quando o agente que granjeou a benesse irregular realiza, como contra prestação, algum ato *ex officio*. 4. No presente feito, não logrou a acusação demonstrar a existência dessa elementar. 5. Não houve, *in casu*, comprovação de ser ilícita a vantagem recebida, ou que foi oferecida em razão da posição do funcionário público. 6. Recurso improvido” (grifo nosso)¹¹.

1.5 Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância determina que, para que uma conduta seja considerada típica, ela deve ofender a um bem jurídico de valor relevante, ou seja, serão consideradas atípicas aquelas condutas que afetarem apenas infimamente a um bem jurídico. Quando a lesão ao bem for irrelevante, não se justifica seja o autor da conduta submetido à aplicação do direito penal, bastante limitador das liberdades individuais, devendo ser, portanto afastada a tipicidade da conduta.

Tal princípio funciona, portanto, como uma causa supralegal de exclusão da tipicidade, pois que se entende que, uma vez sendo insignificante a lesão ao bem jurídico, não há tipicidade e, conseqüentemente, não há crime. O ilustre doutrinador Luís Régis Prado¹², discorda de tal entendimento, defendendo que, na verdade, o “crime de bagatela” não deveria ser considerado fato atípico, por se tratar de um critério bastante fluido, causando bastante insegurança para a sociedade. De acordo com o referido autor, tendo em vista a máxima “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, não pode haver um critério de tamanha amplitude a ensejar a definição da figura típica, devendo o próprio tipo penal descrever abstratamente a quantificação do resultado necessária para a tipificação da conduta. Já o doutrinador Rogério Greco¹³ entende que o princípio da insignificância afasta sim a tipicidade da conduta, utilizando, para embasar seu posicionamento, a teoria da tipicidade conglobante, de autoria de Zaffaroni e Pierangeli¹⁴, a qual será estudada mais detalhadamente em capítulo determinado deste trabalho.

¹¹ TRF, 4ª Região, 8ª Turma, Proc. No. 2003.04.01.007503-4/SC, Relator Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro, j. em 10.12.2003, DJ de 21.02.2004, P. 704.

¹² PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. I.

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Vol. I.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Afora tais discordâncias doutrinárias, o princípio da insignificância é majoritariamente aceito como causa supralegal de exclusão da tipicidade das condutas que tenham afetado de forma ínfima um bem jurídico, não sendo razoável a atuação do direito penal. O ilustre Francisco de Assis Toledo, em sua obra sobre os princípios gerais do direito penal, afirma que:

"Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, **o direito penal**, por sua natureza fragmentária, **só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.** Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, parágrafo 1º, d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem conseqüências palpáveis; e assim por diante¹⁵."

Diante de todo o exposto, por sua característica de afastar a tipicidade das condutas, o referido princípio é bastante aceito em nossos Tribunais, servindo como embasamento tanto para o arquivamento de Inquéritos Policiais como para a absolvição em processos criminais. Assim, vejamos:

PENAL - HABEAS CORPUS - TENTATIVA DE FURTO DE UMA BIJUTERIA CUJO VALOR NÃO ULTRAPASSA R\$30,00 – NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO E DO SURSIS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA – POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NECESSARIEDADE DA PENA. SUPERADAS AS DEMAIS PRETENSÕES REFERENTES AO RECONHECIMENTO DE NULIDADES, MAS CONCEDIDA ORDEM DE OFÍCIO PARA RECONHECER A ATIPICIDADE DA CONDUTA E DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. 1- Se o bem tutelado nem mesmo chegou a ser ofendido, nem há relevância na conduta praticada, o princípio da insignificância deve ser aplicado, afastando-se a tipicidade. 2- A aplicação dos princípios da necessidade e da suficiência da punição afasta a aplicação de pena que se mostra excessiva para reprimir conduta irrelevante. 3- Superados os argumentos da impetração, foi concedida ordem de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta e determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa¹⁶.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA SOBRE A DA

¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 3.ed. São Paulo:Saraiva, 1987. P.121.

¹⁶ STJ, 6ª Turma, HC 90555/MG, Relatora Ministra Jane Silva, j. em 11.03.2008, DJ. em 14.04.2008, p.1.

REINCIDÊNCIA. ART. 67 DO CP. I – No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica, eventualmente, furto privilegiado; aquele, a atipia conglobante (dada a mínima gravidade). II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. III - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do c. Pretório Excelso e do STJ). IV - A circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal (Precedentes). Recurso parcialmente provido¹⁷.

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO DE PULSOS TELEFÔNICOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O pequeno valor da *res furtiva* não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão. Precedente desta Corte. 2. Consoante se constata dos termos da peça acusatória, a paciente foi flagrada fazendo uma única ligação clandestina em telefone público. Assim, o valor da *res furtiva* pode ser considerado ínfimo, a ponto de justificar a aplicação do Princípio da Insignificância ou da Bagatela, ante a falta de justa causa para a ação penal. 3. Não há notícia de reiteração ou habitualidade no cometimento da mesma conduta criminosa, sendo que a existência de outro processo em andamento não serve como fundamento para a inaplicabilidade do princípio da insignificância, em respeito aos princípios do estado democrático de direito, notadamente ao da presunção da inocência. 4. Ordem concedida, para trancar a ação penal instaurada contra a paciente¹⁸.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. (1) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUBTRAÇÃO DE BEM AVALIADO EM MAIS DE UM SALÁRIO MÍNIMO. INAPLICABILIDADE. (2) SURSIS PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PROPOSTA. RÉU JÁ BENEFICIADO ANTERIORMENTE PELA SUSPENSÃO. CONSTRANGIMENTO. INEXISTÊNCIA. (3) SUBSTITUIÇÃO DE PENA. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 1. Para que se aplique o princípio da insignificância é necessário que se atenda a critério dual: valor de pequena monta e seu caráter ínfimo para a vítima. Na hipótese, o valor da *res* ultrapassou o do salário mínimo vigente à época, não sendo possível, pois, falar-se em crime de bagatela. 2. Para a concessão do sursis processual, deve o magistrado verificar se o réu está sendo processado, bem como atentar para as condicionantes previstas no art. 77 do Código Penal, a fim de verificar se a medida despenalizadora será adequada para o caso concreto. 3. Para que faça *jus* à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o condenado preencher os requisitos todos do art. 44 do Código Penal. 4. Ordem denegada¹⁹.

RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE MOEDA. R\$ 50,00. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PEQUENO VALOR. INAPLICABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. É imprescindível que a aplicação da medida descriminalizadora consubstanciada no princípio da insignificância se dê de forma prudente e criteriosa, razão pela qual é necessária a presença de certos elementos, tais como (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do

¹⁷ STJ, 5ª Turma, RESP 960066/DF, Relator Ministro Félix Fischer, j. em 18.12.2007, DJ. em 14.04.2008, p. 1.

¹⁸ STJ, 5ª Turma, HC 60949/PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. em 20.11.2007, DJ. em 17.12.2007, p.235.

¹⁹ STJ, 6ª Turma, HC 53139/PB, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 31.10.2007, DJ. em 26.11.2007, p. 249.

comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada, consoante já assentado pelo colendo Pretório Excelso (HC 84.412/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 19.04.2004). 2. No caso de crime de falsificação de moeda, a norma não busca resguardar somente o aspecto patrimonial, mas também, e principalmente, a moral administrativa, que se vê flagrantemente abalada com a circulação de moeda falsa. 3. A menor quantidade de notas ou o pequeno valor de seu somatório não é apto a quantificar o prejuízo advindo do ilícito perpetrado, a ponto de caracterizar a mínima ofensividade da conduta para fins de exclusão de sua tipicidade. 4. Recurso a que se nega provimento, em que pese a manifestação ministerial²⁰.

²⁰ STJ, 5ª Turma, Resp 964047/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 25.10.2007, DJ. em 19.11.2007, p. 289.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS CRIMES

A classificação doutrinária dos crimes, notadamente a sua divisão entre crimes de dano e crimes de perigo, é extremamente relevante para o presente estudo, tendo em vista a discussão existente acerca dos crimes de perigo abstrato, a qual serve como embasamento para aqueles que defendem a atipicidade do crime de porte de arma de fogo.

Percebe-se que, muito embora os crimes possam ser classificados sob vários aspectos, como por exemplo, a divisão dos crimes quanto ao bem jurídico (delito uniofensivo ou pluriofensivo), quanto ao sujeito (crime comum, próprio, de mão própria), quanto à conduta (crime comissivo ou omissivo), quanto ao resultado (material, mera conduta, formal), dentre outras, apenas a classificação com relação à materialidade torna-se relevante para o presente estudo.

Antes de adentrarmos no estudo dos crimes de dano e de perigo, necessário é fazer-se uma distinção entre determinados conceitos. Costuma-se, neste azo, fazer-se uma comparação entre os crimes materiais e formais com os crimes de dano e de perigo. Tal identificação, no entanto não deve prevalecer, pois que, por exemplo, os crimes materiais referem-se à existência de resultado naturalístico em relação ao objeto sobre o qual recai a ação delituosa, enquanto os delitos de dano e de perigo referem-se ao bem ou interesse jurídico tutelado.

Não obstante a clara diferenciação existente entre tais espécies de crimes, existe um entendimento recorrente de que, como antes afirmado, os crimes de perigo abstrato são crimes formais, enquanto os crimes de perigo concreto são crimes materiais. Tal entendimento, no entanto, como já mencionado, é equivocado, tendo em vista que se trata de espécies diferentes, ou seja, classificações que levam em conta pontos de vista diferenciados. Ora, não se pode confundir crime formal com crime de perigo, pois que um crime pode ser, ao mesmo tempo, material e de perigo, como ocorre, por exemplo, no crime de falsificação de moeda. Com efeito, neste caso, quanto à afetação do bem jurídico, o crime poderá ser de dano ou de perigo, enquanto que, com relação à exteriorização do delito relativamente ao objeto da ação é que se fala em crime material.

O crime material necessita de um resultado naturalístico para sua consumação, relativo ao objeto da conduta, e poderá ser de dano, como o homicídio, por exemplo, ou de perigo, como a produção de moeda falsa, não se podendo, portanto, identificar o crime material com o crime de dano.

Feita tais diferenciações acerca da classificação doutrinária dos crimes, voltemos agora para a classificação relevante para o presente estudo. Quanto à materialidade, portanto, os crimes dividem-se em crimes de dano e crimes de perigo, sendo que os crimes de perigo, por sua vez, dividem-se em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

2.1 Crime de dano

Os crimes de dano se tratam de espécies de delitos de resultado ou materiais, ou seja, delitos que, para a sua consumação, necessitam da ocorrência de um resultado típico, material ou natural, vinculado à conduta por um nexo de causalidade. Trata-se de delitos que se perfazem com a ocorrência de algum dano ou lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. A conduta, portanto, só será típica quando o bem sofrer qualquer tipo de lesão ou diminuição ao seu valor. Quanto aos crimes de dano, Giuseppe Bettiol²¹ afirma:

O conceito de dano é um conceito puramente normativo, é fruto de uma valoração. O dano não existe naturalisticamente falando. Existem apenas resultados, alterações das condições ambientais preexistentes à ação do sujeito. Estes resultados assumem o nome de dano apenas quando são valorados como lesivos de uma situação que interessa à vida de relação entre os homens. É somente com fundamento na posição de um agente a respeito de um bem da vida, tutelado por uma norma, que o conceito de dano pode ser plenamente compreendido. E, atente-se, apenas enquanto a alteração do interesse protegido provenha de uma ação humana. Os danos que podem derivar da ação de forças naturais ou de energias sub-humanas não são danos sob o aspecto jurídico, a menos que na sua raiz se encontre um comportamento humano que tenha sabido empregar estas forças para seus fins particulares. O conceito de dano é portanto um conceito normativo, por representar o fruto de uma valoração de um evento imputável a uma pessoa em relação às exigências de uma norma. E para configurar-se o dano juridicamente relevante, é preciso que o interesse alterado pela conduta humana seja tutelado por uma norma jurídica. O dano torna-se portanto sinônimo de lesão, pelo que todo crime, enquanto constitua lesão de um interesse, produz também um dano. Todo crime encerra um dano jurídico.

²¹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. Vol. I.

Conforme se vê, portanto, o crime de perigo é aquele que se consuma quando a conduta do agente ocasiona uma efetiva lesão ao bem jurídico erigido pela norma como relevante.

