

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

ILÍCITO PENAL DE PERIGO À LUZ DOS TRIBUNAIS

CARLOS ALESSANDRO SIEBRA BOUÇAS

**Rio de Janeiro
2017/2º SEMESTRE**

CARLOS ALESSANDRO SIEBRA BOUÇAS

ILÍCITO PENAL DE PERIGO À LUZ DOS TRIBUNAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora

Rio de Janeiro
2017/2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

B752i Bouças, Carlos Alessandro Siebra
Ilícito penal de perigo à luz dos Tribunais /
Carlos Alessandro Siebra Bouças. -- Rio de Janeiro,
2017.
66 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Penal. 2. Ilícito penal de perigo. 3.
Universidade Federal do Rio de Janeiro. 4.
Faculdade Nacional de Direito. I. Hora, Nilo César
Martins Pompílio da, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

CARLOS ALESSANDRO SIEBRA BOUÇAS

ILÍCITO PENAL DE PERIGO À LUZ DOS TRIBUNAIS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora.

Data da aprovação:...../ /2017.

Banca examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017/2º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador e grande mestre, pela indicação do tema e por me mostrar outra face do Direito, crítica e desprendida de formalidades, sendo de enorme contribuição e um exemplo para a jornada na carreira jurídica.

À minha mãe Angela, quem sempre me guiou pelo exemplo da dedicação, determinação e superação. Que se mostrou resiliente em priorizar os filhos em detrimento da carreira. Que se encheu de força e resistência para retomar os estudos e ir além. Que se tornou mestre, literalmente, e mais, que se tornou referência de que tudo se torna possível se estivermos dispostos a perseverar. A ela quem me ajuda hoje na elaboração desse trabalho, sendo fundamental para sua concretização, mas que desde sempre esteve em prontidão para tudo o que precisasse, me dando muito carinho e amor, mesmo quando a distância se mostrou presente, sendo minha maior fã e meu eterno ídolo.

Ao meu pai, Carlos, por me impulsionar desde sempre a ir em frente. Por ser minha força motriz na busca constante de novos e melhores horizontes. Por me incentivar na construção da minha vida profissional, de forma digna e honesta, e influenciar na construção do meu caráter, sendo fundamental para me tornar quem eu sou.

À minha irmã Samia, uma segunda mãe pra mim, minha conselheira e que sempre me apoiou e encorajou nos momentos mais difíceis, desde sempre, me incentivando a lutar pelo meu sonho, e que tenho nela um exemplo de força e garra, me mostrando que o impossível é só questão de opinião.

A toda minha família, cada um de vocês são responsáveis por uma parcela da minha jornada nesse mundo. Ao meu irmão Carlos, por ser sempre uma pessoa descontraída e desapegada, sempre ficando feliz com as minhas conquistas e toda parceria.

A minha querida avó Alba (*in memoriam*) que foi responsável por trazer sucesso e glória a toda uma geração da família, vencendo com muita força todas as barreiras geográficas, culturais, sociais e econômicas e sem jamais deixar que um de seus filhos e netos

percorressem o caminho do mau e dos injustos, sendo sempre uma pessoa muito rigorosa, certa, honesta e ao mesmo tempo tão feliz, descontraída e animada.

A todos os meus amigos da gloriosa Nacional de Direito que percorreram esse longo e difícil caminho, compartilhando das dores e das alegrias dessa longa jornada, proporcionando momentos de descontração e diversão em meio a correria das aulas, trabalhos, provas, estágio, Bins, Orfãos.

Ao meu amigo Alexandre, incentivador e conspirador das minhas ideias mais loucas, por toda parceria e incentivo.

A minha namorada Rafaella, que esteve ao meu lado no decorrer desse ano, enchendo meus dias de alegria e amor, que me acompanhou, viveu e lutou comigo os enormes desafios que se mostraram no fim dessa etapa, sempre dando muito apoio e carinho, me incentivando e acreditando em todo o meu potencial. Ela que me faz a cada dia querer ser uma pessoa melhor, que faz o tempo voar e que multiplica a alegria dessa conquista, tornando-a ainda mais especial.

“Em tempos desafiadores, quando a ética é mais importante que nunca, certifique-se de dar um bom exemplo a todos com quem trabalha e vive.”

(Paulo Ursaia)

RESUMO

O Direito Penal tutela os bens jurídicos considerados mais importantes e relevantes para a sociedade. Por esse motivo, a sociedade, seguindo valores construídos historicamente, manifesta-se no sentido de quais valores devem ser protegidos, cabendo ao legislativo proporcionar a tutela jurídica cabível a cada bem jurídico, respeitando uma ordem gradativa de importância entre estes. Por isso, o presente trabalho se propusera a realizar uma análise da tipicidade do crime do porte ilegal de arma previsto nos artigos 14 e 16 da Lei nº 10.826/03. Assim, o presente estudo teve como proposta analisar, através do exemplo do crime de porte ilegal de arma de fogo, a necessidade da materialidade nas condutas previstas nos crimes de perigo abstrato, questionando assim a identificação destes como crimes de mera conduta. Através da presente pesquisa, suscitou-se o debate acerca do tema, buscando a adequação da técnica legislativa de descrição de uma mera conduta típica com o princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal e demais princípios basilares do direito penal. Constatou-se ser o tema recorrente nos tribunais superiores. O Superior Tribunal Federal recentemente analisou um caso e posicionou-se pela atipicidade da conduta. Por fim, a incidência desses casos apreciados demonstram a relevância do tema.

Palavras chave: Direito Penal; Crimes de Perigo Abstrato; Posse de Arma; Jurisprudência nos Crimes de Posse e Porte de Arma de Fogo.

ABSTRACT

Criminal Law protects the legal assets considered most important and relevant to the society. For this reason, society, following historically constructed values, manifests itself in the sense of what values should be protected, and it is up to the legislature to provide the legal protection applicable to each legal good, respecting a gradual order of importance among them. Therefore, the present work has proposed to carry out an analysis of the typicality of the crime of illegal of weapon's possession provided for in Articles 14 and 16 of Law 10,826 / 03. Thus, the present study aimed to analyze, through the example of the crime of illegal possession of firearms, the necessity of materiality in the conduct provided for in crimes of abstract danger, thus questioning the identification of these crimes as mere conduct. Through the present research, the debate about the subject was raised, seeking the adequacy of the legislative technique of describing a mere typical behavior with the principle of exclusive protection of juridical goods, consecrated by the dogmatic penal and other basic principles of criminal law. It was found to be the recurring theme in the higher courts. The Federal Superior Court has recently analyzed a case and they've decided by the atypical conduct that was characterized. Finally, the incidence of these evaluated cases demonstrates the relevance of the topic.

,

Keywords: Criminal Law; Abstract Hazard Crimes; Weapon's Possession; Jurisprudence in Possession Crimes and Firearms

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	14
2.1. Princípios norteadores do Direito Penal	16
3. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E O PORTE DE ARMA	25
3.1. Crimes de perigo	25
3.2. Crimes de perigo abstrato	28
3.3. A posse e o porte ilegal de armas	33
4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NOS CRIMES DE POSSE E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO	41
4.1. Posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	41
4.2. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça	45
4.3. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal	55
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal, em consonância com o princípio da *ultima ratio*, tutela os bens jurídicos considerados mais importantes e relevantes para a sociedade. Essa tutela se dá em função da maior gravidade de suas sanções.

Por esse motivo, a sociedade, seguindo valores construídos historicamente, manifesta-se no sentido de quais valores devem ser protegidos, cabendo ao legislativo proporcionar a tutela jurídica cabível a cada bem jurídico, respeitando uma ordem gradativa de importância entre estes.

Dessa maneira, através do Direito Penal, o legislador decidiu, por exemplo, pela tipificação dos crimes de perigo abstrato, aqueles onde são descritos apenas o comportamento penal relevante, sem a indicação de um resultado naturalístico obrigatório. Parte da doutrina classifica estes tipos penais como crimes de mera conduta. No entanto, esse entendimento não é pacificado, principalmente entre os autores mais modernos.

O presente trabalho se propusera a realizar uma análise da tipicidade do crime de porte ilegal de arma previsto nos artigos 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/03, classificados como crimes de perigo abstrato, isto é, aquele que para sua configuração basta que o agente realize um dos elementos do tipo penal, não sendo necessária a concretização de um evento danoso.

Na presente pesquisa foi elaborado um estudo acerca da necessidade da existência, de fato, da possibilidade de um resultado lesivo, em respeito ao princípio da lesividade, atribuindo-se assim materialidade à conduta, para tipificação do crime de porte ilegal de arma.

Pierpaolo Cruz Bottini afirma que alguns doutrinadores consideram inconstitucionais os tipos de perigo abstrato, uma vez que afrontariam o princípio da lesividade, no qual todo comportamento criminoso deve constranger um bem jurídico tutelado, seja pela lesão ou pela exposição a um perigo concreto. No entanto, segundo esse autor, não confere razão o argumento de inconstitucionalidade, pelo fato de a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIII, prevê o crime por tráfico de drogas, tipo penal de perigo abstrato.

E vai mais além, o autor entende que mesmo que constitucionais os crimes de perigo abstrato, estes devem ser interpretados de forma sistemática, cabendo ao intérprete a análise casuística dos fatos, averiguando quanto à periculosidade da conduta e de sua capacidade de colocar em risco bens jurídicos.

Essa seria a única interpretação possível e coerente com o ordenamento jurídico atual, onde o direito penal tem a finalidade exclusiva de proteção dos bens jurídicos e, estaria ainda, respeitando o previsto no próprio Código Penal, Decreto-Lei N. 2.848 de 1940, que em seu artigo 17 determina a impossibilidade de punir crimes impossíveis, ou seja, não é passível de punição condutas sem a possibilidade de afetar bens jurídicos.

O posicionamento exposto é sustentado por uma parte da doutrina, salientando-se a necessidade então de nos tipos penais de crime abstrato, torna-se necessário à constatação da materialidade quanto à periculosidade da conduta em cada caso específico, ou seja, deve se afastar a tipicidade em diversas situações, como por exemplo, nas ocorrências de porte de arma sem capacidade de funcionamento ou sem munição adequada, hipótese em que não estaria presente a potencialidade para violar bem jurídico protegido.

A jurisprudência predominante não acolhe esse posicionamento, no entanto, é possível retirar-se de julgados a busca pela materialidade nos crimes de perigo abstrato, demonstrando assim uma possível mudança no entendimento.

É possível perceber então, mesmo que de forma minoritária, o entendimento da atipicidade nos casos de posse ou porte ilegal de arma de fogo desmuniçada ou que não esteja em condições de uso, por entender que violaria assim o *Princípio da Lesividade*, um dos princípios basilares do direito penal brasileiro, no qual, segundo Renata Carvalho Derzié Luz (LUZ, 2012), é exigido que a conduta atinja o bem jurídico com perigo concreto ou lesão.