2.2 Crime de perigo

Os crimes de perigo, inversamente aos crimes de dano, se perfazem não com a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, mas com a exposição do bem jurídico a um risco de lesão, ou seja, a um perigo de lesão. Ângelo Roberto Ilha da Silva²², citando Miguel Reale Jr, define o perigo como:

a aptidão, a idoneidade de um fenômeno de ser causa de dano, ou seja, é a modificação de um estado verificado no mundo exterior com a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restituição de um interesse.

Já Walter Coelho, quanto à definição do crime de perigo, afirma que: “é aquele que, sem destruir ou diminuir o bem-interesse penalmente protegido, representa, todavia, uma ponderável ameaça ou turbacão à existência ou segurança de ditos bens ou interesses, com relevante probabilidade de dano”.

Discute-se, quanto aos crimes de perigo, se a noção de perigo se trata de um conceito normativo ou ontológico. A esse respeito, Giuseppe Bettiol, na obra anteriormente citada, afirma que:

Segundo uma teoria subjetiva, o conceito de perigo seria uma mera criação de nossa mente porque o perigo não existe objetivamente. Se estão presentes todas as condições necessárias e suficientes à produção do evento e este se verifica, poder-se-á apenas proclamar um evento ocorrido, ao passo que se ele não se produziu, significa que objetivamente não era possível, visto que não se realizaram todas as condições necessárias e suficientes. Trata-se, portanto, no perigo, de uma expectativa de todo subjetiva de um evento que não se deseja. De outra parte estão aqueles que consideram que o perigo tem uma realidade objetiva e recorre, para demonstrá-lo, ao cálculo das probabilidades, no sentido de que subsiste o perigo de um evento todas as vezes em que as probabilidades de sua produção são superiores às que obstaculam a sua verificação. Dado que todo evento é o resultado do predomínio de condições favoráveis sobre as contrárias, podemos falar de perigo sempre que subsista uma acentuada possibilidade (probabilidade) de que aquelas possam ter predomínio sobre estas. O perigo é portanto um realidade objetiva, não

²² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 54.

uma simples criação de nossa mente. Tudo isto é indiscutivelmente verdadeiro, mas não impede que o conceito de perigo seja um conceito normativo, porque o que na realidade subsiste é uma determinada situação de fato a qual, a juízo de nossa mente, pode gerar ulterior situação de fato (evento) lesiva de um interesse protegido. É sempre com base em um prognóstico que ligamos, entre ambos, os dois eventos (evento de perigo com evento de dano) e é sempre com fundamento numa valoração que podemos qualificar determinada situação de fato como perigosa para um bem jurídico. Na realidade, há apenas eventos que julgamos danosos ou perigosos conforme tenham efetivamente prejudicado um interesse protegido, ou possam com probabilidade determinar uma lesão.

Afora essa discussão acerca do conceito dos crimes de perigo, tem-se que, na realidade, o direito extrai, ou seja, recorta da realidade as situações de perigo e as traz, por sua relevância, para o mundo jurídico. Assim, percebe-se que o direito, eminentemente baseado na realidade, não cria situações de perigo, mas apenas as seleciona mediante determinados critérios. Ora, certos riscos, para o direito, são relevantes, enquanto outros não o são. Assim, abstraindo-se todas essas considerações meta-jurídicas, será considerado perigoso, para o mundo jurídico, tudo aquilo que a lei determinar, daí o caráter normativo do conceito de crime de perigo.

2.2.1 Crime de perigo concreto

Os crimes de perigo, como anteriormente afirmado, podem ser divididos em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, em uma divisão que leva em consideração a efetiva exposição do bem jurídico tutelado pela norma a um risco de lesão. Nos crimes de perigo concreto, portanto, o bem jurídico protegido pela lei penal é exposto a um perigo concreto ou efetivo de lesão, perigo este verificado através das circunstâncias do caso concreto. O perigo, pois, é indicado no modelo legal, constituindo um elemento do tipo.

Não obstante tal divisão dos crimes de perigo, doutrinadores há que discordam da existência dos crimes de perigo abstrato, entendendo que todos os crimes de perigo referem-se a um perigo concreto. Neste sentido, Giuseppe Bettiol²³ afirma que:

Um perigo meramente abstrato não existe, porque o perigo é sempre probabilidade de um evento temido. Todo perigo pois é sempre perigo concreto. Neste sentido tem razão Antolisei quando escreve “o conceito de perigo abstrato é fruto de um

²³ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. Vol. I.

equivoco. É certo que existem muitos fatos que o Estado proíbe enquanto presume que representem um perigo para a ordem jurídica. Uma vez que esta presunção é *iuris et de iuri*, nestes casos tem lugar a punição tanto se o perigo no caso concreto subsiste, quanto se não subsiste. Assim, por exemplo, no incêndio o perigo comum pode inclusive faltar, sem que cesse a punibilidade do fato. No entanto, isto não significa que exista uma espécie de perigo genérico e indeterminado, mas apenas que ao lado dos crimes de perigo efetivo, isto é, ao lado dos crimes nos quais o perigo é um requisito que deve ser demonstrado vez por vez, estão os crimes de perigo presumido, nos quais se pressupõe um perigo, como presunção que não admite prova em contrário. Daí não se trata de uma forma especial de perigo, mas simplesmente de uma presunção de perigo”. A distinção portanto não se situa entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, e sim entre crimes de perigo efetivo e crimes de perigo presumido: nos primeiros, não há lugar para presunções, porque a efetividade do perigo deve ser sempre verificada, enquanto nos segundos a prova da não efetividade do perigo não é admitida, já que se poderá verificar o caso de que em dada situação concreta a ação deve ser punida, mesmo que não tenha determinado aquele perigo que constitui a *ratio* da norma penal. Caso extremo, que poderá eventualmente determinar a transformação do crime de perigo presumido em crime de perigo efetivo, sempre que a situação devesse resultar bastante gravosa. Há por seu turno quem é de parecer que esta transformação deva ser em todo caso cumprida pelo legislador, porquanto não é preciso esquecer que dentre de certos limites a criação dos crimes de perigo presumido é verdadeiramente necessária para alcançar determinadas finalidades de política criminal. (ANTOLISEI, L’azione e l’evento, cit., pág. 142).

Não obstante tal posicionamento acima transcrito, a divisão dos crimes de perigo em perigo concreto e abstrato é majoritariamente aceita.

Os crimes de perigo concreto exigem, para a sua configuração, que determinadas pessoas tenham ficado sujeitas a um risco real de lesão. De acordo com Fernando Capez,

Trata-se de situação de real modificação do mundo exterior, perceptível naturalisticamente e consistente na alteração das condições de intangibilidade do bem existentes antes da prática da conduta. O perigo concreto deflui de dada situação objetiva em que o comportamento humano gerou uma possibilidade concreta de destruição do bem jurídico tutelado, até então não existente (antes da conduta não havia risco de lesão, e depois se constatou o surgimento dessa possibilidade).

2.2.2 Crime de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato, inversamente aos de perigo concreto, não exigem, para a sua configuração, uma efetiva exposição do bem jurídico a um risco de lesão, pois que o perigo encontra-se ínsito na própria conduta do agente. Trata-se, na verdade, de uma presunção de perigo, pois que o ordenamento jurídico, ao tipificar tal conduta, entendeu que a conduta em si mesmo reveste-se de periculosidade a ponto de ser proibida.

De acordo com Luis Régis Prado²⁴, “o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, o motivo que dá lugar à vedação legal de determinada conduta. Apreciável *ex ante*, o perigo é inerente à ação ou omissão, não necessitando de comprovação”.

O perigo, neste tipo de crime, é presumido, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure*. Pode-se dizer, portanto, que os crimes de perigo concreto pressupõem a afirmação de perigo no caso concreto *a posteriori*, enquanto nos delitos de perigo abstrato o perigo já vem definido *a priori*. Nos de perigo concreto, o perigo constitui um elemento do tipo legal, enquanto nos de perigo abstrato, o perigo não é elemento do tipo, mas tão-só a sua motivação.

Percebe-se que, de fato, há condutas que são danosas em si mesmas, necessitando de sua tipificação legal como crimes de perigo abstrato. A criação, portanto, dos tipos legais de crime de perigo abstrato representa uma escolha do legislador por um atuar mais preventivo do direito penal. Se o ordenamento jurídico penal pátrio, rejeitando os crimes de perigo abstrato, optasse por esperar que uma conduta potencialmente periculosa se tornasse em efetivamente periculosa e, posteriormente, em uma conduta danosa, os objetivos buscados pela normal penal não seriam alcançados, pois que os bens jurídicos estariam deveras expostos. Ora, se a lei penal busca proteger os bens jurídicos de lesões, é necessário que essa proteção se dê em seus estágios iniciais, ou seja, é necessário que uma conduta potencialmente danosa seja proibida *ex ante*, antes mesmo que se torne danosa.

Tendo em vista que nos crimes de perigo abstrato não há a comprovação da exposição do bem jurídico a um risco efetivo de lesão, existem posicionamentos no sentido de que tais crimes seriam incompatíveis com a Constituição Federal de 1988 e com as bases do Estado Democrático de Direito, indo de encontro aos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da lesividade, da fragmentariedade, da proporcionalidade, dentre outros.

Tal posicionamento defende que todo crime deve produzir um resultado, devendo tal resultado ser de dano ou de perigo. No entanto, nos casos de produção de um resultado de perigo, a ocorrência deste deve ser efetivamente comprovada, não se podendo punir uma conduta que não tenha exposto nenhum bem jurídico relevante a um risco de lesão. Para embasar tal posicionamento, utiliza-se de alguns princípios iluminadores do direito penal, como o princípio da lesividade e da proporcionalidade, afirmando-se que a conduta não

²⁴ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, Vol. I. p. 241.

possuiria a potencialidade lesiva necessária para a configuração de um delito, não sendo proporcional a imposição de uma pena restritiva de direitos ou de privação da liberdade em casos em que a conduta não expôs efetivamente um bem jurídico a um risco de lesão.

Tal entendimento, data máxima vênia, encontra-se equivocado, pois que na tipificação de crimes de perigo abstrato, não se desconhece ou desrespeita o princípio da lesividade ou ofensividade, por exemplo, segundo o qual todo crime exige a produção de um resultado, resultado este de lesão ao ameaça de lesão a um bem jurídico. Ocorre que alguns comportamentos ilícitos, como o de portar uma arma de fogo, portanto, possuem ínsitos em si mesmos uma periculosidade à sociedade, já induzindo *ex ante* um risco de lesão à coletividade. Não se pode alegar que tais condutas não diminuam o risco de segurança dos cidadãos apenas porque não se logrou comprovar que alguém tenha sido exposto ao risco de ser atingido por um disparo de arma de fogo. Ora, o fato de uma pessoa encontrar-se armada já é uma conduta periculosa por si mesma, não exigindo a comprovação de um perigo efetivo de lesão a uma determinada pessoa.

Segundo o entendimento do ilustre doutrinador Fernando Capez²⁵,

A ofensividade ou lesividade é um princípio que deve ser aceito, por se tratar de princípio constitucional do direito penal, diretamente derivado do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III). Sua aplicação, no entanto, não pode ter o condão de abolir totalmente os chamados crimes de perigo abstrato, mas tão-somente temperar o rigor de uma presunção absoluta e inflexível. A ofensividade deve ser empregada para afastar as hipóteses de crime impossível, em que o comportamento humano jamais poderá levar o bem jurídico a lesão ou exposição a risco de lesão. No mais, **deve-se respeitar a legítima opção política do legislador de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta, por exemplo, de alguém possuir irregularmente arma de fogo no interior de sua residência ou domicílio. Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o desejo manifestado pela lei. Negar vigência aos dispositivos nos casos em que não se demonstra perigo real, sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana, implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis. Diminuindo a proteção às potenciais vítimas de ofensas mais graves, produzidas mediante o emprego de armas de fogo, deixando-as a descoberto contra o dano em seu nascedouro, o intérprete estará relegando o critério objetivo da lei ao seu, de cunho subjetivo e pessoal. Privilegia-se a condição do infrator em detrimento do ofendido, contra a expressa letra da lei.** (Grifos nossos).

Ainda, com relação aos crimes de perigo abstrato e o princípio da lesividade ou ofensividade, o entendimento de Ângelo Roberto Ilha da Silva²⁶ é extremamente relevante:

²⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 04. P. 329/330.

(...) ao constatar-se a necessidade de incriminar, por meio de tipos de perigo abstrato, certas condutas que, isoladamente, não sejam danosas em um nível relevante ou empiricamente perceptível, mas, que somadas, apresentem um dano relevante, não se poderia imputar ao legislador um desatendimento ao princípio da lesividade. Poder-se-iam, após uma averiguação, opor até mesmo outros óbices: desproporcionalidade, desnecessidade etc., mas não ausência de lesividade. Em obra avaliativa do sistema criminal, Miguel Reale Júnior, já no início dos anos oitenta, propunha a adoção de tipos de perigo abstrato para “as figuras penais preventivas da poluição”. A Professora Ivete Senise Ferreira anota que em matéria de ofensas ao meio ambiente as incriminações de perigo abstrato se justificam em razão da natureza de tais ofensas. Na verdade, em certos casos, que devem ser criteriosamente identificados, não deve o legislador aguardar o dano em face da irreversibilidade de alguns bens, constituindo o que Paulo José da Costa Jr. denomina *crime-obstáculo*. (REALE JÚNIOR, Miguel. Novos rumos do sistema criminal, p. 214; FERREIRA, Ivete Senise. Tutela penal do patrimônio cultural, p. 99).

Continua o citado autor afirmando que:

Subtrair do direito penal um caráter de prevenção significa afastar-se da realidade e desatender às necessidades de nosso tempo. Bernd Schunemann observa, com propriedade, o equívoco das conclusões de Hassemer, assim como seus seguidores, propondo um direito penal mais eficiente e igualitário sem privilegiar os “interesses de uma política industrial míope”, devendo, sim, o direito penal funcionar como uma espécie de legítima defesa da sociedade com vistas à sobrevivência da humanidade e com caráter preventivo. (HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal, p. 27 e ss.). (Grifos nossos).

Por fim, percebe-se que o entendimento de que o direito penal deve-se voltar aos delitos de resultado, rejeitando-se os crimes de perigo, notadamente os crimes de perigo abstrato, leva a uma negativa da modernização do direito penal, o que conduzirá a um fracasso na finalidade deste de proteger bens jurídicos, posto que se estará ignorando as condições de atuação da sociedade moderna. Rejeitar os crimes de perigo abstrato é uma posição reacionária, retrógrada, a qual trará maiores danos à sociedade do que a criminalização de condutas consideradas perigosas em si mesmas.

Tudo o que até aqui foi esposado acerca dos crimes de perigo abstrato, em sua relação com o princípio da ofensividade ou lesividade, foi suficiente para demonstrar o equívoco do posicionamento segundo o qual tais delitos não respeitariam os princípios constitucionais iluminadores do direito penal. O princípio da lesividade é, como claramente demonstrado, observado, sempre que o tipo penal estiver a proteger bens jurídicos de grande relevância, sendo que alguns, por suas características próprias, só podem ser eficazmente tutelados, em determinadas situações, de forma antecipada, mediante a utilização de crimes de perigo abstrato. Tal se dá tanto pela irreversibilidade do bem jurídico ao *status quo ante*,

²⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

como também pela dificuldade em se mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias nos moldes rigorosos do sistema penal.

3. TEORIA DO CRIME

A Teoria do crime tem o objetivo de explicar o que é o delito em geral, determinando quais as características que tornam uma conduta delituosa. A Teoria do Delito, como também é conhecida, atende a um propósito prático, que é o de tornar mais fácil a verificação da ocorrência de um delito, indicando se uma determinada conduta preenche todos os requisitos considerados relevantes pelo direito penal para a sua criminalização. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, “a teoria do delito é uma construção dogmática que nos proporciona o caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto”²⁷.

O crime pode ser conceituado segundo diversos sistemas. Através do sistema formal, conceitua-se o delito sob o aspecto da técnica jurídica, adotando-se o ponto de vista da lei positiva. Sob esse aspecto, delito seria aquela conduta descrita pela lei penal como tal.

Através do sistema material, por sua vez, conceitua-se o crime sob o seu aspecto ontológico, levando-se em consideração a natureza danosa da conduta e suas conseqüências, ou seja, procurando entender por quais razões o legislador definiu aquela conduta como criminosa. Sob o aspecto material, portanto, o crime seria aquela conduta que viola os bens jurídicos mais importantes à sociedade como um todo. Bettiol, segundo as concepções formal e material do crime, afirma:

(...) duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira tem-se ao crime *sub specie iuris*, no sentido de considerar o crime como ‘todo o fato humano, proibido pela lei penal’. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime ‘todo o fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade’²⁸.

Os sistemas formal e material do crime, na verdade, não demonstram com precisão o que seja o delito, pois que não trazem uma definição do crime. Surge, neste ínterim, um outro sistema, aquele que tenta definir o delito através de um conceito analítico, estratificado, analisando as características e os elementos que compõem o delito. Sobre esse conceito analítico do crime, Assis Toledo assevera:

²⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 366.

²⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Vol. I.

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (antijuridicidade) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável²⁹.

Adotando o sistema analítico ou estratificado de conceituação do crime, deve-se, para averiguar se há delito em um caso concreto, formular várias perguntas, as quais devem ser feitas em uma ordem determinada. Segundo Zaffaroni e Pierangeli:

(...) as perguntas, a que devemos responder para saber se em cada caso concreto houve delito, são várias. Não conseguiremos absolutamente nada se pretendermos resolver tudo com uma única resposta a uma única pergunta (há delito?). Daí que as perguntas tenham que ser a consequência de uma análise em que seja imperioso proceder por passos sucessivos³⁰.

Ressalte-se que estratificado não é o delito em si, mas apenas o conceito que do delito se obtém através da análise. O que se enuncia são as características analiticamente obtidas, as quais formam diversos planos, níveis ou estratos, mas o delito, por si mesmo, é uma unidade e não uma soma de componentes ou estratos.

Assim, para se determinar o que é um delito, antes de qualquer outra pergunta a ser formulada, deve-se ter em vista que os delitos não podem ser outra coisa senão condutas ou ações humanas. Partindo desse pressuposto, tem-se que, de uma infinidade de condutas humanas, apenas algumas terão relevância para o direito penal. Para distinguir quais condutas serão relevantes ou não ao direito penal, constituindo ou não delitos, deve-se analisar a parte especial do Código Penal Brasileiro, mais precisamente o artigo 121 em diante, a qual, através dos tipos penais, descreve cada conduta humana considerada delituosa.

Se uma determinada ação humana encontrar-se subsumida em alguns desses tipos penais, dir-se-á que a mesma é uma conduta típica, atendendo ao primeiro requisito ou característica do delito, qual seja, a tipicidade. Continuando o raciocínio, tem-se que nem todas as condutas descritas pelos tipos penais, e, portanto, condutas típicas, serão consideradas delituosas. Isso acontece porque algumas vezes o ordenamento jurídico penal pátrio fornece permissões para a realização de condutas típicas. Exemplo disto são os preceitos contidos nos artigos 23 a 25 do Código Penal, os quais prevêm que não há crime

²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 80.

³⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 366.

quando o agente pratica o fato típico a título de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Nestes casos, embora o agente pratique uma conduta típica, sua conduta não será considerada um delito, por lhe faltar a segunda característica ou requisito do crime, qual seja, a antijuridicidade, definida como a contrariedade de uma conduta à ordem jurídica, considerada como unidade harmônica.

Percebe-se, até este momento, que o delito é toda conduta humana típica e antijurídica, conduta esta a qual a doutrina chama de injusto penal. De acordo com boa parte da doutrina, o injusto penal (conduta típica e antijurídica) não é ainda um delito, faltando-lhe um requisito, qual seja, a culpabilidade. Segundo esta parte da doutrina, para a existência do delito, é necessário que a conduta seja também culpável, reprovável, ou seja, é indispensável que o autor tenha tido a possibilidade de agir de maneira diversa da descrita no tipo penal. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli, “esta característica de reprovabilidade do injusto ao autor é o que denominamos culpabilidade e constitui a terceira característica específica do delito³¹”. Portanto, seguindo a idéia das perguntas trazida pelos mencionados autores, deve-se, primeiramente:

(...) perguntar se houve conduta, porque, se falta o caráter genérico do delito, então nos encontramos diante de uma hipótese de ausência de conduta e não se deve formular qualquer outra pergunta. Em seguida, devemos indagar pelos caracteres específicos, mas aqui também devemos seguir a ordem indicada, porque, se concluímos que a conduta não está individualizada em um tipo penal, não faz sentido averiguar se está permitida ou se é contrária à ordem jurídica e menos ainda se é reprovável, posto que jamais será delito, mesmo que ambas as respostas sejam afirmativas. Estaremos diante de um caso de falta de tipicidade, que se denomina atipicidade (a conduta é atípica). Se estamos lidando com uma conduta típica, caberá então indagarmos se esta conduta é antijurídica, porque, em caso negativo, não tem sentido perguntar-se pela culpabilidade, visto que o direito não se ocupa da reprovabilidade de condutas que não são contrárias a ele (que estão justificadas). Somente quando temos uma conduta típica e antijurídica (um injusto), é que tem sentido perguntar-se se esta conduta é reprovável ao autor, isto é, se é culpável. Nos casos de inculpabilidade, o injusto não é delito.

Finalizando o entendimento dos autores acima transcritos:

Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação), é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável).

Necessário é ressaltar que esta visão tripartida do delito não é defendida por toda a doutrina brasileira e estrangeira, existindo posicionamentos no sentido de excluir a

³¹ ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 371.

culpabilidade como requisito do delito. Damásio³², Dotti³³, Mirabete³⁴ e Delmanto³⁵ entendem que o crime é fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade seria apenas um pressuposto de aplicação da pena. Seguindo esse entendimento, denominado como finalista, objetivamente, para a existência do crime, é prescindível a culpabilidade. O crime existe por si mesmo apenas com os requisitos da tipicidade e antijuridicidade, sendo que só será ligado ao autor se este for culpável.

A doutrina finalista entende que o fato típico deve conter elementos subjetivos, englobando, portanto, a vontade do agente, pois que seria incoerente julgar um ato como contrário à ordem jurídica sem atender ao conteúdo da vontade com que este se realizava. Ora, a vontade não pode ser separada de seu conteúdo ou finalidade, pois que toda conduta humana deve ser voluntária e toda vontade possui um fim. Damásio de Jesus, discorrendo sobre este tema, afirma que:

A atividade finalista da ação baseia-se em que o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, pode prever as conseqüências de sua conduta, propondo, dessa forma, objetivos de distinta índole. Conhecendo a teoria da causa e efeito, tem condições de dirigir sua atividade no sentido de produzir determinados efeitos. (...) Por isso, a vontade finalista pertence à ação, quer dizer, aquilo que os mecanicistas chamam de conteúdo da vontade, que corresponde à vontade tendente à produção de determinado fim, pertence à conduta, primeiro elemento do fato típico. (...) A doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, que consiste na vontade de concretizar as características objetivas do tipo penal, mas também com a culpa. O Direito não deseja apenas que o homem não realize condutas dolosas, mas, também, que imprima em todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produzam resultados lesivos. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à inobservância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de tal conseqüência, ingressam no rol dos delitos culposos. Em determinado momento da evolução dogmática do Direito Penal, a doutrina entendia que a antijuridicidade era exclusivamente objetiva, não dependendo da vontade do sujeito. Essa idéia vingou até que foram descobertos os chamados elementos subjetivos do injusto, expressão adotada por aqueles que apreciam a ilicitude concretizada no tipo (Mezger). (...) Partindo desse ponto, Welzel entendeu que **não somente a intenção, como também o dolo, nesses casos, pertencem à ação e ao tipo**. Se nos crimes com elementos subjetivos do injusto o dolo pertence à ação e ao tipo penal, por que nos outros crimes esses elementos pertenceriam à culpabilidade? Diante disso, **segundo a doutrina finalista da ação, a teoria reinante teve por necessidade incluir o dolo na ação (conduta) e no tipo penal**³⁶. (Grifei).

³² JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral*. 27ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2003 Vol. I.

³³ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. Vol. 1.

³⁵ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

³⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1.P. 234/235.