Essa divergência está exposta em Renata Carvalho Derzié Luz (LUZ, 2012), que de forma clara, relatou como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, apesar de entenderem de maneira majoritária pela tipicidade das condutas de posse e porte ilegal de arma, sendo suficiente assim a simples correspondência com a descrição normativa, independente de comprovação de periculosidade da conduta.

Para os autores Pierpaolo Cruz Bottini (2013) e Renata Carvalho Derzié Luz (2012), a justificativa para a criação dos crimes de perigo abstrato decorre do aumento da sensação de insegurança e da concepção de sociedade de risco, tendo esses à função de criar um aumento, ainda que de forma simulada, de proteção. Por esse motivo, reprimem-se condutas que sejam potencialmente perigosas.

Contudo, não podemos afirmar que os crimes de perigo abstrato sejam de *mera conduta*, pois para uma compatibilização desses tipos penais com os princípios basilares do direito penal, em especial o princípio da lesividade, torna-se necessário à averiguação quanto à materialidade da conduta, sob a ótica da periculosidade.

A imprescindibilidade de maiores debates acerca da tipificação dos crimes de perigo abstrato, tendo como premissa o papel desses para a geração de uma atmosfera de segurança em uma sociedade de risco.

A violação ao princípio da lesividade e o conflito com o Código Penal ao punir-se comportamentos que, embora descritos nos tipos de perigo abstrato, desvelam-se, de forma individual, incapazes de lesionar bens jurídicos, ou mesmo de ameaça de lesão, sendo, portanto condutas inócuas.

Compreender como a doutrina exerce influencia nas decisões dos tribunais, uma vez que o tema é bastante controvertido e apresenta diversas nuances, principalmente no que tange a constitucionalidade desse tipo penal e da sua classificação e divisão.

O desencadeamento de maiores debate em relação à materialidade das condutas nos crimes de perigo abstrato, pretendendo-se a adequação e harmonização destes com os princípios basilares do direito penal brasileiro e com princípios constitucionais.

Resultando assim na descaraterização dos crimes de perigo abstrato como crimes de mera conduta, evidenciando a indispensabilidade de averiguação dos fatos de forma individualizada, considerando-se todas as circunstâncias.

Na situação que foi abordada nesta pesquisa, porte ilegal de arma, a aplicação do princípio da intervenção mínima, consubstanciado na adoção do direito penal como a *Ultima Ratio*, uma vez que o Poder Público pode utilizar-se de outros ramos do direito para coibir e, sendo o caso, punir tais condutas, não submetendo de forma automática e imediata os agentes que pratiquem tal comportamento a sanções de caráter mais grave.

Dessa forma, atender ao anseio da sociedade atuando na prevenção dos riscos, propiciando a sensação de segurança, sem, contudo, aplicar diretamente o direito penal para tal, utilizando-se de formas menos severas para disciplinar e, quando necessário, punir os agentes que pratiquem tais condutas.

O presente estudo teve como proposta analisar, através do exemplo do crime de porte ilegal de arma de fogo, a necessidade da materialidade nas condutas previstas nos crimes de perigo abstrato, questionando assim a identificação destes como crimes de mera conduta.

Através deste, suscitou-se o debate acerca do tema, buscando a adequação da técnica legislativa de crimes de perigo abstrato com o princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal e demais princípios basilares do direito penal.

2. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Atualmente tem se presenciado um alargamento do diploma penal, com a formulação de inúmeros novos tipos penais. Esses tipos penais têm como objetivo a proteção dos bens jurídicos coletivos, como por exemplo, os destinados à proteção do meio ambiente e do sistema econômico.

Essa expansão deve ser enxergada de forma crítica, uma vez que acaba por retirar o caráter de *ultima ratio*¹ e transforma o Direito Penal no principal meio de controle social. Isto acaba por violar os princípios que limitam a atuação penal do Estado.

Nesse sentido, busca-se justificar esta dilatação do sistema penal através do que a doutrina convencionou em chamar de “sociedade de risco”². É justamente nesse contexto que o legislador começou a utilizar-se do instrumento que recebeu a denominação de crimes de perigo abstrato.

Os crimes de perigo abstrato são aqueles aonde não é exigida a lesão ao bem jurídico³ tutelado, como na situação dos crimes materiais, nem mesmo a colocação deste bem em risco real e concreto. São crimes onde a conduta não está vinculada a nenhum resultado específico da ação injusta.

A adoção dessa categoria e sua respectiva proliferação justificam-se pelo crescente sentimento de medo em que se encontra a nossa sociedade. Assim, tem se utilizado cada vez mais o Direito Penal como um mecanismo onipotente no gerenciamento de riscos Pierpaolo Cruz Bottini.

Esse sentimento de medo elevado não resulta de um aumento do perigo, da criminalidade, tem como fato gerador os diversos avanços tecnológicos. As inovações,

¹ - O princípio da *ultima ratio* determina que o direito penal será a última forma utilizada para solução dos problemas, devido ao caráter mais gravoso de suas sanções.

² - BOTTINI - “Modelo social desenvolvido, dentre outros, pelo sociólogo da Universidade de Munich, BECK, em sua obra, *La sociedad del riesgo*, originariamente publica em 1986”

³ - Entende-se como bem jurídico aquele escolhido pelo ordenamento jurídico para ser tutelado e amparado. Sendo este de grande relevância, passa ao âmbito de proteção penal, permitindo a formação de tipos penais, coibindo as condutas potencialmente lesivas ao referido bem jurídico penal.

principalmente na área da comunicação, permitem ao cidadão hoje uma maior percepção de todos os acontecimentos, não importando a distancia dos fatos.

Nesse mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini entende que:

A sociedade atual caracteriza-se como uma sociedade de risco. Isso não significa a existência de perigos maiores na atualidade do que no passado. Significa uma diferente percepção do risco, e uma relação distinta com a ideia de perigo, que confere um novo papel ao direito penal e aos demais discursos jurídicos que nela se produzem. **(BOTTINI, 2013)**.

O avanço tecnológico permitiu que, quase de forma simultânea ao fato, um indivíduo que estivesse localizado a quilômetros de distancia do local, soubesse que naquele momento está ocorrendo um assalto, um tiroteio e diversos outros eventos perigosos. Não somente, possibilitou também a visualização de diversos eventos ocorrendo ao mesmo tempo em distintos pontos do globo.

Esses eventos, como guerras, ataques terroristas, tiroteios, antes eram enxergados como fenômenos isolados, esporádicos, não estando, portanto, presentes no cotidiano do cidadão normal. Desta forma, houve a inserção do cidadão em situações de perigo longínquas, incapazes de causar qualquer dano efeito a este.

Luiz Flávio Gomes em um artigo sobre a influência da mídia na segurança pública e na justiça criminal afirma:

A mídia retrata a violência, mas de forma dramatizada. Em algumas vezes cria "ondas artificiais" de violência. O resultado de tudo isso é o incremento do medo, do alarme social, a ponto de desfazer os limites existentes entre o distante e o local (mesmo em cidades pequenas, onde a criminalidade é muito baixa, a sensação de insegurança passa a ser muito grande). **(GOMES, 2007)**

Esse entendimento de como a ausência de limites geográficos alteraram a percepção da realidade fica bem claro no conceito apresentado por Pierpaolo Cruz Bottini:

A escassez de limites espaciais ou temporais dos novos riscos e seu potencial ofensivo democratiza o risco, que passa a afetar todas as camadas sociais e todos os seus componentes [...] **As atividades perigosas, até os anos 70, eram restritas geograficamente. (BOTTINI, 2013, p. 30)**

O avanço tecnológico trouxe consigo também uma incerteza sobre os possíveis resultados danosos derivados das novas técnicas e produtos ofertados à sociedade. Por este motivo tornou-se então necessário à adoção de medidas que visem evitar ou ao menos minimizar os riscos.

Insta salientar ainda que a cobertura midiática sobre eventos criminosos e sobre catástrofes tornou-se um produto muito valioso para as empresas de comunicação. É uma das principais mercadorias, em especial nas emissoras de televisão, atraindo milhares de espectadores interessados em assistir essas reportagens cinematográficas.

O discurso midiático é atemorizador, porque ele não só apresenta como espetaculariza e dramatiza a violência. Não existe imagem neutra. Tudo que ela apresenta tem que chocar, tem que gerar impacto, vibração, emoção. Toda informação tem seu aspecto emocional: nisso é que reside a dramatização da violência. Não se trata de uma mera narração, isenta (GOMES, 2007).

A mídia exerce um papel muito importante nesse contexto de aumento da sensação de insegurança, com discursos inflamados exigindo o endurecimento do sistema penal, acusando este de ser benevolente e seus juízes condescendentes.

O judiciário, legislativo e o executivo, de forma não excepcional, sucumbem à pressão desses programas de jornais sensacionalistas e editam leis mais severas, criminalizam diversas condutas e julgam de acordo com a vontade popular.

Esse cenário converte-se em um ambiente propício ao aumento dos mecanismos de controle e gestão de riscos, sendo o Direito Penal um importante e poderoso instrumento deste. Contudo, muitas das vezes essa expansão do sistema penal entra em conflito direto com os princípios constitucionais que o regem.

2.1. Princípios norteadores do Direito Penal

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, proclama a dignidade da pessoa humana⁴ como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a qual se constitui como

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Estado Democrático de Direito. O Direito Penal deve, portanto, sempre modelar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

A Carta Magna também emana os princípios sobre os quais será regido o Direito Penal, sempre em respeito à dignidade da pessoa humana. Esses princípios possuem a função de limitar o poder punitivo do Estado, sendo garantias do cidadão contra a arbitrariedade daquele.

Consideração semelhante é exposta pelo Cezar Roberto Bitencourt no seguinte trecho:

Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão ou simplesmente de *Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988. **(BITENCOURT, 2008, p. 10)**

Como exposto, o Direito Penal no Estado Democrático de Direito é regido por diversos princípios extraídos da Constituição Federal. Entre eles cumpre ressaltar os da intervenção mínima, da subsidiariedade, da lesividade, da fragmentariedade e da proporcionalidade, os quais são fundamentais para limitar a aplicação da lei penal.

Um dos princípios basilares do direito penal é o da intervenção mínima, também conhecido como princípio da *ultima ratio*. Este indica que uma conduta só deve ser criminalizada pelo Estado se os demais ramos do direito forem insuficientes ou incapazes de prevenir ataques contra bens jurídicos importantes.

Ser a *ultima ratio* significa que o direito penal só deve operar quando todos os demais meios de controle social forem esgotados e incapazes de tutelar os bens jurídicos relevantes. Esse princípio tem como um dos seus fundamentos a gravidade da aplicação da sanção penal, conforme pode ser extraído do subsequente fragmento.

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 prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros

[...]
III - a dignidade da pessoa humana;

meios de controlo social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. (BITENCOURT, 2008)

Já o princípio da lesividade preceitua que somente serão passíveis de punição as condutas que lesionem os bens jurídicos protegidos, sendo atípicos os atos que não sejam capazes de atingir os bens tutelados. Assim como expõe Juarez Cirino dos Santos em:

“lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc., não constituem crime (SANTOS, 2012, p. 15).