Através deste ensinamento do ilustre doutrinador acima transcrito, percebe-se que, uma vez a tipicidade englobando os caracteres subjetivos da vontade do agente, e retirando-os, portanto, do âmbito da culpabilidade, não há necessidade de que esta seja entendida como requisito do delito. Ora, uma vez a conduta humana, dolosa ou culposa, tenha sido dirigida com o intuito de causar um resultado, estando tal conduta descrita pela lei penal como delituosa e não havendo nenhuma causa de justificação para retirar a antijuridicidade de tal ação, estar-se-á frente a um delito, sendo irrelevante, para a existência objetiva do crime, se o autor é culpável ou não. O fato de o autor ser ou não culpável encontra-se fora do crime por si mesmo, sendo apenas um pressuposto de aplicação da pena. A conduta não deixará de ser considerada criminosa apenas porque quem a cometeu era inculpável.

3.1 Requisitos

Seguindo a doutrina finalista, adotada neste trabalho, delito é toda ação típica e antijurídica, sendo considerados requisitos essenciais do crime apenas a tipicidade e a antijuridicidade. A culpabilidade é entendida, então, como apenas um pressuposto para a aplicação da pena, não se encontrando na estrutura do delito.

3.1.1 Tipicidade: a questão da potencialidade lesiva e a teoria da tipicidade conglobante

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli³⁷:

O tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).

³⁷ ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 421.

Primeiramente, o tipo penal pertence à lei, pois é nesta que se encontram os tipos penais. Os “tipos penais”, portanto, são fórmulas legais que individualizam condutas consideradas relevantes ao direito penal ao ponto de serem proibidas. Ou seja, o tipo penal possui a descrição de uma conduta considerada proibida, por afetar um bem jurídico tutelado pela lei penal. Ainda, tem-se que o tipo penal é logicamente necessário, porque sem ele o aplicador da lei teria que analisar a antijuridicidade e a culpabilidade (para os não-finalistas) de uma conduta que, ao final, não teria relevância para o direito penal. Por fim, o tipo penal é predominantemente descritivo, pois que serve para individualizar em seus pormenores a conduta proibida pela lei penal.

Não se deve confundir o tipo com a tipicidade, pois que aquele pertence à lei, enquanto esta pertence à conduta. A tipicidade é a característica que possui a conduta descrita em um tipo penal. Ou seja, “tipo” é a fórmula legal que descreve uma determinada conduta, enquanto tipicidade é a característica que essa conduta possui, devido ao fato de encontrar-se descrita no tipo. Da mesma forma, não se deve confundir o tipo ou a tipicidade com a expressão “típica”. Típica é a conduta que apresenta a característica da “tipicidade”, por encontrar-se descrita em um “tipo”. De acordo com Luís Régis Prado³⁸:

A tipicidade é a subsunção ou adequação do fato ao modelo previsto no tipo legal. É um predicado, um atributo da ação, que a considera típica (juízo de tipicidade positivo) ou atípica (juízo de tipicidade negativo). Daí ser a ação típica um substantivo, isto é, a ação já qualificada ou predicada como típica (subsumida ao tipo legal). A tipicidade é a base do injusto penal.

Ressalte-se que a existência dos tipos legais é extremamente necessária face ao princípio da reserva legal. Segundo o referido princípio, previsto no Art. 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ora, em uma análise deste princípio, percebe-se que todos os crimes devem ser abstratamente previstos por lei anterior, significando a necessidade da criação dos tipos legais, os quais descreverão as condutas consideradas relevantes e, portanto, proibidas pela lei penal.

Ultrapassando essa introdução ao conceito de tipicidade, devemos analisar o que faz com que uma determinada conduta seja considerada típica, ou seja, o que dá a uma conduta a característica da tipicidade.

³⁸ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. 1.

O fato típico, como anteriormente afirmado, é composto pela conduta do agente: (posto que os delitos não podem ser outra coisa senão condutas ou ações humanas), dolosa ou culposa (posto que a conduta, para ser proibida, precisa ter sido desejada pelo agente ou, pelo menos, ter sido prevista pelo mesmo), comissiva ou omissiva; pelo resultado; pelo nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Porém, isto não basta para a tipicidade da conduta. É preciso que a conduta amolde-se ao modelo abstrato previsto na lei, ou seja, é preciso que a conduta esteja descrita abstratamente em um tipo legal. Desta forma, para o fato ser típico, é necessário, além da conduta humana (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva), do resultado e do nexo de causalidade, a sua tipicidade penal.

Segundo a teoria da tipicidade conglobante, a tipicidade penal, por sua vez, é composta pela tipicidade formal e pela tipicidade conglobante. Neste ínterim, tem-se que a tipicidade formal trata-se justamente de a conduta encontrar-se adequada a um tipo penal, ou seja, trata-se de a conduta estar subsumida na descrição contida no tipo previsto abstratamente na lei. Assim, além da tipicidade formal, é necessária a tipicidade conglobante, composta, por sua vez, pela antinormatividade e pela tipicidade material.

Para um maior entendimento do assunto, façamos um retrospecto do que até aqui foi exposto. Tem-se que o fato, para possuir a característica da tipicidade, deve ser uma conduta humana (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva), deve produzir um resultado e deve haver um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Além disso, é necessário que a conduta possua a característica da tipicidade penal. A tipicidade penal, por sua vez, é composta pela tipicidade formal e pela tipicidade conglobante, sendo que esta (tipicidade conglobante) é formada pela tipicidade material e pela antinormatividade.

Após essa explicação sucinta, pode-se prosseguir na exposição do assunto. A tipicidade conglobante é, então, formada pela tipicidade material e pela antinormatividade. A antinormatividade nada mais é senão a contrariedade da conduta com a norma penal, não podendo a ação do autor ser imposta ou fomentada pela ordem jurídica. Ora, não é possível que em um ordenamento jurídico, o qual deve, pelo próprio nome, ser um conjunto ordenado e harmônico de normas, possam existir normas que se contradigam e se excluam entre si, não sendo possível que uma determinada norma proíba uma conduta fomentada ou imposta por outra específica norma.

Tal entendimento encontra embasamento nas lições de Norberto Bobbio³⁹ acerca do ordenamento jurídico, quando este afirma que:

(...) um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, sistema equivale a validade do princípio, que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica na exclusão da incompatibilidade.

Percebe-se que, em se tratando de um ordenamento jurídico, não é possível que uma norma proíba uma determinada conduta que é, ao mesmo tempo, fomentada ou imposta por uma outra norma do mesmo ordenamento. Assim, quando isto ocorre, na verdade, diz-se que a conduta não é antinormativa, pois que o próprio ordenamento a impõe ou fomenta. Falta-lhe, portanto, um dos requisitos da tipicidade conglobante, qual seja, a antinormatividade, o que, conseqüentemente, a tornará carente de tipicidade penal, sendo, portanto, uma conduta atípica.

Neste ínterim, para um melhor entendimento do assunto, é necessária a exposição de um exemplo, o qual define a questão da antinormatividade. Trata-se do caso de um oficial de justiça, o qual deve cumprir um Mandado Judicial de seqüestro de um bem. Sua conduta, embora esteja descrita abstratamente na lei penal como furto (subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel), não é típica, por não ser antinormativa. Ora, o oficial de justiça possui o dever de cumprir o Mandado Judicial, sendo que o próprio ordenamento jurídico impõe tal conduta, não podendo, portanto, ser sua conduta considerada proibida. Trata-se de um fato atípico.

Este exemplo, assim como outros exemplos que possam ser dados como excludentes da antinormatividade e, portanto, excludentes da tipicidade, são entendidos, por parte da doutrina, como excludentes da antijuridicidade, por se tratar de casos de estrito cumprimento de dever legal, previsto no Art. 23, III do Código Penal Brasileiro. Percebe-se que a teoria da tipicidade conglobante, portanto, entende que as condutas descritas como estrito cumprimento de dever legal não excluem a antijuridicidade da conduta, mas a própria

³⁹

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília, Editora UnB: 1982. p. 80.

tipicidade, visto que, nessas hipóteses, não há uma mera permissão para a prática da conduta proibida, mas sim uma imposição legal. Segundo tal entendimento, as causas excludentes da antijuridicidade tratam-se de permissões legais, ou seja, a ordem normativa permite ao indivíduo a prática de uma conduta típica, desde que dentro de limites legais. Neste caso, o ordenamento apenas permite, pois que, por exemplo, em um caso de legítima defesa, a lei permite que o agente se defenda, mas este pode também decidir por fugir da agressão. O ordenamento não impõe ou fomenta, neste caso, que o agente agrida o seu agressor, resistindo à injusta agressão sofrida, mas apenas permite que o agredido, assim querendo, revide a agressão. Diferente é o caso do estrito cumprimento de dever legal, pois que, aqui, não se trata de uma simples permissão, mas de uma ordem legal para a prática de conduta considerada proibida, o que retira não a antijuridicidade, mas a própria tipicidade da conduta. Zaffaroni e Pierangeli⁴⁰, a esse respeito, afirmam:

O “estrito cumprimento de dever legal” é um caso em que “não há crime”, de acordo com o art. 23, III, primeira parte, do CP; embora um bom número de autores considere que se trata de uma causa de justificação, vimos que assim não é, porque as causas de justificação são geradas a partir de um preceito permissivo, enquanto no cumprimento de um dever jurídico há somente uma norma preceptiva (uma ordem). **Quem não quer agir justificadamente pode não fazê-lo, porque o direito não lhe ordena que assim o faça, mas simplesmente lhe dá uma permissão. Por outro lado, quem deixa de cumprir com um dever jurídico é punido, porque o direito lhe ordena que aja desta forma. Ademais, enquanto no cumprimento de dever jurídico há uma ordem, na causa de justificação não há sequer um favorecimento da conduta justificada, que somente está permitida como um gesto de impotência diante de uma situação conflitiva.** (Grifei).

Continuando na exposição do tema, para haver tipicidade conglobante, é necessário, além da antinormatividade, a tipicidade material da conduta, entendida esta como a relevância jurídica do resultado causado pela conduta. É neste ponto que entra a questão da potencialidade lesiva e, ainda, a aplicação dos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, insignificância, relevância social, todos estudados no primeiro capítulo deste trabalho. Ora, o Direito Penal é um direito de *ultima ratio*, só sendo penalmente relevantes aquelas condutas que afetarem de forma grave aqueles bens mais importantes para a ordem jurídica.

Neste ínterim, é necessário ressaltar que o legislador, quando da criação dos tipos penais, não poderia descrever as condutas em suas minúcias, ou seja, não poderia ocupar-se

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

de detalhes, cabendo ao intérprete, na verdade, delimitar o âmbito de abrangência do tipo penal incriminador. Assim, as questões da necessidade da relevância social da ação, da gravidade da conduta e do resultado causado possuem importância na determinação da tipicidade da conduta. Rogério Grecco⁴¹ explica de forma simples este ponto, *in verbis*:

Imaginemos o seguinte: alguém, de forma extremamente imprudente, ao fazer uma manobra em seu automóvel, acaba por encostá-lo na perna de um pedestre que por ali passava, causando-lhe um arranhão de meio centímetro. Se analisarmos o fato, chegaremos à seguinte conclusão: a conduta foi culposa; houve um resultado; existe um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; há tipicidade formal, pois existe um tipo penal prevendo esse modelo abstrato de conduta. Ingressando no estudo da tipicidade conglobante, concluiremos, primeiramente, que a conduta praticada é antinormativa, visto não ser ela imposta ou fomentada pelo Estado. Contudo, quando iniciarmos o estudo da tipicidade material, verificaremos que, embora a nossa integridade física seja importante a ponto de ser protegida pelo Direito Penal, nem toda e qualquer lesão estará abrangida pelo tipo penal. Somente as lesões corporais que tenham algum significado, isto é, que gozem de certa importância, é que nele estarão previstas. Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem aplicação o princípio da insignificância.

Sintetizando o que até aqui foi esposado acerca da tipicidade material, adotando-se a teoria da tipicidade conglobante, tem-se, portanto, que:

o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. **A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso do oficial de justiça (...)**⁴². (Grifei).

3.1.2 Antijuridicidade

A antijuridicidade, sendo o segundo requisito do crime, corresponde à relação de contrariedade da conduta do agente com o ordenamento jurídico como um todo. Neste ínterim, deve-se ter em mente que a antijuridicidade não surge apenas do direito penal, mas de toda a ordem jurídica, podendo provir de qualquer ramo ou parte do direito. “A

⁴¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. V.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 179.

⁴² ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 436.

antijuridicidade é, pois um choque da conduta do agente com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos⁴³”. Diante de tal conceito, consagrado pelos ilustres doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli, percebe-se que a antijuridicidade, ou ilicitude, como preferem alguns, existe quando se constata que a conduta típica não está permitida por nenhuma causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma do ordenamento jurídico pátrio. Percebe-se, portanto, que a subsunção de um fato concreto a um preceito proibitivo, isto é, o juízo de tipicidade, possui um caráter positivo, enquanto o juízo de ilicitude, o qual decorre da verificação da aplicabilidade de uma norma permissiva, possui um caráter negativo. Ora, a conduta, sendo típica, será também antijurídica, desde que não exista, no ordenamento jurídico considerado como um todo, nenhum preceito permissivo que retire a sua antijuridicidade.

Diz-se, portanto, que a antijuridicidade e a tipicidade funcionam como a fumaça e o fogo, ou seja, onde há fumaça (tipicidade), provavelmente, mas nem sempre, haverá fogo (antijuridicidade). Ora, toda conduta prevista em um tipo legal, sendo, desta forma, descrita como uma conduta indesejável pela ordem jurídica, será, também, antijurídica, pois que contrária ao ordenamento, no entanto, se a própria ordem normativa afirmar que tal conduta é permitida, através de um preceito permissivo ou causa de justificação, tal conduta será típica, porém não se encontrará revestida pelo manto da antijuridicidade, não havendo delito, portanto.

Tal definição acerca da antijuridicidade é dada pela teoria da *ratio cognoscendi*, segundo a qual a tipicidade exerce uma função indiciária da ilicitude ou antijuridicidade. Seguindo tal linha de raciocínio, quando um determinado fato for típico, provavelmente também será antijurídico. A regra é a de que quase sempre um fato típico será também antijurídico, somente se concluindo pela licitude da conduta se houver a presença de uma causa de justificação. Esta é a teoria adotada pela maioria dos doutrinadores e pelos Tribunais pátrios, no entanto, não é a única teoria que se destina a definir a antijuridicidade, havendo, também, a teoria da *ratio essendi*, a qual possui posicionamento bem diverso do até aqui explicitado.

⁴³

ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 540.

Segundo a teoria da *ratio essendi*, a tipicidade e a antijuridicidade se fundem, sendo que, ou o fato é típico e, ao mesmo tempo, antijurídico, ou este é lícito e, necessariamente, também atípico. Ou seja, existindo uma causa de justificação que retire a antijuridicidade da conduta, tal situação excluirá também a sua tipicidade, sendo o fato, portanto, lícito e, conseqüentemente, atípico. A teoria da *ratio essendi* prevê um tipo total de injusto, havendo uma verdadeira fusão entre os requisitos do crime (tipicidade e antijuridicidade), sendo que a ausência desta última nos leva a concluir pela inexistência do próprio fato típico. Não há, segundo tal linha de raciocínio, uma ordem de perguntas lógicas para a verificação da ocorrência do delito, ou seja, segundo tal teoria, não se deve primeiramente verificar se o fato é típico para depois investigar se o mesmo é antijurídico, mas, estando tais requisitos fundidos, analisa-se conjuntamente a presença tanto da tipicidade como da ilicitude.

Acerca deste tema, o renomado entendimento de Luís Régis Prado:

(...) Autores há que concebem o delito com uma estrutura bipartida, sendo o tipo, não indício de injusto, mas sim o próprio injusto tipificado (*ratio essendi*). Desse modo, todo fato que exclui o injusto excluirá também o tipo, sendo as causas justificantes características negativas do tipo. O tipo jurídico-penal descritivo do atuar típico é ‘fundamento real de validade (*ratio essendi*) da antijuridicidade’, sendo todo fato punível um injusto típico ou tipificado⁴⁴.

Afora tais discussões trazidas pelas duas teorias explicitadas acima, a doutrina penal pátria costuma dividir a antijuridicidade em dois aspectos, um formal e outro material. Segundo o aspecto formal, a antijuridicidade corresponde à contrariedade da conduta com a norma legal, estando a mesma descrita por um preceito proibitivo, não havendo nenhuma causa de justificação ou preceito permissivo que retire sua ilicitude, conformando-a com a ordem normativa. Vista sob seu aspecto formal, portanto, a antijuridicidade é a realização do tipo legal.

O conceito formal de ilicitude, para alguns doutrinadores, no entanto, não era suficiente para a conceituação da ilicitude, sendo necessária a sua análise sob um ponto de vista material. Miguel Reale Jr, neste ínterim, afirmou:

Von Liszt lançou, por primeiro, nas 12ª e 13ª edições de seu trabalho, a distinção entre o que é formal e o que é materialmente antijurídico. No seu entender, um fato seria formalmente antijurídico enquanto contrário a uma proibição legal, e materialmente antijurídico por implicar na lesão ou perigo a um bem jurídico, ou seja, formalmente, a antijuridicidade se caracteriza como desrespeito a uma norma,

⁴⁴ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 6.ed.V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 379.

a uma proibição da ordem jurídica; materialmente, como ataque a interesses vitais de particulares e da coletividade protegidos pelas normas estatuídas pelo legislador⁴⁵.

Sob o aspecto material, portanto, a ilicitude é conceituada como uma conduta que lese bens jurídicos penalmente protegidos pela ordem jurídica, causando lesões relevantes ou expondo a perigo de lesão. Rogério Greco, sob esta matéria, se vale dos ensinamentos de Assis Toledo, *in verbis*:

Com a finalidade de demonstrar que a mera contradição entre a conduta típica e o ordenamento jurídico não é suficiente a fim de se concluir pela antijuridicidade, Assis Toledo conceitua a ilicitude como ‘a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou a expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado’. Como se percebe pelo conceito de Assis Toledo, além da relação de contrariedade entre a conduta do agente e a norma (ilicitude formal), é preciso que essa conduta possa, de alguma forma, causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem juridicamente tutelado (ilicitude material). Se a norma penal proíbe determinada conduta sob a ameaça de uma sanção, é porque aquela conduta ou causa lesão ou expõe a perigo de lesão o bem juridicamente protegido, e se o agente insiste em praticá-la devemos concluir pela sua ilicitude, desde que não atue amparado por uma causa de justificação⁴⁶.

Após uma análise destes dois prismas, material e formal, percebe-se que tal divisão do conceito de antijuridicidade ou ilicitude é desnecessária, pois que, se uma conduta está descrita em um tipo penal como proibida (antijuridicidade formal), necessariamente tal conduta estará lesando ou expondo a perigo de lesão um bem jurídico tutelado pela ordem normativa (antijuridicidade material). Ora, se a normas jurídicas são criadas para tutelarem bens jurídicos considerados relevantes para a ordem normativa como um todo, isto significa que qualquer conduta que contrarie tais normas estará, necessariamente, lesando bens jurídicos. Desta forma, completamente desnecessária essa distinção entre antijuridicidade formal e material, pois que uma traduz a outra, ou seja, a ilicitude formal pressupõe necessariamente a ilicitude material, principalmente diante dos princípios da relevância social, da lesividade, da fragmentariedade e da insignificância, analisados no primeiro capítulo deste trabalho.

Acerca de tal tema, relevante expor novamente o estudo de Rogério Greco, o qual cita Assis Toledo:

⁴⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 91.

⁴⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Vol. I. p. 353.

Um comportamento humano que se ponha em relação de antagonismo com a ordem normativa não pode deixar de lesar ou de expor a perigo de lesão os bens jurídicos tutelados por essa mesma ordem jurídica. Isso leva à conclusão de que a ilicitude, tal como a definimos anteriormente, só pode ser uma só, ou seja, aquela que se quer denominar redundantemente de material⁴⁷. (Grifei).

O ilustre doutrinador cita ainda o entendimento totalmente pertinente de Sheila Bierrenbach, *in verbis*:

A distinção não tem sentido. Nesta ordem de idéias, se as normas penais, proibitivas ou imperativas, são construídas com a finalidade de proteger bens jurídicos, torna-se evidente que toda oposição à norma penal implica lesão ou perigo de lesão a um bem tutelado. Confundem-se, portanto, ilicitude formal e material, não havendo razão para a distinção. Ilicitude constitui, pois, relação de antagonismo entre a conduta e a norma penal incriminadora, do que decorre dano ou periclitção do bem jurídico tutelado.

Por fim, tem-se que a ilicitude, afora tais discussões trazidas pelas teorias da *ratio cognoscendi* e *ratio essendi*, bem como acerca de sua divisão em formal e material, é, pois, segundo Assis Toledo, a “relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de sorte a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado⁴⁸”.

⁴⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Vol. I. p. 354.

⁴⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 8.

04. DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO

4.1 Descrição típica do delito na Lei 10.826/03.

O Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03), em seu art. 14, previu a conduta típica de portar ilegalmente arma de fogo, acessório ou munição, *in verbis*:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

Através de tal preceito proibitivo, percebe-se que o legislador tipificou todas as condutas que se referem a armas de fogo, desde as condutas mais ofensivas (fornecer, transportar, ceder, emprestar, empregar) até aquelas que se revestem de menor gravidade (adquirir, receber, ter em depósito, manter sob guarda, ocultar).

O Estatuto do Desarmamento tipificou tanto a conduta de portar a arma, como a de portar o acessório ou a munição, o que demonstra a opção legislativa pela tipificação de condutas que não se revistam de potencialidade lesiva. Ora, percebe-se que, uma vez considerando crime a conduta de portar apenas a munição, o legislador não levou em consideração os princípios da lesividade, fragmentariedade, insignificância, adequação social etc. , pois que tal conduta, decerto, não representa nenhum perigo de lesão a bens jurídicos de grande relevância. Ora, o que poderá um agente praticar com apenas uma munição de arma de fogo? Certamente não poderá ameaçar uma vítima, lesioná-la ou expor a sua vida e incolumidade física a algum perigo. Percebe-se, portanto, que houve uma opção legislativa pela tipificação de condutas que não se revestem de potencialidade lesiva, com o objetivo de reprimir todo e qualquer tipo de conduta relacionada às armas de fogo.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, percebe-se que a Lei 10.826/03, de forma óbvia, não tratou da questão de a arma de fogo encontrar-se desmuniada. Ora, se o simples porte da munição, ou até mesmo do acessório (um coldre, por exemplo) é considerada pela lei como conduta típica, obviamente o porte da arma desmuniada também o será. Se a conduta de portar munição, que não se reveste de potencialidade lesiva, é criminosa, certamente a conduta de portar arma de fogo desmuniada também constituirá crime, pois que esta sim lesa bens jurídicos relevantes à sociedade, como a paz e a ordem social, a incolumidade pública, etc. Existe, no presente caso, um detalhe de grande relevância, pois que uma arma desmuniada é apta para a prática de diversos delitos graves, como o roubo, a ameaça, o constrangimento ilegal, enquanto o porte da munição não servirá para o cometimento de nenhum crime mais grave.

Vê-se, portanto, que, do ponto de vista da legislação específica, no caso, o Estatuto do Desarmamento, a conduta de portar arma de fogo, mesmo que esta se encontre desmuniada, constitui crime, por ferir bens jurídicos relevantes à convivência pacífica em sociedade. A discussão acerca da tipicidade ou atipicidade de tal conduta encontra-se no plano da doutrina e jurisprudência, pois que, do ponto de vista da legislação, após uma análise da lei em comento, percebe-se que seria incongruente a descriminalização da conduta de portar arma de fogo desmuniada, notadamente quando se considera crime o simples porte da munição e do acessório.

A anterior legislação (Lei 9.437/97) tratava de forma diversa do crime de porte ilegal de arma de fogo, abrindo espaço para discussões acerca da criminalização do porte de arma desmuniada. Ora, a lei anterior não tipificava a conduta de portar acessório ou munição, não fazendo nenhuma referência à arma desmuniada. Diante disto, perfeitamente explicável a discussão acerca deste tema, havendo posições no sentido de considerarem atípica a conduta do porte de arma desmuniada. No entanto, a novel legislação, ao tipificar a conduta de portar acessório e munição, foi perfeitamente clara nesse aspecto, muito embora não trate expressamente do assunto aqui estudado. Trata-se de uma questão de hermenêutica, ou seja, de interpretação da norma penal e do ordenamento jurídico como um todo. Utilizando-se de técnicas de interpretação teleológica, histórica e sistemática, percebe-se que o Estatuto do Desarmamento considera típica a conduta de portar arma de fogo desmuniada. É que, se a legislação pune o menos, não pode o mais ser considerado fato atípico: se o simples porte da munição é crime, também o será o porte da arma desmuniada.