Nesse mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini se posiciona afirmando que:

o conceito de *nullum crimen sine iniuria* estabelece que somente será penalmente relevante a conduta que lesiona o bem jurídico protegido, de forma que serão atípicos os atos que não afetem os interesses tutelados (BOTTINI, 2013, p. 154).

Por este princípio, pode-se afirmar ser indispensável à criação de tipos penais, cujo objetivo seja eficiente e realístico, visando à punição de condutas autenticamente lesivas aos bens jurídicos tutelados.

O princípio da lesividade informa também o instituto do crime impossível, aonde não existe a possibilidade de lesão ao bem jurídico penalmente protegido, seja pela absoluta ineficácia do meio utilizado ou pela absoluta impropriedade do objeto. Respeitando assim o previsto no próprio Código Penal, Decreto-Lei n° 2.848 de 1940, que em seu artigo 17 determina a impossibilidade de punir os crimes impossíveis, *in verbis*:

Crime impossível -

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.” (Código Penal)

Compreender que mesmo comportamentos inócuos são penalmente relevantes — se descritos nos tipos de perigo abstrato — conflita com o próprio Código Penal, que determina a impunidade do crime impossível, condutas sem possibilidade de afetar o bem jurídico, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto (Código Penal, artigo 17). (BOTTINI, 2012).

De forma complementar, os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade determinam a forma e a abrangência do direito penal. Segundo estes, devem ser relevantes apenas as condutas que atinjam os bens jurídicos mais importantes e que não possam ser

prevenidas através de outros instrumentos de controle social, tais como o direito civil, administrativo etc.

Afirmar que o Direito Penal deve ser fragmentário é afirmar que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas por este, devendo, constitui somente uma parcela do ordenamento jurídico.

Isto é, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de relevante proporção à segurança pública e à liberdade individual.

Cumprido expor o ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt acerca do caráter fragmentário do Direito Penal:

Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. **O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes**, decorrendo daí o seu *caráter fragmentário*, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. (BITENCOURT, 2008, p. 14) (grifo dado pelo autor)

Isto posto, compreende-se que ser fragmentário é entender que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas aos bens jurídicos, devendo se importar apenas com as lesões mais graves, praticadas contra os bens mais importantes.

Desta forma, evita-se a banalização da punição penal, tornando a muitas vezes ineficaz.

Por fim, o princípio da proporcionalidade preceitua que a punição penal deve ser harmônica à gravidade da infração cometida. Este princípio tem por objetivo evitar a aplicação de sanções exageradas, em total desconformidade com a gravidade do delito.

A Constituição, ao estabelecer as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, consagra implicitamente o princípio da proporcionalidade, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento.

Fixa o art. 5.º, XLVI, as seguintes penas: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Cezar Roberto Bitencourt também se manifesta no sentido de estar o princípio da proporcionalidade contido na Constituição Federal de 1988:

No entanto, o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado, como acabamos de referir, pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 52, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 52, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 52, XLII, XLIII e XLIV) (**BITENCOURT, 2008, p. 24**).

Esses princípios, em conjunto, cumprem a função de limitar a atuação penal do Estado, estabelecendo parâmetros e limites. O Direito Penal, ao ser utilizado em respeito aos seus próprios princípios poderá alcançar a paz social e o respeito as normas, sem, contudo, prejudicar a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade.

Nada obstante, o direito penal tem tido sua abrangência alargada através de uma intensa produção legislativa, criminalizando as mais diversas condutas. Assume este a função de prevenção, no momento antecedente ao resultado, reprimindo comportamentos potencialmente danosos, substituindo-se o desvalor do resultado pelo desvalor da ação⁵.

Na atualidade, este diploma começou a punir as condutas pela sua eventual probabilidade de lesionar o bem jurídico tutelado, elencando em seus tipos penais não mais a lesão e sim o perigo e o risco. Para Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 67) a“(...) *norma criminal é chamada a cumprir o papel de instrumento de controle de riscos*.”.

Este autor afirma ainda que:

[...] o direito penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido. A norma penal visa reprimir comportamentos potencialmente danosos. [...] Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco (**BOTTINI, 2013, p. 68**).

⁵ Pierpaolo Cruz Bottini entende que houve uma substituição do dano concreto pela probabilidade de lesão aos bens e interesses.

Com esse alargamento do sistema penal, retira-se deste seu caráter subsidiário, de *ultima ratio*, resultando em uma mediocrização da política criminal, enfraquecendo assim seu potencial de prevenção.

Esse entendimento é ratificado por Pierpaolo Cruz Bottini no seguinte trecho:

O direito penal perde em autoridade e em eficiência, pois falha em sua missão de indicar e atuar apenas diante de lesões ou ameaças graves aos interesses necessários para a estabilização social. (BOTTINI, 2013, p. 159)

Ainda em relação à incompatibilidade da expansão do direito penal com seus próprios princípios, cumpre reiterar os preceitos do princípio da proporcionalidade, pelo qual a resposta punitiva deve ser proporcional à violação, preservando assim a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido Bottini se posiciona de forma brilhante ao afirmar que se a aplicação da sanção lesa a dignidade da pessoa humana, esta deve ser precedida pela transgressão ou ao menos pelo risco de lesão ao bem jurídico em igual ou maior gravidade.⁶

Com base nesse princípio podemos inferir que a criminalização das mais diversas condutas, através da dilatação do direito penal, causa um desequilíbrio entre as ações proibidas e a aplicação da sanção penal. Este fato ocorre por ser a sanção penal uma forma de punição muito grave, que fere a dignidade da pessoa humana, restringindo a sua liberdade, seja de forma total ou parcial.

Justamente sobre esta circunstância narrada que se encontra a categoria dos tipos penais de perigo abstrato, conforme narrado anteriormente. Nestes crimes, a conduta é elementar do tipo, não sendo exigível nenhum resultado naturalístico.

Diz-se abstrato o perigo quando o tipo penal incriminador entende como suficiente, para fins de caracterização do perigo, a prática do comportamento – comissivo ou omissivo- por ele previsto. Assim, os crimes de perigo abstrato são reconhecidos como de perigo presumido. A visão, para a conclusão da situação de perigo criada

⁶ Bottini p 161, 2013 “A quantidade ou intensidade da pena deve observar a importância do bem ofendido e a gravidade do ataque perpetrado, sem o que não haverá respeito à proporcionalidade, e a atuação repressiva do Estado tornar-se-á arbitrária e irracional.

pela prática do comportamento típico, é realizada ex ante, independentemente da comprovação, no caso concreto, de que a conduta do agente produziu, efetivamente ou não, a situação de perigo que o tipo procura evitar (**GRECO, 2008**).

Esse tipo penal tem por objetivo prevenir a ocorrência de condutas que possam colocar em risco os bens tutelados pelo Estado, buscando assim diminuir o sentimento de insegurança, garantindo a paz social.

O Direito, dessa forma, procura não só atacar as condutas que causam direta e concretamente dano a bem jurídico protegido mas também antecipadamente investir contra agentes que pratiquem atos potencialmente danosos a terceiros e que venham a causar sentimento de insegurança ao coletivo social. A paz social seria um dos principais objetivos visados na estipulação da criminalização dos atos enquadrados como crimes de perigo (**ASSIS & ARAUJO, 2012**)

Desta forma, nos crimes de perigo abstrato, exige-se apenas o acontecimento da conduta para subsunção ao tipo penal. Contudo, a doutrina vem defendendo que para uma harmonização dessa espécie penal com os princípios que regem o direito penal no Estado Democrático de Direito, deve ser analisada a periculosidade da conduta,

os crimes de perigo abstrato são legítimos e constitucionais, desde que o magistrado se certifique de que, no caso concreto, aquele comportamento específico tinha potencialidade para lesionar ou colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal, que não era absolutamente inócuo (**BOTTINI, 2013**)

Importante pontuar ainda que, segundo Pierpaolo Cruz Bottini (2013), alguns doutrinadores consideram inconstitucionais os tipos de perigo abstrato, uma vez que afrontariam o princípio da lesividade, no qual todo comportamento criminoso deve constranger um bem jurídico tutelado, seja pela lesão ou pela exposição a um perigo concreto. No entanto, segundo esse autor, não confere razão o argumento de inconstitucionalidade, pelo fato de a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIII, prevê o crime por tráfico de drogas, tipo penal de perigo abstrato.

Conforme assevera o autor, mesmo que constitucionais os crimes de perigo abstrato, estes devem ser interpretados de forma sistemática. Caberá então ao intérprete à análise casuística dos fatos, averiguando quanto à periculosidade da conduta e de sua capacidade de colocar em risco os bens jurídicos tutelados pelo Estado.

Existem diversas condutas tipificadas que se enquadram na classificação dos crimes de perigo abstratos, como tráfico de drogas, a embriaguez ao volante, o porte de arma etc, alcançando distintos bens jurídicos. Também existem diversas previsões de crimes de perigo abstrato contra a economia, o meio ambiente, a saúde etc.

Como exemplo de tipificação de um crime de perigo abstrato, pode-se verificar na Lei nº. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, Estatuto do Desarmamento, que dispõe sobre a posse, comercialização e registro de armas de fogo, o Sistema Nacional de Armas – Sinarm e ainda sobre os crimes relacionados a estas. Em seu capítulo IV, estão elencadas as condutas consideradas como criminosas e suas respectivas sanções.

As condutas previstas nos artigos 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento versam sobre a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e restritos quando em desacordo com as determinações legais previstas no próprio Estatuto do Desarmamento e em seu respectivo regulamento, o Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004. Nos artigos da Lei nº 10.826 de 2003 tem-se a indicação da conduta como elementar do tipo, sem nenhuma vinculação a um resultado ou risco obrigatório.

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

[...]

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

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:

[...]

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Conforme o exposto percebe-se um relevante aumento no emprego do direito penal para resolução das mais diversas mazelas da sociedade. Justamente nesse contexto que o legislador, atendendo aos anseios da sociedade, opta pela criação de normas que punam o risco de lesão através de espécie dos crimes de perigo abstrato.

Desta forma, torna-se necessário um aprofundado estudo sobre estes tipos penais. Através de uma análise acerca da maneira mais adequada de sua aplicação em consonância com os princípios norteadores do direito penal.

Isto posto será possível assim evitar que sejam punidas condutas que sejam completamente inócuas a lesionar os bens protegidos. Não obstante, essa postura permitirá também que o direito penal não fique a disposição da má administração pública.

Nessa seara, passaremos a delinear os tipos penais de perigo, abordando suas classificações doutrinárias, buscando compreender a forma mais adequada de utilização destes tipos. Observaremos também o tratamento e entendimento legislativo reservado aos crimes de posse e porte de arma ora mencionados.

3. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E O PORTE DE ARMA

Inicialmente cumpre distinguir os crimes de perigo dos crimes de dano, nesses a consumação ocorre com a lesão ao bem tutelado, isto é, a conduta do agente é voltada a atingir o bem de forma danosa. A conceituação do crime de dano está bem definida por Annelise Oliveira que define que:

são aqueles que, para a sua consumação, deve haver a efetiva lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente a produzir o resultado, acarretando dano ou lesão para o bem protegido pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio e lesão corporal (OLIVEIRA, 2015).