4.2 Da classificação do crime: crime de perigo concreto ou abstrato?

A questão da classificação do crime de porte ilegal de arma de fogo é extremamente relevante no presente estudo, pois que a resposta a esta pergunta trará fundamentos para a tipicidade ou atipicidade da conduta.

Os que defendem a atipicidade da conduta de portar arma de fogo desmuniada afirmam que o referido crime deveria ser considerado dentre aqueles de perigo concreto, pois que, uma vez não existindo a aptidão de efetuar disparos com uma arma desmuniada, não haveria potencialidade lesiva e, portanto, não haveria nenhum perigo de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado, sendo a conduta, desta feita, atípica. O perigo, nos crimes de perigo concreto, integra o tipo como um elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência para o bem jurídico, devendo ser o perigo, portanto, efetivamente comprovado. Trata-se de uma espécie de delito de resultado, em que o bem jurídico sofre um real perigo de lesão.

Já os que defendem a tipicidade do porte de arma desmuniada afirmam ser tal crime um crime de perigo abstrato, pois que não é necessário que a conduta seja capaz de provocar um perigo concreto, mas apenas um perigo presumido, abstrato. De acordo com tal entendimento, o perigo é inerente à ação, não necessitando de comprovação para que a conduta seja considerada criminosa. O perigo, neste íterim, constitui unicamente a *ratio legis*, ou seja, o motivo que dá lugar à vedação legal de determinada conduta. Nos crimes de perigo abstrato, a própria conduta descrita como proibida é considerada perigosa, não necessitando da comprovação de que a mesma exponha efetivamente algum bem jurídico a perigo de lesão. Segundo alguns doutrinadores, os quais tentaram fornecer um conceito para os crimes de perigo abstrato, estes representariam uma probabilidade de perigo de lesão, ou seja, a prática de tais delitos, por si só, representaria uma probabilidade, não de causar um dano ao bem tutelado, mas a probabilidade de expor tal bem a perigo de lesão, o que já seria bastante para a sua criminalização.

A criminalização das condutas consideradas como de perigo abstrato, como anteriormente estudado no segundo capítulo deste trabalho, reflete uma opção legislativa por

um direito penal preventivo, abandonando a idéia de um atuar apenas repressivo. Ora, diante da atual situação de violência em que se encontra a sociedade, é extremamente necessário que haja um atuar preventivo do direito penal, desencorajando os indivíduos a praticarem delitos. Tal foi a escolha feita pelo legislador quando da redação do Estatuto do Desarmamento, como anteriormente afirmado no tópico acima.

O crime de porte ilegal de arma de fogo é, portanto, considerado como crime de perigo abstrato, sendo desnecessária a comprovação do efetivo risco de lesão, pois que a conduta, por si só, reveste-se de periculosidade a ponto de ser criminalizada. O ilustre doutrinador Fernando Capez⁴⁹, a esse respeito, emite posicionamento deveras esclarecedor, *in verbis*:

Tal como na lei revogada, são classificados como crimes de perigo, indicando a *mens legis* de tutelar o bem jurídico contra agressões em seu estágio ainda embrionário. **Pune-se a infração de perigo, para que não venha a se transformar em dano efetivo.** No caso da Lei n. 10.826/2003, o interesse maior protegido é a incolumidade pública, evitando-se seja exposta a qualquer risco de lesão. “Incolumidade” provém de “Incólume”, que significa livre do perigo, são e salvo. **Pretende o legislador proteger a vida, a integridade corporal, o patrimônio, ou seja, de modo mais abrangente, a segurança de toda a coletividade. O Brasil ostenta o vergonhoso recorde de ser o país em há o maior número de mortes provocadas por arma de fogo no mundo. Dentro desse contexto, a mera posse ilegal já é um tético prenúncio de que alguma tragédia está por vir. O intuito foi, portanto, o de impedir que uma conduta que uma conduta ilusoriamente inofensiva pudesse se convolar em efetivo ataque à pessoa humana. Daí a razão de punir as condutas como infrações de perigo.** Podemos conceituar perigo como o prognóstico de um mal, isto é, uma situação que projeta um dano futuro. **Não exigiu o legislador, para a consumação do crime, a demonstração concreta de que pessoa determinada tenha ficado, efetivamente, exposta a algum risco, optando por punir a mera conduta infracional, independentemente da comprovação da efetiva exposição a risco dessa ou daquela vítima.** Por essa razão, tipificou como crime a ação de transportar ilegalmente arma de fogo descarregada de um lugar para outro. Ao fazê-lo, dispensou a prova de que alguma pessoa especificamente tenha ficado submetida a algum perigo, uma vez que não inseriu tal elementar na descrição típica. Aquele que carrega um artefato sem autorização realiza um comportamento potencialmente danoso, uma vez que tal instrumento, embora ainda não idôneo para matar ou ferir (de acordo com sua destinação originária, que é detonar projéteis), é perfeitamente capaz de intimidar pessoas. **O interesse maior tutelado é a vida, integridade corporal, a saúde, o patrimônio e, de maneira geral e mais abrangente, a segurança da coletividade, isto é, a tranquilidade física e espiritual de um número indeterminado de pessoas. Ora, aquele que, burlando as regras impostas pelo Estado Democrático de Direito, assente em deslocar uma arma de fogo, apta a efetuar disparos, ainda descarregada, mas passível de ser municada, capaz de ser empregada em assaltos, como eficaz meio intimidatório, ou idônea a efetuar qualquer tipo de constrangimento, mesmo sem contar com projéteis, está diminuindo o nível de segurança e ingressando em um nocivo âmbito de risco à vida e à integridade corporal. É**

⁴⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Vol. 04 – Legislação Penal Especial. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 330/331.

certo que ainda não existe um dano, mas a lei pune, nesse caso, o perigo de dano, a ameaça de dano, tanto que tipificou crimes de perigo. Pune-se o transporte, antes que a arma seja municada, empregada e disparada, lesando interesses fundamentais para a subsistência social. Não se pode tolher do legislador tal critério seletivo de proteção do bem jurídico, não se vislumbrando nessa cautela ofensa à dignidade humana. (Grifei).

Neste sentido, entendendo ser o crime de porte ilegal de arma de fogo um crime de perigo abstrato, é o renomado entendimento da Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, em voto proferido no Recurso em Habeas Corpus no. 81.057/SP:

O crime é de mera conduta e, segundo dicção de Fernando Capez, de perigo abstrato, não tendo a lei exigido a efetiva exposição de outrem a risco, sendo irrelevante a avaliação subsequente sobre a ocorrência de perigo à coletividade. Nos crimes de perigo abstrato, segundo Capez, “a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente, típico independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade humana. Ao contrário. Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde o seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo. Trata-se de legítima opção política de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado. Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o desejo manifestado pela lei. Negar vigência ao dispositivo nos casos em que não se demonstra perigo real, sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana, implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis. Diminuindo a proteção às potenciais vítimas de ofensas mais graves, produzidas mediante o emprego de armas de fogo, deixando-as a descoberto contra o dano em seu nascedouro, o intérprete estará relegando o critério objetivo da lei ao seu, de cunho subjetivo e pessoal. Privilegia-se a condição do infrator em detrimento do ofendido, contra a expressa letra da lei. A presunção da injúria, por essa razão, caracteriza mero critério de política criminal, eleito pelo legislador com a finalidade de ofertar forma mais ampla e eficaz de tutela do bem jurídico.” (“Arma de Fogo - Comentários à Lei nº 9.437, de 20.2.1997”, ed. Saraiva, 1997, págs. 25/26). Segundo Damásio de Jesus, a incolumidade pública representa o objeto jurídico principal e imediato da norma. Como objetos mediatos e secundários estão a vida, a incolumidade física e a saúde dos cidadãos (“Crimes de Porte de Arma de Fogo e Assemelhados”, Ed. Afiliada, ABDR). Heleno Cláudio Fragoso, ao tratar dos crimes contra a incolumidade pública previstos no Código Penal, classifica-os como “infrações penais em que a ação delituosa atinge diretamente um bem ou interesse coletivo, ou seja a segurança de todos os cidadãos ou de número indeterminado de pessoas” (“Lições de Direito Penal”, 3º vol., 2ª ed., José Bushatsk, pág.765). **Vê-se, assim, que o objetivo do legislador foi antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população** - como o porte de arma de fogo em desacordo com as balizas legais -, prevenindo a prática de crimes como homicídios, lesões corporais, roubos etc. E não se pode negar que uma arma de fogo, transportada pelo agente na cintura, ainda que desmunicada, é propícia, por exemplo, à prática do crime de roubo, diante do seu poder de ameaça e de intimidação da vítima. Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

4.3 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal: fato atípico.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido no ano de 2004, adotou posicionamento no sentido de considerar atípica a conduta de portar arma de fogo desmuniçada, conforme se vê do julgamento do Recurso em Habeas Corpus no. 81057/SP. Assim, vejamos:

Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniçada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do **art. 10 da L. 9437/97**: atipicidade do fato: 1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - **o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato**. 2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. **Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça** - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmuniçada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniçada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, **se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica**⁵⁰. (Grifos nossos).

Deste julgamento, percebe-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao assunto em tela, sendo que os ilustres ministros entenderam ser a conduta de portar arma de fogo desmuniçada uma conduta atípica, por faltar potencialidade lesiva. Segundo tal entendimento, deve-se fazer uma interpretação da legislação aplicável ao caso levando-se em consideração os princípios da lesividade, insignificância, fragmentariedade, adequação social,

⁵⁰ STF, 1ª Turma, Min. Ellen Gracie, RHC 81057/SP, j. em 25/05/2004. DJ. em 29/04/2005, p. 030, Ement. Vol. 02189-02, p. 257, RTJ. Vol. 00193-03, p. 984.

etc. Através desta interpretação, impossível seria considerar-se tal conduta como criminosa, tendo em vista que a mesma não lesa ou expõe a perigo de lesão nenhum bem jurídico relevante. No julgamento do Recurso em Habeas Corpus cuja ementa foi acima transcrita, extremamente relevante o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual discordou do voto da Ministra Relatora Ellen Gracie, afirmando, *in verbis*:

O dissídio jurisprudencial a respeito é notório (cf. L.C Betanho in Silva Franco e outros – Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, 7ª, 2/2113, 2118 ss.). Dentre os precedentes, alguns se alinham à postura de Fernando Capez, acolhida pela Relatora, mas, salvo engano, solitária na doutrina. Para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso (v.g., Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razon*, trad. , 5ª ed. , Madri, 2001, p. 465; Nilo Batista, *Introdução Crítica ao D. Penal*, Revan, 1990, p. 91; Maurício Ribeiro Lopes, *Teoria Constitucional do Dir. Penal*, ed. RT, 2000, p. 314) – o cuidar-se de crime de mera conduta – no sentido de não se exigir a sua configuração um resultado material exterior à ação – não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. Onde a posição de Damásio de Jesus (*Crimes de Porte de Arma de Fogo e Assemelhados*, 2ª ed. , Saraiva, 1999, p. 11 e 14) - por equívoco, referido pelo acórdão do Tribunal local -, quando assevera que “os delitos de porte de arma não são de perigo nem abstrato: são crimes de lesão e de mera conduta (de simples atividade)”, para explicar, adiante, que “os delitos de porte de arma e figuras correlatas são crimes de lesão porque o infrator, com sua conduta, reduz o nível de segurança coletiva exigido pelo legislador, atingindo a objetividade jurídica concernente a incolumidade pública. E são crimes de mera conduta porque basta à sua existência a demonstração da realização do comportamento típico, sem necessidade de prova de que o risco atingiu, de maneira séria e efetiva, determinada pessoa”. A mesma questão é analisada, a partir dos princípios teóricos da lesividade e da ofensividade, em preciosa monografia de Luiz Flávio Gomes e William Terra (*Lei das Armas de Fogo*, ed. RT, 2ª, 2002), para unifica-las – no que diz respeito aos “delitos de posse” – na exigência da disponibilidade, que, acentuam, (ob. cit. , p; 93), “é o veículo que une duas outras categorias (danosidade real do objeto + conduta criadora do risco proibido relevante) à ofensividade”. “Enquanto a danosidade real do objeto pode ser percebida concretamente (v. g. , com a análise pericial de uma arma carregada) a periculosidade da conduta é imaterial em sua essência (por se tratar da representação valorada de uma conduta humana criadora de risco)”. **“Somente quando as duas órbitas da disponibilidade (uma, material, a da arma carregada, e outra jurídica, a do comportamento humano que rompe o princípio de confiança criando um risco relevante) se encontram é que surge a ofensividade típica** (aquela não querida pela norma penal, reprovável, punível). Em outras palavras, **o fato torna-se penalmente relevante (exclusivamente) quando o bem jurídico coletivo (no caso) entra no raio de ação da conduta criadora do risco proibido e relevante**”. É raciocínio que funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal, para o eu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido. Basta, por ora, aceita-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que há de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte de arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. **“A inaptidão da arma”** – aduzem Gomes e Terra – com razão – (op. cit. , p. 82) **“gera a atipicidade da conduta, porque, com sua impropriedade material, ela perderá a potencialidade lesiva que caracteriza o conteúdo do injusto**. Isso decorre do

fato de que **a finalidade do tipo é evitar o perigo emergente do relacionamento ilícito com armas de fogo, de maneira que, no exato momento em que não existir mais este “perigo” (porque o objeto material é incapaz de produzir qualquer tipo de dano), deixará de existir o delito**”. A réplica sói fundar-se no poder de intimidação para a prática de outros crimes – particularmente, os comissíveis mediante ameaça –, da arma de fogo, posto que ineficaz ou desmuniçada, ou até pelo artefato de brinquedo que a simule. Certo, a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo podem servir de instrumento de intimidação, mas, como tal, também se podem utilizar inúmeros outros objetos – da faca à pedra e ao caco de vidro–, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena: a falácia do argumento, por isso, ficou evidenciada a meu ver, na discussão sobre o emprego de arma de brinquedo para a prática do roubo (v. g., HC 77872, RTJ 168/288) – questão, no entanto, que ganhou novos contornos e não menos dificuldades – com o Art. 10, § 1º, II, da L. 9.437/97, que passou a incriminar, com as penas do porte, o “utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes”. O caso vertente, porém, é de arma eficaz, mas desmuniçada. Estou – com os doutrinadores cujas premissas endosseï – em que, nessa hipótese, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio da disponibilidade. Se o agente traz consigo a arma desmuniçada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo. 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. “Com certeza, a realidade irá proporcionar um grande número de situações em que a aferição da ofensividade não será algo simples” – advertem Gomes e Terra (op. cit., p. 85) – “revelando a complexidade do tema. Imagine-se, v. g., os casos em que a arma esteja desmontada ou desmuniçada. Essas situações” – dilucidam com razão os autores –, “somente serão resolvidas pelos princípios gerais da “disponibilidade” e da efetiva “ofensividade” do objeto: a) se, uma vez montada, a arma pode disparar e se esta operação pode ser realizada com certa facilidade, estão cumpridos os dois requisitos mínimos – ofensividade e disponibilidade; b) se a munição está ao alcance do agente, possibilitando a pronta utilização da arma, estará cumprido o requisito da disponibilidade, mas ainda assim é necessária uma segunda aferição, que permitirá verificar se a arma, uma vez municiada, poderia ferir ou matar (ofensividade)”. Essa me parece a solução mais razoável e adequada aos princípios e que tem ressonância jurisprudencial expressiva (cf. Betanho, Leis Especiais, cit., 2/2119 ss). Na espécie, a denúncia não faz menção a disponibilidade de munições no contexto do fato – o que, à falta de aditamento – já bastaria a impedir se considerasse a circunstância. De resto, nem as decisões de mérito, nem o acórdão recorrido, do STJ, aludem ao fato. Esse o quadro, com as vênias da em. Relatora, dou provimento ao recurso e defiro o habeas corpus: é o meu voto.

Percebe-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal teve, naquele julgamento, posicionamento no sentido de considerar atípico o fato, haja vista a inexistência de potencialidade lesiva na conduta de portar arma inidônea a efetuar disparos, embasando seu posicionamento na doutrina de Luiz Flávio Gomes, Luigi Ferrajoli e outros renomados doutrinadores.

Tal entendimento é consoante com a teoria da tipicidade conglobante, estudada em capítulo anterior deste trabalho. Como já visto, segundo tal teoria, para que uma conduta seja considerada penalmente típica, ela deve preencher os requisitos da tipicidade formal e da

tipicidade conglobante. A tipicidade formal nada mais é do que a descrição abstrata da referida conduta em um preceito proibitivo, enquanto a tipicidade conglobante é composta pela antinormatividade e pela tipicidade material. A antinormatividade refere-se ao fato de que a conduta deve ser contrária ao ordenamento jurídico, não podendo ser ordenada ou fomentada pela ordem jurídica. Por fim, a tipicidade material constitui a relevância do resultado causado pela conduta, onde entra exatamente a questão da potencialidade lesiva. É por este motivo que o posicionamento do STF, que considera a conduta de portar arma de fogo desmuniada um fato atípico, encontra-se em conformidade com a teoria da tipicidade conglobante, porque tal teoria coloca dentro da tipicidade a necessidade da existência do potencial ofensivo da conduta. Uma vez não existindo potencialidade lesiva, não há tipicidade material, a qual exclui, por sua vez, a tipicidade conglobante, sendo o fato, portanto, atípico.

O entendimento do Supremo, portanto, vai ao encontro de entendimentos difundidos pela moderna teoria geral do direito penal, estando consoante com os princípios da lesividade, fragmentariedade, adequação social da conduta, proporcionalidade, insignificância etc.

No mesmo sentido posicionou-se a Ministra-Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 89889/DF⁵¹, afirmando que “não há como manter a condenação do paciente pelo crime de porte ilegal de arma tal como previsto”. Sintetizando o cerne da questão de tal julgamento, a Ministra destacou que “as questões trazidas a esse julgamento referem-se à necessidade de comprovação da lesividade da arma de fogo como condição para que haja condenação do acusado pelo crime descrito na Lei 10.826/03”. Durante o referido julgamento, a Relatora concordou com os argumentos da Defesa, afirmando que o princípio da intervenção mínima deveria ser considerado na hipótese, sendo que, segundo tal princípio, a norma penal “há de ter a sua aplicação restrita aos fatos que, efetivamente, levem em consideração bens jurídicos socialmente relevantes como a vida, a saúde e o patrimônio”, não podendo, portanto, serem punidas condutas que não afetassem de maneira relevante os bens jurídicos tutelados pela norma. Tendo em vista que, no caso concreto, a arma apreendida com o acusado encontrava-se desprovida de munição, a Ministra entendeu que “é atípica a conduta do paciente, pois, à luz dos princípios da lesividade e da ofensividade, a arma sem munição ou sem possibilidade de pronto municionamento é instrumento inidôneo para efetuar disparo”. Continuando seu entendimento, a Relatora

⁵¹ STF, Plenário, Min. Carmen Lucia, RHC 89889/DF, j. em 14/02/2008, DJ. em 27/02/2008.

afirmou que a arma desmuniada seria “incapaz, portanto de gerar lesão efetiva ou potencial a incolumidade pública”.

Percebe-se, portanto, que o posicionamento do Supremo quanto a esta questão é o de que, uma vez não existindo potencial ofensivo na conduta de portar uma arma de fogo desprovida de munição, tal fato conduz à atipicidade da conduta, por faltar-lhe o requisito da tipicidade material, o que leva à falta de tipicidade conglobante e, conseqüentemente, tipicidade penal. Tal entendimento é iluminado pelos princípios explicitados no primeiro capítulo deste trabalho, refletindo um ponto de vista voltado para um direito penal menos repressivo e mais ligado aos ditames constitucionais, preocupando-se com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

4.4 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: fato típico.

O Superior Tribunal de Justiça, instado a se manifestar quanto ao presente tema, acerca da tipicidade ou atipicidade da conduta de portar arma de fogo que se encontre desmuniada, tem reiteradamente decidido pela tipicidade da conduta, por entender ser totalmente irrelevante o fato de a arma estar desprovida de munição para a caracterização do crime.

Entendem os ilustres ministros do STJ que a conduta de portar arma, embora desmuniada, atinge bens jurídicos valiosos, como a incolumidade pública, a paz e a ordem social, bem como a segurança pública, não podendo subsistir a idéia de que a inaptidão para o disparo torna a conduta atípica. Ainda, alegam que o objetivo da novel legislação (Estatuto do Desarmamento) foi justamente o de tornar mais severa a proibição do uso de armas de fogo, tendo havido uma opção legislativa por um estatuto além de repressivo, preventivo. Ora, não tem sentido punir apenas a conduta daquele indivíduo que porta uma arma de fogo municiada, pois que não há como se determinar o *animus* de um agente que se encontre portando uma arma sem munição. Pode este indivíduo estar a caminho de sua residência com o intuito de buscar munição para a referida arma e praticar um crime doloso contra a vida, ou, até mesmo, pode tal indivíduo pretender praticar um crime de roubo mediante grave ameaça à pessoa, valendo-se da circunstância de que a vítima não tem como saber que a arma empregada no

crime encontra-se desprovida de munição. O Estatuto do Desarmamento, pois, veio ao encontro dos anseios da população, extremamente atemorizada com a crescente violência urbana, trazendo uma resposta mais punitiva e, ao mesmo tempo, repressiva e preventiva, visando coibir os indivíduos a praticarem delitos. Fernando Capez⁵², neste íterim, afirma:

(...) tutela-se, principalmente, a incolumidade pública, ou seja, a garantia e preservação do estado de segurança, integridade corporal, vida, saúde e patrimônio dos cidadãos indefinidamente considerados contra possíveis atos que os exponham a perigo. Distingue-se dos crimes de perigo previstos no Capítulo III do Título I da Parte Especial do Código Penal (periclitção da vida e da saúde – arts. 130 a 136), uma vez que nestes últimos se protege o interesse de pessoa (perigo individual) ou grupo específico (perigo determinado), enquanto os arts. 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18 da Lei n. 10.826/2003 punem somente as condutas que acarretam situação de perigo à coletividade em geral, isto é, a um número indeterminado de indivíduos.

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, tem entendido de maneira reiterada que o crime de porte ilegal de arma de fogo é um crime de perigo abstrato, não sendo necessária, portanto, a comprovação de efetivo perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, pois que a própria conduta de portar uma arma de fogo desmuniada é considerada periculosa ao ponto de ser tipificada como crime.

Neste sentido, colacionamos diversos julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA. RISCO À PAZ SOCIAL. CRIME CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1- O porte ilegal de arma de fogo coloca em risco toda a paz social, bem jurídico a ser protegido pelo artigo de lei ora em comento, não sendo escusável pelo fato de a arma estar desmuniada. 2- A circunstância de a arma estar desmuniada não exclui a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03, sendo suficiente para a sua configuração tão-somente o porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente. 3- Recurso conhecido e provido, para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença monocrática que condenou o acusado pela prática do delito de porte ilegal de arma de fogo⁵³.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA. TIPICIDADE. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231-STJ. I – Na linha de precedentes desta Corte, pouco importa para a configuração do delito tipificado no art. 14 da Lei n.º 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). II - A pena privativa de

⁵² CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Vol. 04 – Legislação Penal Especial. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 325.

⁵³ STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, Resp 958075/RS, j. em 20/11/2007, DJ. em 10/12/2007, p. 439.

liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula nº 231-STJ). Recurso especial provido⁵⁴.

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. EXAME PERICIAL. APTIDÃO DA ARMA PARA EFETUAR DISPARO. TIPICIDADE RECONHECIDA. ORDEM DENEGADA. É entendimento pacífico desta Corte Superior de Justiça que, para a configuração do delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.286/03, basta que o agente porte arma de fogo sem autorização ou em desacordo com a determinação legal, o que torna irrelevante o fato de a arma encontrar-se desmuniada. Precedentes do STJ e STF. Se a ausência ou a eventual nulidade do exame pericial na arma de fogo não desconfigura o crime de porte de arma, ou até mesmo o fato de a arma estar desmuniada, muito mais demonstrada a tipicidade no presente caso, visto que a arma apreendida foi devidamente periciada, sendo detectada a sua indubitável aptidão para efetuar disparos. Ordem DENEGADA⁵⁵.