3.1. Crimes de perigo

Nos crimes de perigo, diferentes dos crimes de dano, não se exige um resultado naturalístico, uma efetiva lesão ao dano, isto é, a conduta por si só já enseja a sanção penal. Nas palavras de Guilherme Nucci (2016) “os crimes de perigo são os que se contentam, para a consumação, com a mera probabilidade haver um dano”.

César Roberto Bitencourt deslinda de forma bem clara o que são os crimes de perigo no seguinte fragmento:

Crime de perigo é aquele que se consuma com a superveniência de um resultado material que consiste na simples criação do perigo real para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. Nesses crimes, o elemento subjetivo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente. (BITENCOURT, 2008, p. 213).

Existem duas espécies de crimes de perigo no sistema penal brasileiro, os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo presumido, ou abstrato.

A distinção entre os crimes de perigo concreto e abstrato encontra-se no fato de naquele ser necessária a comprovação da situação de risco, enquanto no segundo o perigo é presumido *juris et de jure*. Isto é, no crime de perigo abstrato a lei presume a conduta como perigosa em si.

Essa diferenciação entre as espécies dos crimes de perigo fica bem clara na passagem de Guilherme Nucci acerca do tema:

[...]perigo abstrato, quando a probabilidade de ocorrência de dano está presumida no tipo penal, independentemente de prova (ex.: porte ilegal de substância entorpecente – arts. 28 e 33, Lei 11.343/06 -, em que se presume o perigo para a saúde pública); perigo concreto, quando a probabilidade de ocorrência de dano precisa ser investigada e provada (ex.: expor a vida ou saúde de alguém a perigo – art. 132, CP). (NUCCI, 2016, p. 172).

Os tipos penais de perigo podem ser direcionados a um indivíduo ou grupo determinados, classificados como perigo individual, ou podem atingir o interesse de toda coletividade, caso do crime de perigo comum ou coletivo.

Os crimes de perigo individual estão elencados no capítulo III do Título I do Código Penal, Da Periclitación da Vida e da Saúde. Enquanto os crimes de perigo coletivo estão previstos no código penal no capítulo IV, Título VIII, Dos crimes contra a incolumidade Pública.

Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

[...]

Explosão

Art. 251 - Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos: "(DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.)

Insta salientar que essa discriminação entre perigo individual e comum é relevante apenas para os crimes de perigo concreto. Isto se deve ao fato de os crimes de perigo abstrato não terem um sujeito passivo determinado, atingindo sempre a sociedade como um todo.

Desta forma, podemos definir os crimes de perigo concreto como aqueles em que se exige a efetiva exposição ao risco, podendo este ter como agente passivo um indivíduo ou grupo determinado ou o coletivo de forma genérica. Isto é, no tipo de perigo concreto, a real existência do perigo é elementar do tipo, sendo, portanto, atípica a conduta, quando ausente.

Rogério Greco acompanha o entendimento acerca da necessidade de analisar se no caso concreto houve exposição ao bem jurídico para sua tipificação:

A sua visão, ao contrário daquela realizada nos crimes de perigo abstrato, é sempre ex post, ou seja, analisa-se o comportamento praticado pelo agente, depois da sua realização, a fim de concluir-se, no caso concreto, trouxe ou não perigo ao bem juridicamente protegido pelo tipo. Como exemplo de crime de perigo concreto podemos destacar o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, previsto pelo art. 132 do Código Penal (**OLIVEIRA, 2015**)

Posicionamento análogo tem a Revista de Âmbito Jurídico ao afirmar que:

os delitos de perigo concreto são aqueles que requerem, para sua verificação, a produção de um resultado, individualmente verificável no caso fático, de real perigo de dano ao objeto protegido pela norma.” (REVISTA ÂMBITO JURÍDICO, p. 03).

Um exemplo bem ilustrativo do crime de perigo concreto é o crime de incêndio, previsto no artigo 250 do Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:
Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

Segundo a redação do tipo é possível observar a existência de necessidade de exposição ao perigo através da conduta, sendo este elementar do tipo. Essa análise deverá ser realizada pelo julgador adstrito as circunstâncias do fato.

Em outras palavras, o julgador deverá examinar se a conduta praticada pelo agente foi capaz de oferecer risco ao bem tutelado no tipo. Verificando-se que não houve perigo real de lesão ao bem, não há que se falar em crime de perigo. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro adota entendimento congruente, consoante pode se inferir do seguinte julgado:

Elementos constitutivos do delito. **Inocorrência de risco efetivo para numero indeterminado de pessoas. Dano. Para a caracterização do crime de incêndio é indispensável à ocorrência de risco efetivo para a vida, a integridade física ou o patrimônio** de um numero indeterminado de pessoas. A destruição de coisas determinadas, sem produzir perigo coletivo, pode configurar o delito de dano. Recurso improvido. (RC) (TJ-RJ - APL: 00126107919928190000 RIO DE JANEIRO SANTA MARIA MADALENA VARA UNICA, Relator: PAULO GOMES DA SILVA FILHO, Data de Julgamento: 15/12/1992, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 02/03/1993 – grifou-se)

Por fim, cumpre salientar que nos crimes de perigo concreto é possível a configuração da conduta tentada ou culposa, previstas, respectivamente, nos artigos 14, II e 18, II do Código Penal.

3.2. Crimes de perigo abstrato

O crime de perigo abstrato são aqueles em que o perigo é presumido na conduta descrita. A descrição normativa se restringe à conduta, não especificando nenhum resultado exterior ao ato em si, diferente do que ocorre nos crimes de perigo concreto ou nos crimes de lesão.⁷

Os crimes dessa categoria se consumam com a prática da conduta conforme descrita no enunciado penal, sendo, por esse motivo, considerados crimes de mera conduta. A conduta é elementar do tipo, não sendo necessário nenhum resultado externo. Dessa forma entende Bottini em:

O núcleo do injusto penal é a conduta praticada: o desvalor reside no comportamento e não no resultado, dispensado para a configuração formal do ilícito. **(BOTTINI, 2012, p. 88).**

Trata-se de uma modalidade recente de injusto penal, utilizado pelo legislador para atribuir o predicado de crime a certas condutas que são consideradas perigosas aos bens tutelados pelo Estado. Há uma presunção, por parte do legislador, de que essas condutas são perigosas aos bens jurídicos fundamentais.

Como pontuou com maestria Pierpaolo Cruz Bottini:

Os crimes de perigo abstrato, por outro lado, prescindem da referência a fenômenos externos à atividade descrita como ilícita. Sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal **(BOTTINI, 2012, p. 88).**

⁷ Bottini, 2012 p 87. “O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado naturalístico. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à conduta, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto.”

Esta categoria de crimes tem por objetivo evitar o dano na tentativa de fomentar um maior grau de proteção à sociedade. A justificativa para essa modalidade reside no aumento da percepção do risco, consoante exposto no capítulo anterior.

As condutas tipificadas como crime de perigo abstrato muitas vezes não resultam diretamente em nenhum prejuízo tangível no plano material. A prática da conduta descrita no tipo, ainda que não compreenda uma ameaça real ao bem tutelado, atrairá a incidência da norma penal. Pode-se dizer que os fenômenos externos são irrelevantes para essa espécie penal.

Desta mesma forma preceituam Isabella Assis e Marco Araújo que:

O Direito, dessa forma, procura não só atacar as condutas que causam direta e concretamente dano a bem jurídico protegido mas também antecipadamente investir contra agentes que pratiquem atos potencialmente danosos a terceiros e que venham a causar sentimento de insegurança ao coletivo social. A paz social seria um dos principais objetivos visados na estipulação da criminalização dos atos enquadrados como crimes de perigo (ASSIS & ARAUJO, 2012).

É possível perceber, na atualidade, um aumento expressivo no uso dessa técnica legislativa, caracterizando inclusive uma nova face do direito penal moderno, o direito penal do risco.

O professor Pierpaolo Cruz Bottini atribui a proliferação dos crimes de perigo abstrato ao desconhecimento dos possíveis resultados em longo prazo da implementação de novas tecnologias, como por exemplo, as inovações na área da energia nuclear, da genética, de novos medicamentos etc. Segundo o professor, nessas situações, o importante é evitar o risco ao invés de agir na repressão aos resultados, uma vez que não se possui certeza sobre estes.

Para isso, o tipo penal deve estar dirigido à conduta e não ao resultado. A atividade, em si, passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha estas condutas, e a extensão da ameaça, levam o legislador a optar pela norma de prevenção, através de descrições típicas que não reconheçam o resultado como elemento integrante do injusto, ou seja, através dos tipos penais de perigo abstrato. (BOTTINI, 2013).

Além da incerteza dos resultados em longo prazo do desenvolvimento de novas tecnologias, outro fato responsável pela utilização dessa espécie penal é a dificuldade de estabelecimento de nexos causal da aplicação das novas tecnologias. Posto que, diferente dos

tipos de perigo concreto ou de dano, necessitam para a sua tipificação a demonstração do nexo causal entre a conduta e a lesão, sendo, portanto, estes ineficazes para proteção dos bens tutelados em diversas situações da modernidade.

Por fim, Bottini pontua que a proteção cada vez mais intensa dos bens jurídicos coletivos ou difusos, torna obsoleta a percepção do crime pela ótica autor e vítima uma vez ser imensa a dificuldade de determinação dos sujeitos passivos da ação criminosa.

Nada obstante, o tipo de perigo abstrato também é utilizado pelo legislador como uma forma de organizar a sociedade que está imersa em contexto de interações incertas. Por este motivo, o legislador utiliza o crime de perigo abstrato como mecanismo de gerenciamento de risco.

Destarte, os crimes de perigo abstrato são formulados na perspectiva da dicotomia entre riscos permitidos/toleráveis e risco não permitidos/intoleráveis. Como exemplo temos o tráfego de veículos, uma situação na qual existe um risco inerente, porém é permitido, desde que respeite as normas estabelecidas, entre elas, cumpre citar a proibição à condução de veículo sob influência alcoólica ou de outra substância, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503 de 1997.

O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é um exemplo clássico de ilícito penal de perigo abstrato. No texto do artigo não há nenhuma referência a algum resultado externo, apenas a proibição da conduta.

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência :

Conforme se pode verificar, não existe no tipo penal nenhuma alusão à exposição do bem tutelado (segurança no trânsito) a um perigo real. O legislador entendeu que a conduta tem um caráter perigoso, sendo suficiente a constatação da prática da conduta para a incidência da norma penal.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro coaduna com essa interpretação, como pode ser observado no seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO. ALCOOLEMIA. ARTIGO 306 DO CTB. Pleito absolutório, por ausência de demonstração do efetivo risco ao bem jurídico tutelado. Desnecessidade. **Crime de perigo abstrato. O tipo penal de perigo abstrato visa inibir a prática de certas condutas antes da ocorrência de eventual resultado lesivo, garantindo, assim, de modo mais eficaz, a proteção de alguns dos bens mais valiosos do ser humano, que são sua vida e a integridade corporal.** Precedentes do STF e STJ. Dosimetria mantida. Pedido de aplicação da circunstancia atenuante da confissão. Impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal. Súmula 231 do STJ. Recurso desprovido. Unânime. (TJ-RJ - APL: 00044087220138190002 RJ 0004408-72.2013.8.19.0002, Relator: DES. ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO, Data de Julgamento: 16/09/2014, TERCEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 25/09/2014 16:27)

Em virtude dessas considerações é possível compreender a razão pela qual o legislador tem feito uso dos crimes de perigo abstrato como mecanismo de controle dos riscos. A proliferação dessa espécie penal é o indício mais contundente da expansão do direito penal. Assim entende Pierpaolo Cruz Bottini em:

Os novos âmbitos de periculosidade, com suas características inéditas, direcionam a atividade legislativa ao emprego desta técnica de tipificação, daí sua presença representativa nos diplomas legais contemporâneos. O perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão do direito penal, na ânsia por fazer frente aos temores que acompanham o desenvolvimento científico e econômico da atualidade (BOTTINI, 2013)

Ante o exposto, pode-se concluir que nos crimes de perigo abstrato o perigo será definido a priori, pelo próprio legislador, sem está vinculado a real exposição ao risco. Nesse tipo penal, a prática da conduta descrita será suficiente para incidência da norma.

Contudo, cumpre ressaltar que este entendimento não é unanime na doutrina, conforme pode ser extraído do trabalho de Fernando Oliva Palma (2011), uma parte da doutrina entende que os crimes de perigo abstrato gozam de presunção relativa. Com isso, nas hipóteses que o bem jurídico não estivesse de fato ameaçado, seria uma conduta atípica, sendo então admitida prova em contrário.⁸

⁸ Os novos âmbitos de periculosidade, com suas características inéditas, direcionam a atividade legislativa ao emprego desta técnica de tipificação, daí sua presença representativa nos diplomas legais contemporâneos. O perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão do direito penal, na ânsia por fazer frente aos

Insta ainda salientar que alguns doutrinadores, entre eles Pierpaolo Cruz Bottini, concebem que a classificação clássica entre crimes de perigo concreto e de perigo abstrato é insatisfatória. Pierpaolo Cruz Bottini pontua que existem crimes que não se enquadram nessa dicotomia, uma vez que não exigem prova concreta da ameaça ao mesmo tempo em que não se satisfazem com a mera prática da conduta.

Verificou-se que alguns dispositivos normativos não se enquadravam neste sistema porque, ao mesmo tempo em que não exigiam a produção de nenhuma ameaça concreta a bens jurídicos para a caracterização da tipicidade (não são de perigo concreto), também não se contentavam com a mera realização formal da conduta (crimes de perigo abstrato). Tais delitos, para sua configuração, exigiam a produção de um ambiente de perigo em potencial, em abstrato, ou seja, que a atividade proibida ao menos criasse condições para afetar os interesses juridicamente relevantes, mas, ao mesmo tempo, não condicionavam à ameaça efetiva de nenhum bem jurídico concreto. (BOTTINI, 2012, p. 91).

Para este doutrinador, estes crimes que fogem a essa classificação tradicional, apresentando elemento de ambas as espécies dos crimes de perigo, devem ser categorizados conforme o proposto pro SCHRÖDER, em crimes de perigo abstrato-concreto.

Os tipos penais de perigo abstrato-concreto não se restringem a descrição da conduta proibida, neste é exigido expressamente à necessidade de periculosidade, isto é, que a conduta praticada seja capaz efetivamente de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico.

Desta forma, essa terceira categoria dos crimes de perigo, engloba os crimes em que a conduta tipificada cria uma situação de risco intolerável. O legislador deverá, na redação do tipo, fornecer elementos para serem considerados pelo juiz na análise casuística.

O crime previsto no artigo 54 da Lei nº 9.605 de 1998 ilustra bem essa categoria ao exigir expressamente o perigo de dano em seu texto, não se contentando apenas com a prática de *gerar poluição* para incidência da norma. *In verbis*:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais **que resultem ou possam resultar em danos** à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: (grifou-se)

Em consonância com o exposto, pode se constatar que a inexistência de um ambiente de periculosidade e/ou de certa materialidade na conduta, resultará na aplicação da sanção penal perante comportamentos inócuos para expor a perigo ou lesionar o bem tutelado.

Desta forma, estaria em conflito com os princípios constitucionais que regem o Direito Penal, desrespeitando-se assim o Estado Democrático de Direito.

Em suma, para uma correta e legítima utilização dos tipos de perigo abstrato, deve ser observada a capacidade da conduta, no plano concreto, de afetar o bem tutelado. Essa é a questão que será abordada no tópico seguinte, analisando-se o crime do porte ilegal de arma.

3.3. A posse e o porte ilegal de armas

As condutas de posse irregular e porte ilegal de arma estão previstas como crime na Lei nº 10.826/2003, também conhecida como Estatuto do Desarmamento.

Esta lei em seu capítulo IV elencou as condutas consideradas criminosas em relação à posse e ao porte de arma de fogo e suas respectivas munições e acessórios.

O dispositivo trata de forma distinta as condutas de posse/porte ilegal envolvendo arma de fogo de uso permitido com as de uso restrito. Para estas, a conduta de posse ou porte implicará na cominação de penas privativas de liberdade de maior duração, de três a seis anos, sendo, portanto, mais graves.

Essa majoração justifica-se pela maior reprovabilidade à conduta de possuir ou portar arma de fogo de uso restrito, dado o seu maior potencial lesivo.

A conduta de possuir ou portar arma ilegal de fogo de uso restrito está previsto no artigo 16 do Estatuto do Desarmamento:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

O Estatuto do Desarmamento não especifica quais seriam as armas de fogo de uso proibido/restrito, assim como seus respectivos acessórios. Essa definição é encontrada no Decreto n° 5.123 de 2004, que regulamenta a Lei n°10826, em seu artigo 11:

Art. 11. Arma de fogo de uso **restrito** é aquela de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército, de acordo com legislação específica. (grifou-se)

E é complementada através do Decreto n° 3665 de 2000, pelo artigo 3°, LXXX e LXXXI:

Art. 3° Para os efeitos deste Regulamento e sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições:

[...]

LXXX - uso proibido: a antiga designação "de uso proibido" é dada aos produtos controlados pelo Exército designados como "de uso restrito";

LXXXI - uso restrito: a designação "de uso restrito" é dada aos produtos controlados pelo Exército que só podem ser utilizados pelas Forças Armadas ou, autorizadas pelo Exército, algumas Instituições de Segurança, pessoas jurídicas habilitadas e pessoas físicas habilitadas;”.

Nesse mesmo sentido, o artigo 16 do Decreto n° 3665 de 2000 indica as armas, munições e acessórios que se enquadram no rol de uso restrito.

O Estatuto do Desarmamento expõe os requisitos necessários para se adquirir arma de fogo e proíbe o porte desta em todo o território nacional, exceto para os indivíduos que se encontrem em uma das condições previstas no artigo 6° da lei. Os requisitos para a aquisição de arma de fogo são ratificados e são pormenorizados no regulamento da lei, o Decreto n° 5.123 de 2004, em seu artigo 12.

Cumpra ainda salientar que toda arma de fogo deve ser registrada junto à autoridade competente. Estas são algumas das definições que o Estatuto do Desarmamento previu, regulamentando a questão acerca da posse e porte de arma de fogo.

Isto posto, analisar-se-á as condutas previstas nos artigos 12, 14 e 16 do referido estatuto à luz do conceito e especificidades do tipo penal de perigo abstrato. Os artigos citados

tipificam as condutas de posse e porte de arma de fogo, sendo o artigo 16 o caso específico das armas de fogo de uso restrito.

Conforme já delineado de forma bem nítida, nos crimes de perigo abstrato, a mera realização da conduta atrai a aplicação da norma penal. Este tipo penal tem como objetivo evitar o risco, sendo este presumido à conduta. O perigo é presumido *juris et de jure*.

Nos crimes previstos nos artigos 12, 14 e 16, o delito estará consumado com a realização da conduta, independente de um resultado lesivo real. Ocorre uma presunção, por parte do legislador, que a posse e o porte de arma em desconformidade com o estipulado em lei, por si só é um risco para a sociedade.

Contudo, existem diversas hipóteses em que a conduta será completamente inócua para lesionar ou expor a perigo o bem jurídico tutelado. Essas situações onde não houver uma tipicidade material na conduta, isto é, não existir nenhuma periculosidade, não deveriam ser punidas através do direito penal.

Desta forma entende Pierpaolo Cruz Bottini em:

A compreensão material do perigo abstrato impede a incidência do tipo em situações concretas de ausência de periculosidade, como ocorre no caso do indivíduo que porta arma irregularmente, em desacordo com o estabelecido no art. 12 da Lei 10.826/2003 (...) e, posteriormente, verifica-se que esta não tem condições de funcionamento (BOTTINI, 2013, p. 176).

Pierpaolo Cruz Bottini complementa ainda, afirmando que na situação retratada, o risco típico não poderia ser verificado nem em uma perspectiva *ex ante*, uma vez que a conduta é incapaz de produzir algum resultado lesivo.⁹

Pode-se citar diversas situações nas quais estaria ausente a periculosidade nas condutas previstas nos citados artigos. A título exemplificativo, o indivíduo que possua ou porte munição sem arma correspondente, não sendo assim possível utilizar aquela.

⁹ Pierpaolo Cruz Bottini afirma que “Nesta hipótese, o risco típico não se verifica nem por uma perspectiva *ex ante*, pois a conduta é incapaz de qualquer efeito lesivo previsto no âmbito de abrangência da norma.” (bottini, p 176, 2012)

Pensamento congruente com o de Pierpaolo Cruz Bottini em:

É justamente pela ausência de periculosidade material, também, que nos parece acertado afastar a tipicidade do ato de portar munição de arma de fogo sem autorização, comportamento indicado no art.16 da Lei 10.826/2003 como penalmente reprovado, vez que a munição é mero acessório, **sem capacidade de afetação de bens jurídicos** se desacompanhada do principal – a arma de fogo.” (BOTTINI, 2013, p. 176).

Outra situação na qual não estaria presente a periculosidade é o caso da arma de fogo que se encontre desmontada, não sendo possível seu pronto emprego. Este é mais um caso onde a conduta não apresenta capacidade de lesionar o bem jurídico tutelado através do Estatuto do Desarmamento, no caso, a segurança pública.

Neste sentido, parece mais adequada a posição de classificação do crime de posse/porte ilegal de arma como crime de perigo abstrato-concreto. Em virtude de nesses tipos penais, apesar de não ser exigido a uma lesão ou perigo real, faz-se necessário à capacidade, ainda que em abstrato, de risco ao bem protegido.