CRIMINAL. HC. PORTE DE MUNIÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONDUTA TÍPICA. PERIGO ABSTRATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. Hipótese em que ao paciente foi imputada a prática do crime previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003 por terem sido encontradas, em tese, sob sua guarda, oito cápsulas calibre 38. Esta Turma já decidiu que o porte de munição configura conduta típica, eis que caracterizado o perigo abstrato ao objeto jurídico protegido pela Lei n.º 10.826/2003, na esteira do entendimento consolidado quanto ao porte ilegal de arma de fogo desmuniada. Precedente. Ordem denegada⁵⁶.

PENAL. RHC. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TIPICIDADE DA CONDUTA. VACATIO LEGIS INDIRETA NÃO-OCORRENTE NA HIPÓTESE. PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO OU ENTREGA DA ARMA RESTRITO ÀS HIPÓTESES DE POSSE. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O prazo concedido nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento para que possuidores e proprietários de arma de fogo regularizem a situação, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, por meio do registro ou entrega da arma à Polícia Federal, restringe-se às hipóteses de posse de arma de fogo, o que não se confunde com o porte, conduta retratada nos autos. Precedentes. 2. A objetividade jurídica dos crimes de porte e posse de arma de fogo tipificados na Lei 10.826/2003 não se restringe à incolumidade pessoal, alcançando, por certo, também, a liberdade pessoal, protegidas mediatemente pela tutela primária dos níveis da segurança coletiva, do que se conclui ser irrelevante a eficácia da arma para a configuração do tipo penal. 3. Nos termos do art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal, o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. 4. Presentes os requisitos do art. 44 do Estatuto Repressivo, impõe-se o reconhecimento do direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 5. Recurso parcialmente provido para fixar o regime aberto para o cumprimento da condenação imposta ao recorrente e determinar o retorno dos autos ao Juízo das Execuções

⁵⁴ STJ, 5ª Turma, Min. Félix Fischer, Resp 923099/RS, j. em 25/10/2007, DJ. em 03/12/2007, p. 358.

⁵⁵ STJ, 6ª Turma, Min. Carlos Fernando Mathias, HC 61761/DF, j. em 21/08/2007, DJ. em 17/09/2007, p. 360, RT vol. 867, p. 559.

⁵⁶ STJ, 5ª Turma, Min. Gilson Dipp, HC 70080/SP, j. em 10/05/2007, DJ. em 18/06/2007, p. 283.

Criminais para que aplique a pena restritiva de direitos, bem como as condições de seu cumprimento, como entender de direito⁵⁷.

HABEAS CORPUS. PENAL. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ART. 14 DA LEI N.º 10.826/03 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO. DISPOSITIVO LEGAL VIGENTE. 1. Malgrado os relevantes fundamentos jurídicos esposados na impetração, diante da tese adotada por este Tribunal em caso análogo – concernente ao porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, cuja potencialidade lesiva é, em princípio, equivalente, uma vez que em nenhuma das hipóteses se vislumbra perigo concreto, mas apenas abstrato ao objeto jurídico protegido pela norma –, não há como considerar atípico o porte de munição. 2. Não obstante o entendimento da Corte Suprema, a Lei n.º 10.826, de 23 de dezembro de 2003 – Estatuto do Desarmamento – dispôs inteiramente sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, definindo claramente a conduta praticada em tese pelo Paciente. 3. Desse modo, estando em plena vigência o dispositivo legal ora impugnado, não tendo sido declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não há espaço para o pretendido trancamento da ação penal. 4. Ordem denegada⁵⁸.

Neste ínterim, completamente pertinente o voto do eminente Ministro Gilson Dipp, Relator do HC 49.142/DF, *in verbis*:

Nos termos do referido artigo de lei, no qual incurso o ora paciente, entende-se como suficiente para a configuração do delito, tão somente o porte de arma de fogo sem autorização da autoridade competente. Assim, **a circunstância de a arma estar desmuniçada não pode excluir a tipicidade, sob o singelo argumento de que não acarretaria lesão a qualquer bem jurídico, como sustentado pela impetração. Constata-se que, o porte ilegal de arma de fogo coloca em risco toda a paz social, bem jurídico a ser protegido pelo artigo de lei ora em comento, não sendo escusável pelo fato de a arma estar desmuniçada, porque, mesmo assim, ela oferece potencial poder de lesão.** Com efeito, se já foi previsto como crime, pela Lei nº 10.826/03, a conduta menor que é portar apenas a munição de arma de fogo (que isoladamente não possui nenhum potencial lesivo), evidente que o fato de se ter a posse de arma de fogo (que sozinha já possuiu alto poder intimidador) serve para caracterizar da mesma forma o delito. **Totalmente incoerente, portanto, qualquer raciocínio no sentido de se ter como típica a mera posse da munição e de outro lado entender atípico o fato de se portar arma de fogo, quando ela estiver sem munição. Portanto, a circunstância de estar a arma desmuniçada não exclui a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo**, previsto no art. 14, da Lei nº 10.826/03, pois entende-se como suficiente para a sua configuração tão-somente o porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente⁵⁹. (Grifei).

Ressalte-se que, muito embora o posicionamento do Supremo Tribunal Federal seja no sentido contrário ao do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Ellen Grace defende o mesmo posicionamento ora esposado, tendo sido seu voto vencido quando do julgamento do RHC 81057-8/SP, na íntegra:

⁵⁷ STJ, 5ª Turma, Min. Arnaldo Esteves Lima, RHC 20030/SP, j. em 21/11/2006, DJ. em 18/12/2006, p. 410.

⁵⁸ STJ, 5ª Turma, Min. Laurita Vaz, HC 63354/SC, j. em 07/11/2006, DJ. em 18/12/2006, p. 443.

⁵⁹ STJ, 5ª Turma, Min. Gilson Dipp, HC 49142/DF, j. em 04/04/2006, DJ. em 02/05/2006, p. 355.

O fato de estar desmuniado o revólver não o desqualifica como arma, tendo em vista que a ofensividade de uma arma de fogo não está apenas na sua capacidade de disparar projéteis, causando ferimentos graves ou morte, mas também, na grande maioria dos casos, no seu potencial de intimidação. Para a configuração do crime inscrito no art. 10, caput da Lei nº 9.437/97, basta a ocorrência de qualquer das condutas nele discriminadas - possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo de uso permitido - sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. **O crime é de mera conduta e, segundo dicção de Fernando Capez, de perigo abstrato, não tendo a lei exigido a efetiva exposição de outrem a risco, sendo irrelevante a avaliação subsequente sobre a ocorrência de perigo à coletividade.** Nos crimes de perigo abstrato, segundo Capez, “a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente, típico independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade humana. Ao contrário. **Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde o seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo.** Trata-se de legítima opção política de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado. Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o desejo manifestado pela lei. Negar vigência ao dispositivo nos casos em que não se demonstra perigo real, sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana, implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis. Diminuindo a proteção às potenciais vítimas de ofensas mais graves, produzidas mediante o emprego de armas de fogo, deixando-as a descoberto contra o dano em seu nascedouro, o intérprete estará relegando o critério objetivo da lei ao seu, de cunho subjetivo e pessoal. Privilegia-se a condição do infrator em detrimento do ofendido, contra a expressa letra da lei. A presunção da injúria, por essa razão, caracteriza mero critério de política criminal, eleito pelo legislador com a finalidade de ofertar forma mais ampla e eficaz de tutela do bem jurídico.” (“Arma de Fogo - Comentários à Lei nº 9.437, de 20.2.1997”, ed. Saraiva, 1997, págs. 25/26). **Segundo Damásio de Jesus, a incolumidade pública representa o objeto jurídico principal e imediato da norma.** Como objetos mediatos e secundários estão a vida, a incolumidade física e a saúde dos cidadãos (“Crimes de Porte de Arma de Fogo e Assemelhados”, Ed. Afiliada, ABDR). Heleno Cláudio Fragoso, ao tratar dos crimes contra a incolumidade pública previstos no Código Penal, classifica-os como “infrações penais em que a ação delituosa atinge diretamente um bem ou interesse coletivo, ou seja a segurança de todos os cidadãos ou de número indeterminado de pessoas” (“Lições de Direito Penal”, 3º vol., 2ª ed., José Bushatsk, pág.765). Vê-se, assim, que **o objetivo do legislador foi antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população - como o porte de arma de fogo em desacordo com as balizas legais -, prevenindo a prática de crimes como homicídios, lesões corporais, roubos etc.** E não se pode negar que uma arma de fogo, transportada pelo agente na cintura, ainda que desmuniada, é propícia, por exemplo, à prática do crime de roubo, diante do seu poder de ameaça e de intimidação da vítima. Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário⁶⁰. (Grifos nossos).

⁶⁰ STF, 1ª Turma, Min. Ellen Gracie, j. em 25/05/2004, DJ. em 29/04/2005, p. 030, Ement. Vol. 02189-02, p. 257, RTJ. Vol. 00193-03, p. 984.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, portanto, é completamente diverso do posicionamento do Supremo, explicitado no tópico anterior. Para os eminentes Ministros do Egrégio STJ, o fato de a arma encontrar-se desprovida de munição não implica na atipicidade do fato, tendo em vista que tal conduta lesa bens jurídicos valiosos, como a segurança e a incolumidade pública, a paz e a ordem social etc.

CONCLUSÃO

Após todos os aspectos discutidos, percebe-se que, não obstante os posicionamentos em sentido contrário, a conduta de portar arma de fogo desmuniada deve ser considerada fato típico, obedecendo ao espírito da legislação aplicável ao caso, qual seja, o Estatuto do Desarmamento, coibindo o aumento da criminalidade e contribuindo para uma melhoria da segurança pública. Muito embora aqueles que defendam a atipicidade de tal conduta estejam embasados em princípios do direito penal e em teorias aceitas pela doutrina majoritária, deve-se ter em mente que o objetivo maior do direito penal é justamente a manutenção da ordem pública e da paz social, coibindo a criminalidade. Desta forma, a conduta de portar arma de fogo desmuniada, mesmo que não seja apta a efetuar disparos e colocar em risco o bem jurídico vida ou integridade física de pessoa(s) determinada(s), é plenamente apta a pôr em risco a segurança da população como um todo, ferindo bens jurídicos tutelados pelo direito penal, como a incolumidade e segurança pública.

O argumento de que a criminalização de tal conduta, por se tratar de crimes de perigo abstrato, feriria alguns princípios constitucionais é insubsistente, pois que, conforme demonstrado, nenhum princípio é de fato desobservado, pois que o objetivo da lei aplicável ao caso em apreço atende a uma política criminal voltada para o bem estar da população e para a coibição da criminalidade, o que consiste justamente no objetivo primordial do direito penal. Ora, o Estatuto do Desarmamento visa tutelar a vida, a integridade corporal e a segurança das pessoas contra agressões em seu estágio embrionário, não sendo razoável que a lei penal espere que um risco abstrato de lesão se transforme em um risco concreto ou em uma lesão para agir, isto porque em alguns casos os resultados produzidos podem ser irreversíveis, sendo impossível retornar ao *status quo ante*. Nestes casos, por uma impossibilidade natural de se comprovar a existência de um perigo concreto, o bem jurídico que a lei visa tutelar estará exposto, não sendo atingido o principal objetivo do direito penal, que é justamente o de proteger bens jurídicos de relevante valor social.

Desta forma, não obstante todas as considerações antes esposadas no sentido de considerar a conduta de portar arma de fogo desmuniada um indiferente penal, tal posicionamento não deve ser aceito, se não pelos motivos acima indicados, mas pelo simples fato de que a própria lei aplicável ao caso (Estatuto do Desarmamento) tipifica tal conduta, não sendo razoável que a conduta de portar arma desprovida de munição seja fato atípico

enquanto o porte da simples munição é considerado fato típico. Ora, se o porte da arma desmuniciada é um indiferente penal, deverá também ser declarada a inconstitucionalidade do Art. 14 da Lei 10.826/03, apenas quanto ao porte da munição e do acessório, pois que um ordenamento jurídico deve ser congruente, não podendo existir normas incompatíveis entre si.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Vol. I.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. Vol. I.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Vol. 01.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora UnB, 1982.
- CAPEZ, Fernando. *Estatuto do Desarmamento: comentários à Lei no. 10.826, de 22/12/2003*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 4.
- COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FRANCO, Paulo Alves. *Estatuto do Desarmamento Anotado*. 2ª ed. Campinas: Servanda Editora, 2005.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Vol. 1.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 1.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. Vol. 1.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Código Penal Interpretado*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. 1.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude penal e causas de sua exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hanz. *Derecho Penal alemán*.

ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.