Cumprido salientar que não possui razão o argumento de que mesmo a arma sem munição apresenta um perigo, pois esta poderá ser usada como instrumento de grave ameaça. Isto ocorre, pelo simples fato de, que por mais que seja verdade que a arma de fogo desmuniada possa vir a ser empregada como instrumento de ameaça, o direito penal possui outros tipos hábeis para punir esta conduta.

Convém ressaltar que punir condutas desprovidas de capacidade para afetar o bem protegido está totalmente em desconformidade com os princípios que regem o Direito Penal no Estado Democrático de Direito. A imposição da sanção penal a essas condutas afronta o princípio de lesividade, pelo qual não há crime sem injúria anterior.

Assim como afirma Pierpaolo Cruz Bottini em:

o conceito de *nullum crimen sine iniuria* estabelece que somente será penalmente relevante a conduta que lesiona o bem jurídico protegido, de forma que serão atípicos os atos que não afetem os interesses tutelados (BOTTINI, 2013, p. 154).

Insta ainda salientar que o princípio da lesividade é dotado de porte constitucional, expresso no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal.

Ainda de acordo com o princípio da lesividade, conforme exposto no capítulo anterior, as condutas inócuas ainda seriam consideradas crimes impossíveis, devido a sua absoluta ineficácia do meio e/ou pela absoluta impropriedade do objeto. Respeitando assim o previsto no próprio Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, que em seu artigo 17 determina a impossibilidade de punir os crimes impossíveis, *in verbis*:

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, **por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto**, é impossível consumar-se o crime.” (Código Penal).

Compreender que mesmo comportamentos inócuos são penalmente relevantes — se descritos nos tipos de perigo abstrato — conflita com o próprio Código Penal, que determina a impunidade do crime impossível, condutas sem possibilidade de afetar o bem jurídico, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto (Código Penal, artigo 17). (BOTTINI, 2013).

De fato, a necessidade da existência de lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado, concretizado na efetiva lesão ou na exposição ao perigo, é própria de um Direito Penal decorrente do Estado Democrático de Direito.

Essa postura visa restringir ao máximo o poder punitivo estatal, direcionando o Direito Penal à sua verdadeira função, qual seja, a de exclusiva proteção dos bens jurídicos mais importantes da vida em coletividade.

Revela dizer que a aplicação da sanção penal a estas condutas seria punir a mera desobediência, assim como nos delitos formais, assim como entende Piarpaulo Cruz Bottini na seguinte assertiva:

A demonstração do risco real proveniente do uso da substância é essencial para a caracterização do delito de perigo abstrato em tela, sem o que fica esvaziado seu conteúdo e as atividades serão punidas como meros crimes de desobediência, como delitos formais, o que é incompatível com um modelo de direito penal orientado à proteção de bens jurídicos (BOTTINI, 2013, p. 175).

Cumpra ainda examinar a situação, recorrente no plano real, de indivíduos que em algum momento possuíram o registro regular para a posse e/ou porte de arma de fogo e expirado este, em momento posterior vieram a ser incurso no crime de posse/porte ilegal.

A autoridade competente, em algum momento, concedeu a estes o direito a posse e/ou porte de arma de fogo, obviamente cumpridos os requisitos do Estatuto do Desarmamento. Contudo, este estabelece que o porte e o registro da arma sejam renovados sempre que passado o período de três anos, conforme o artigo 5º, § 2º da Lei.

Compreender nestes cidadãos a figura, estigmatizada, de criminoso e sujeitar estes a um processo penal é colocar o Direito Penal a serviço seja da má gestão estatal, que permitiu que a situação irregular da arma se perpetrasse, ou do excesso de burocracia que vincula a uma periodicidade ínfima, absurda e desnecessária.

Não obstante, este posicionamento contraria os princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade, estes limitadores do Direito Penal. Segundo estes, o Direito Penal, deve atuar somente quando todos os demais meios se mostrarem completamente ineficazes.

Dessa forma, de acordo com a máxima do Direito Penal ser a *ultima ratio*, não se vislumbra neste o meio adequado para resolução dessa questão.

O Decreto nº 5.123 de 2004 que regulamenta o Estatuto do Desarmamento, em seu artigo 67-B determina qual a medida a ser aplicada em caso de não renovação do registro da arma.

Art. 67-B. No caso do não-atendimento dos requisitos previstos no art. 12, para a renovação do Certificado de Registro da arma de fogo, o proprietário deverá entregar a arma à Polícia Federal, mediante indenização na forma do art. 68, ou providenciar sua transferência para terceiro, no prazo máximo de sessenta dias, aplicando-se, ao interessado na aquisição, as disposições do art. 4º da Lei nº 10.826, de 2003.

Isto posto, se a medida aplicada para aquele que não cumprir os requisitos para a renovação do registro é a entrega da arma mediante indenização ou até mesmo a possibilidade de transferência para terceiro interessado, o mesmo deveria ser adotado em relação àquele que

está na posse de artefato cujo registro expirou, conduta esta que, possivelmente, não passou de uma omissão por descuido ou por ignorância.

Cumpre ainda destacar que na situação narrada, a arma de fogo está registrada junto à autoridade, possibilitando localizar o artefato e proceder à apreensão deste se necessária.

Neste sentido deve-se dizer que a punição administrativa mostra-se suficientemente razoável e adequada para resolução da questão. Assim, não se justifica, nesses casos, o emprego do Direito Penal, devendo este preocupar-se apenas com as violações mais graves ao direito.

Seguindo essa orientação, o Projeto de Lei nº 3.722/2012, em trâmite na Câmara dos Deputados, que objetiva substituir a Lei nº 10.826/2003, somente prevê como típica a conduta de possuir arma de fogo sem registro, vide:

Capítulo VII

DOS CRIMES E DAS PENAS

Posse ilegal de arma de fogo

Art. 46. Possuir, deter, receber, manter, adquirir, fornecer ou ocultar arma de fogo de uso permitido ou restrito, sem registro, no interior de sua residência ou dependência desta, ou no local de trabalho, sem prejuízo das penas cominadas para algum outro crime cometido.

Pena – detenção de um a três anos se a arma for de uso permitido e de dois a quatro anos se a arma for de uso restrito.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – possui, detém ou mantém artefato explosivo ou incendiário considerado de uso restrito sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, exceto se estiver inerte; ou II – fornece, ainda que gratuitamente, arma de fogo, munição ou explosivo a criança ou adolescente, exceto quanto ao disposto no art. 64 desta lei.

§ 2º É vedada a apreensão de arma de fogo registrada, exceto quando suspeita de ter sido usada em algum crime, hipótese em que será recolhida, mediante cautela, para perícia, com prazo máximo de trinta dias para emissão de parecer conclusivo.

§ 3º Após a perícia mencionada no § 2º, se o laudo concluir pela ausência de prova de uso indevido, a arma será devolvida ao proprietário; na hipótese de conclusão pericial em contrário, a arma acompanhará os autos como elemento de prova para instrução de processo criminal.

Omissão na comunicação da perda da posse

Conforme pode ser extraído do texto do projeto de lei, a conduta criminosa de posse ou arma de fogo deve ser atribuída somente aos casos em que o poder público não possua outros meios de controle. Isto é, situações em que a existência da arma sequer seja de conhecimento das autoridades, impossibilitando assim qualquer forma de controle e localização do artefato.

Em face do exposto, torna-se necessário observar que a periculosidade da conduta, sua capacidade de atingir o bem protegido, é elementar para a tipificação da conduta. Não estando presente esta, ocorreria o fenômeno da atipicidade, não devendo, portanto, caber ao Direito Penal impor qualquer sanção a estas.

Percebe-se na atualidade que os tribunais brasileiros têm disposto atenção aos crimes de perigo abstrato, e em alguns casos, julgando pela atipicidade das condutas. No entanto, não é possível observar um padrão na fundamentação, sendo estas diversas, como se desprende da assertiva de Pierpaolo Cruz Bottini:

Os tribunais brasileiros vêm dedicando atenção à questão dos crimes de perigo abstrato e, em alguns casos, decidindo pela **atipicidade diante da ausência de periculosidade nos casos concretos**. No entanto, os fundamentos de tais decisões são variados, em geral voltados para peculiaridades dos dispositivos da Parte Especial do Código Penal ou baseados no princípio da insignificância (**BOTTINI, 2012, p. 176**).

Verifica-se, pois, que a averiguação da periculosidade da conduta não é utilizada como parâmetro de mérito para o direito penal. Existindo, assim, decisões casuísticas e sem uma orientação interpretativa, não existindo uma estabilidade jurisprudencial acerca da questão.

Diante disso, será analisado, no capítulo seguinte, como os tribunais superiores e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro têm-se posicionado sobre o tema.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NOS CRIMES DE POSSE E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO

4.1. Posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ainda não possui uma orientação jurisprudencial consolidada acerca da exigência de periculosidade nas condutas previstas nos artigos 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003.

É possível perceber em alguns julgados o reconhecimento da atipicidade da conduta ante a inocuidade da mesma. Contudo, essas decisões absolutórias são casos isolados e não possuem um padrão em suas respectivas fundamentações.

Conforme se pode aferir no seguinte acórdão, a sétima câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, não possui entendimento unânime, tendo, inclusive reformado sua decisão.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CRIME DO ARTIGO 12 DA LEI 10.826/2003. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ACÓRDÃO VENCEDOR QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL CONDENANDO O EMBARGANTE. DIVERGÊNCIA. VOTO VENCIDO PELA MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO ANTE A ATIPICIDADE DA CONDUTA. ADMISSIBILIDADE. 1- In casu, a divergência anotada entre os votos condutores, vencedor e vencido, restringe-se à questão da atipicidade ou não da conduta praticada pelo Embargante que manteve sob sua guarda, em sua residência, dois cartuchos de calibre .38. Prevalência do voto vencido. 2- A mera posse de munição, em pequena quantidade, não gera nenhum risco de perigo à incolumidade pública. Assim, embora a conduta seja formalmente típica, **diante da ausência de ofensividade da conduta, impõe-se o reconhecimento da atipicidade material e, por conseguinte, a absolvição, com fulcro no art. 386, III do CPP.** 3- EMBARGOS A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (TJ-RJ - EI: 00090834620138190045 RJ 0009083-46.2013.8.19.0045, Relator: DES. MARIA ANGELICA GUIMARAES GUERRA GUEDES, Data de Julgamento: 11/11/2014, SÉTIMA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 19/11/2014 14:21)

É possível perceber, ainda, que a decisão da absolvição por atipicidade da conduta, de acordo com o artigo 386, III do Código de Processo Penal é embasada na ausência de ofensividade na conduta de possuir dois cartuchos de calibre .38 sem arma compatível. A conduta descrita, embora formalmente típica, prevista no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento, é inócua.

A decisão encontra-se em plena harmonia ao princípio da lesividade, uma vez que não houve nenhuma forma de dano tornando a conduta penalmente relevante. Contudo, conforme será exposto a seguir, esse entendimento é minoritário no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em uma simples análise extrai-se que o julgador compreende o delito do porte de arma como incluso na categoria de crime de perigo abstrato em sentido estrito. Isto é, o julgador enquadra esta conduta como presumidamente perigosa, assim como vemos no seguinte acórdão da oitava câmara criminal do tribunal estadual:

APELAÇÃO. CRIME DE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003. RECURSO DEFENSIVO POSTULANDO A ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO MINISTERIAL PUGNANDO: 1) O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE GENÉRICA DA REINCIDÊNCIA; 2) A CASSAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO; 3) O RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL. POR FIM, AS PARTES PREQUESTIONAM A MATÉRIA ARGUIDA. APELO CONHECIDO E PROVIDO. Insurge-se a Defesa do réu contra a sentença de primeiro grau, a qual condenou o mesmo pela prática do delito previsto no art. 14, caput, da Lei n.º 10.826/2003, **em razão deste ser flagrado portando duas munições de arma de fogo de uso permitido, sustentando a tese de atipicidade da conduta.** Sem razão, contudo. A doutrina e a jurisprudência pátrias são uníssonas, no sentido de que, **a conduta de possuir/portar munição e acessório de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, configura crime de perigo abstrato (ou mera conduta), sendo despiciendo o fato de haver ou não arma à disposição do agente**, haja vista que, o Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.826, de 22.12.2003) pautava, como objetividade jurídica, assegurar a proteção da incolumidade pública, representada pela segurança coletiva. Nesse contexto, tem-se que, os crimes de perigo abstrato em tela revelam seu momento consumativo com a mera realização de quaisquer dos núcleos verbais previstos no caput do art. 14 da Lei n.º 10.826/2003, independentemente do advento de resultados que configurem danos sociais efetivos, porquanto se trata de lesividade presumida. Por outro lado, equivocou-se o membro do Ministério Público ao postular o reconhecimento da agravante da reincidência pois o fato que serviu de fundamento ao pedido transitou em julgado posteriormente (16/04/2015) ao delito ora em apreço (18/12/2014), restando prejudicados os demais pedidos, já que imersos na premissa da inexistente agravante. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS. (TJ-RJ - APL: 05095523620148190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 40 VARA CRIMINAL, Relator: ELIZABETE ALVES DE AGUIAR, Data de Julgamento: 05/04/2017, OITAVA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/04/2017) (grifou-se)

Desprende-se desta decisão que este egrégio tribunal interpreta a conduta de portar duas munições de arma de fogo de uso permitido, ainda que desacompanhada de arma de fogo compatível como sendo típica, comportamento este previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826 de

2003. Em outras palavras, segundo essa óptica, o crime estaria consumado ainda que o fato não apresente nenhuma capacidade de atingir o bem protegido.

O entendimento majoritário é, portanto, que as condutas previstas nos artigos 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento são crimes de mera conduta, ou formais, não sendo necessário então demonstrar a capacidade de funcionamento e emprego do artefato.

Essa mesma compreensão atinge inclusive casos em que a arma encontrava-se desmuniada e desmontada, situação na qual é evidente que o artefato não possui nenhuma capacidade lesiva, assim como pode ser visto na seguinte decisão:

APELAÇÃO. ART. 14, CAPUT, DA LEI 10826/2003. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO DO RÉU SUSTENTANDO A TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA (ARMA DESMUNICIADA E DESMONTADA). IRRELEVÂNCIA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. POR FIM, PREQUESTIONA A MATÉRIA RECURSAL. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. Ab initio, importa registrar que a autoria do delito previsto no artigo 14, caput, da Lei 10.826/2003 restou devidamente comprovada pelos depoimentos dos policiais militares, Felipe de Oliveira Cabral e Horus Ximenes de Menezes Junior, os quais realizaram a prisão em flagrante do apelante quando este trazia dentro de uma mala, no interior de um ônibus, uma espingarda, cano duplo, calibre 28, desmuniada e desmontada. No que tange ao fato do referido armamento não estar municiado no momento da prisão do réu/recorrente, tal não esvazia a materialidade do tipo penal (art. 14, Lei de Armas). Aliás, o E. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o crime de porte ilegal de arma de fogo é delito de perigo abstrato, prescindindo de ofensividade real: "A jurisprudência firmada pela Primeira Turma desta Corte é firme no sentido de que "o porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, donde a irrelevância de estar municiada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real"(RHC nº 91.553/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21/8/09). Tal tese foi abarcada pela Sexta Turma do E. STJ, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.193.805/SP, de Relatoria do ilustre Ministro Sebastião Reis Júnior, no qual ficou assentado" que o porte de arma de fogo é delito de perigo abstrato, sendo irrelevante a circunstância de o artefato estar ou não municiado ". A questão tratada nos autos cinge-se dirimir sobre a materialidade do delito citado quando a arma de fogo se encontra desmontada. Todavia, em que pese o esforço da Defesa, a resposta não poderia ser diversa daquela em que se reconhece a tipicidade conduta. Com efeito, para a configuração do crime em análise, irrelevante mostra-se a circunstância de estar a arma desmontada, desmuniada, ou não haver alguma munição à disposição do agente, porquanto, tratando-se de delito de perigo abstrato, basta que o porte da arma se faça sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prescindindo da existência de uma situação de perigo real. De fato, o laudo de exame do armamento foi claro e objetivo ao apontar, in litteris: " A arma examinada apresenta capacidade para produzir disparos (tiros), podendo ser utilizada na prática de crimes e/ou contravenções. "Neste contexto, não há que se falar em absolvição por atipicidade de conduta, eis que irrelevante o fato de encontrar-se a arma de fogo

(espingarda) municiada ou até desmontada, porquanto trata a hipótese de crime de perigo abstrato. Por fim, quanto às alegações de prequestionamento para fins de interposição eventual de recursos extraordinário ou especial arguidas pela Defesa, as mesmas não merecem conhecimento e tampouco provimento, eis que não se vislumbra a incidência de quaisquer das hipóteses itemizadas no inciso III, letras a, b, c e d do art. 102 e inciso III, letras a, b e c do art. 105 da C.R.F.B. e por consequência nenhuma contrariedade/negativa de vigência, nem demonstração de violação de normas constitucionais ou infraconstitucionais, de caráter abstrato e geral. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO (TJ-RJ - APL: 00010702920148190011 RJ 0001070-29.2014.8.19.0011, Relator: DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR, Data de Julgamento: 15/01/2015, OITAVA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/01/2015 15:55)

Como se pode verificar, o entendimento majoritário entre os magistrados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é no sentido de que os crimes previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826 de 2003 são crimes de perigo abstrato em seu sentido estrito. Isto é, não se mostra necessário um juízo de periculosidade casuístico, uma vez serem de perigo presumido *et de jure*.

Por mais que existam decisões que reconheçam, através ora do princípio da insignificância, ora do princípio da lesividade, a atipicidade material da conduta, estas ainda são excepcionais.

Importa ainda ressaltar que estas decisões não fazem, ao menos de não forma explícita, um juízo de periculosidade do fato, existindo então uma variedade de fundamentações distintas. Essa diversidade de fundamentações resulta numa imensa por dificuldade de consolidação da jurisprudência nesse sentido, uma vez que as decisões acabam por ser casuísticas e desarticuladas.

Pierpaolo Cruz Bottini entende que uma maneira para construção de uma vertente cognitiva delineada de forma explícita é utilizar a ausência de periculosidade como elemento comum para sistematizar as diversas decisões que afastam os tipos de perigo abstrato. Por conseguinte, resultaria na garantia da segurança jurídica na aplicação destes tipos penais, conforme se aferi da seguinte assertiva:

A constelação de respostas diversas e casuísticas que buscam justificar a não aplicação dos tipos de perigo abstrato a hipóteses em que o direito penal não é útil ou necessário poderia ser organizado e sistematizado sob o denominador comum da ausência de periculosidade, como elemento essencial da conduta típica. Desta forma a linha de interpretação seria consolidada sob critérios definidos e claros, garantindo

a segurança sobre a aplicação dos tipos penais em análise (BOTTINI, 2012, p. 177).

Por fim, pode-se observar ainda que o referido tribunal sustenta seu entendimento das condutas previstas nos artigos ora em análise neste apartado como crimes de mera conduta na jurisprudência tanto do Superior Tribunal de Justiça, assim como na do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, cumpre salientar que mesmos nestes tribunais superiores ocorrem manifestações dissidentes. Estas no sentido de afastar a tipicidade das condutas, uma vez não presentes elementos que demonstrem a capacidade de afetar o bem jurídico protegido.

À vista do exposto, realizaremos em seguida uma análise das decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da conduta de posse/porte ilegal de arma. Observar-se-á se a jurisprudência contemporânea tem harmonizado a aplicação do Direito Penal com seus princípios constitucionais, consagrando assim, este com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

4.2. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

No caso ora analisado, o agente foi flagrado em sua residência na posse de duas armas de uso permitido com registros vencidos, 1 munição de calibre 9 milímetros e 4 munições de calibre .357 Magnum, ambas de uso restrito. O agente foi indiciado nos artigos 12 e 16 da Lei n° 10.826/2003.

O Ministério Público, em sede de alegações finais, postulou pela absolvição da conduta prevista no artigo 12, por não entender como indiscutível o dolo do agente. A acusação manteve o pedido de condenação pelo artigo 16 da referida lei.

Conforme se pode aferir no seguinte julgado, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu pela atipicidade da conduta. Este egrégio tribunal compreendeu não existir dolo na conduta de possuir as armas com registro vencido, não devendo o Direito Penal, em respeito ao seu caráter subsidiário, se importar com a conduta, uma vez que é uma infração administrativa.

PENAL. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. GUARDA DE ARMA EM RESIDÊNCIA COM REGISTRO VENCIDO. CONDUTA ATÍPICA. AUSÊNCIA DE DOLO. ART. 16 DO MESMO ESTATUTO. POSSE E GUARDA DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CONSELHEIRO EQUIPARADO A DESEMBARGADOR. LEI ORGÂNICA DA

MAGISTRATURA E DIREITO A PORTE DE ARMA PARA DEFESA PESSOAL. NÃO DISCRIMINAÇÃO NA LOMAN ENTRE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. ATIPICIDADE RECONHECIDA.

1. Os objetos jurídicos dos tipos previstos nos arts. 12 (guarda de arma de uso permitido em residência) e 16 (posse de munição de uso restrito) da Lei n. 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento – são a administração pública e, reflexamente, a segurança, incolumidade e paz pública (crime de perigo abstrato). No primeiro caso, para se exercer controle rigoroso do trânsito de armas e permitir a atribuição de responsabilidade pelo artefato; no segundo, para evitar a existência de armas irregulares circulando livremente em mãos impróprias, colocando em risco a população.

2. Se o agente já procedeu ao registro da arma, a expiração do prazo é mera irregularidade administrativa que autoriza a apreensão do artefato e aplicação de multa. A conduta, no entanto, não caracteriza ilícito penal.

3. Art. 16 do Estatuto do Desarmamento é norma penal em branco que delega à autoridade executiva definir o que é arma de uso restrito. A norma infralegal não pode, contudo, revogar direito previsto no art. 33, V, da Lei Complementar n. 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura – e que implique ainda a criminalização da própria conduta. A referida prerrogativa não faz distinção do direito ao porte de arma e munições de uso permitido ou restrito, desde que com finalidade de defesa pessoal.

4. Não se trata de hierarquia entre lei complementar e ordinária, mas de invasão de competência reservada àquela por força do art. 93 da Constituição de 1988, que prevê lei complementar para o Estatuto da Magistratura (art. 93). Conflito de normas que se resolve em favor da interpretação mais benéfica à abrangência da prerrogativa também em relação à munição de uso restrito.

5. A Portaria do Comando do Exército n. 209/2014 autoriza membro do Ministério Público da União ou da magistratura a adquirir até duas armas de uso restrito (357 Magnum e ponto 40) sem mencionar armas e munições 9mm. É indiferente reconhecer *abolitio criminis* por analogia, diante de lei própria a conferir direito de porte aos magistrados.

6. Denúncia julgada improcedente com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Esta postulação fica clara no seguinte trecho do voto do relator Sr. Ministro João Otávio de Noronha¹⁰:

O art. 12 do Estatuto do Desarmamento afirma que é **objetivamente** típico possuir ou manter sob guarda arma de fogo de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de residência. Entretanto, relativamente ao elemento **subjeto, não há dolo do agente que procede ao registro e, depois de expirado prazo, é apanhado com a arma nessa circunstância. Trata-se de uma irregularidade administrativa; do contrário, todos aqueles que porventura tiverem deixado expirar prazo semelhante terão necessariamente de responder pelo crime, o que é absolutamente desproporcional. Avulta aqui o caráter subsidiário e de *ultima ratio* do direito penal.** No caso concreto, além de se afastar da teleologia do objeto jurídico protegido, a saber, a administração e, reflexamente, a segurança e paz pública (crime

¹⁰ - STJ – Apn: 686 AP 2011/0238199-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 05/02/2015

de perigo abstrato), banaliza-se a criminalização de uma conduta em que o agente já fez o mais importante, que é apor seu nome em um registro de armamento, possibilitando o controle de sua circulação.

O ilustre Ministro relator compreende que é desproporcional criminalizar todos aqueles que possivelmente deixem expirar o prazo para renovação do registro da arma. Ainda mais que, a administração pública possui formas de rastrear, localizar e se necessário apreender o artefato, uma vez que já fora, em algum momento anterior, realizado o registro dessa arma.

Seria, na concepção do Ministro, uma banalização do crime, impor a todos os agentes nessa situação, a sanção penal, como pode ser observado no seguinte extrato:

Avulta aqui o caráter subsidiário e de *ultima ratio* do direito penal. No caso concreto, além de se afastar da teleologia do objeto jurídico protegido, a saber, a administração e, reflexamente, a segurança e paz pública (crime de perigo abstrato), banaliza-se a criminalização de uma conduta em que o agente já fez o mais importante, que é apor seu nome em um registro de armamento, possibilitando o controle de sua circulação.” (STJ – Apn: 686 AP 2011/0238199-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 05/02/2015)

Ainda em relação ao voto do relator, cumpre informar que este defendeu a absolvição das condutas previstas nos artigos 12 e 16 por motivos distintos. No caso da primeira, conforme já exposto, este entendeu que a conduta não deve ser de relevância penal, uma vez se tratar de mera expiração do prazo de validade do registro da arma.

Em relação à conduta de possuir munição de uso restrito, o relator apontou que, a norma penal que tipifica o crime de posse de munição de calibre restrito é uma norma penal branco. Essa definição do que é arma de uso restrito é encontrada no Decreto nº 5.123/2004, o qual remete essa definição à Portaria do Exército, atualmente a Portaria ComEx n. 209 de 14.3.2014.¹¹

Sendo uma norma penal em branco tendo sua definição sendo realizada por Portaria do Exército, esta definição não se aplica aos magistrados por invadir competência legislativa reservada a Lei Complementar.

¹¹ - Essa portaria substituiu a Portaria ComEx n. 535 de 1º.10.2002 e autorizou os Membros do Ministério Público da União ou da magistratura a adquirir, para uso particular, até duas armas de uso restrito, limitadas aos calibres ponto 357 Magnum e ponto 40 em qualquer modelo.

No caso em tela, o agente é membro da magistratura, portanto, esta definição não o atinge, uma vez que no Estatuto próprio¹² existe a previsão do direito a posse de arma, existindo apenas a restrição de que essa deve ser de uso pessoal¹³, não fazendo nenhuma referência ao calibre da arma.

Por fim, em relação ao voto do relator, cumpre ainda salientar que o Ministro afirma não tratar-se de aplicação do princípio da insignificância na posse e guarda de munição. Informando ainda que o próprio Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não reconhecem o princípio nos casos de porte/posse ilegal de arma e munição.¹⁴

Passar-se-á à análise do seguinte caso: no cumprimento de um mandado de busca e apreensão foi apreendida uma arma na residência de uma senhora, sendo esta arma de propriedade do seu falecido ex-marido. A senhora acabara sendo imputada criminalmente pela conduta prevista no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento.

No curso do processo houve a suspensão condicional do processo¹⁵, contudo entendendo ser atípica a conduta que lhe foi imputada, impetrou *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo denegada a ordem. A ré apresentou recurso em *Habeas Corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu da seguinte forma:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. 1. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. ARMA REGISTRADA EM NOME DO EX-MARIDO FALECIDO. NECESSIDADE DE REGULARIZAÇÃO SOB PENA DE

¹² - Lei Complementar n° 35 de 1979 que Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

¹³ - Essa restrição está prevista no art. 33, V, da Lei Complementar n°35 de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

¹⁴ “Ressalte-se que não se está falando em princípio da insignificância na posse e guarda de uma munição. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é rigorosa e não reconhece o princípio nesses casos. No tocante ao STJ, confirmam-se estes precedentes: AgRg no AREsp n. 644.499/MG, relator Ministro Gurgel de Faria, DJe de 4.8.2015; e HC n. 307.574/SP, relator Ministro Felix Fischer, DJe de 13.4.2015. Nesses julgados, rejeita-se o princípio da insignificância nos crimes de posse e de porte de arma de fogo, por reconhecer-lhes a natureza de crimes de perigo abstrato, independentemente da quantidade da munição apreendida e se esta se encontrava ou não acompanhada de arma.” (STJ – Apn: 686 AP 2011/0238199-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 05/02/2015)

¹⁵ Benefício processual previsto no artigo 89 da Lei n° 9.099 de 1995 – “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”.

SANÇÕES PENAIS. ART. 67, § 3º, DO DEC. N. 5.123/2004. RECORRENTE QUE SE TORNOU CURADORA DO ARTEFATO. **2. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO. MERO ILÍCITO ADMINISTRATIVO. ATIPICIDADE PENAL.** 3. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.

1. Após a morte do ex-marido, a recorrente se tornou curadora da arma, uma vez que esta permaneceu em sua posse, razão pela qual deveria ter observado a regra trazida no art. 67 do Decreto n. 5.123/2004, que regulamenta o Estatuto do Desarmamento, com relação à regularização da posse, sob pena de serem aplicadas as sanções penais cabíveis. Contudo, a norma em tela deve ser aplicada com parcimônia, uma vez que **o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que a arma com registro vencido não atrai o tipo penal em face do proprietário.** Assim, nessa linha de raciocínio e com muito mais razão, deve ser abrandada a situação daquele que, com o falecimento do proprietário, passa a ter a posse do artefato, sem nem sequer possuir familiaridade com o objeto, deixando, assim, de observar a necessidade de regulamentação da arma que já se encontra registrada.

2. O fato de a recorrente não ser a proprietária, mas apenas a curadora da arma, que estava devidamente registrada e com porte em nome de seu ex-marido falecido, não pode possuir lesividade maior do que a do proprietário que deixa de renovar seu registro. Com efeito, se o proprietário, que possui maior conhecimento das regras que regem a posse e o porte de arma de fogo, comete mero ilícito administrativo, não vejo como imputar o elemento subjetivo da posse ilegal de arma de fogo a pessoa que se torna curadora da arma em virtude da morte do proprietário, deixando de regularizá-la. Nesse contexto, diante da existência do certificado de registro de arma e da autorização para porte de arma em nome do falecido ex-marido da recorrente, possibilitando, assim, o controle de sua circulação, tem-se que o fato de a curadora da arma não tê-la regularizado após a morte do proprietário deve ser considerado igualmente mera irregularidade administrativa, porquanto não se vislumbra o elemento subjetivo do tipo nem a vulneração ao bem jurídico tutelado.

3. Recurso em *habeas corpus* provido, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada à recorrente e determinar o trancamento da Ação Penal n. 0068135-11.2013.8.19.0000.”(RHC 45.614/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)(grifou-se)

Na análise desta decisão, percebe-se que o nobre julgador equiparou a situação da senhora que se encontrava como curadora de arma já registrada, em razão do falecimento do ex-marido, e não procedeu à regularização à do indivíduo que porventura deixe expirar o prazo para renovação do registro.

Assim, o relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA compreende que esta conduta não deve atrair a tutela penal, uma vez ser uma irregularidade administrativa. Postula que não existe no fato, uma vulneração do bem jurídico tutelado, posto que o primeiro registro da arma já possibilita o seu rastreamento.

Isto posto, em razão de ser o Direito Penal a *ultima ratio*, em respeito aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade¹⁶, não se vislumbra a atuação deste ramo na elucidação desse fato. Nas palavras do relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Com efeito, não se verifica, no caso em apreço, a vulneração do bem jurídico tutelado, mas sim um mero ilícito administrativo, conforme vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça nos casos em que o proprietário deixa de renovar o registro vencido. Isso se dá em razão de o primeiro registro da arma já possibilitar seu rastreamento. Dessa forma, tem se entendido ser desnecessária a atuação do Direito Penal, haja vista sua característica de *ultima ratio*, primando-se, assim, pela observância aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Nesse mesma seara de entendimento, podemos observar a seguinte decisão dessa colenda corte:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 12 E ART. 16, AMBOS DA LEI 10.826/03. RANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. OCORRÊNCIA. POSSE LEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. VALIDADE DO REGISTRO EXPIRADA. ATIPICIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. AUSÊNCIA. MERO ILÍCITO ADMINISTRATIVO. RECURSO PROVIDO.

I - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmou no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorre no caso. (Precedentes do STF e do STJ).

II - Consoante recente entendimento da Corte Especial deste Tribunal, "se o agente já procedeu ao registro da arma, a expiração do prazo é mera irregularidade administrativa que autoriza a apreensão do artefato e aplicação de multa. A conduta, no entanto, não caracteriza ilícito penal" (APn n. 686/AP, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 29/10/2015). (Precedente da Quinta Turma).

III - Na espécie, ademais, vale acrescentar que, conforme consta da denúncia, a validade dos registros das duas armas apreendidas expirara-se em prazo exíguo, o que reforça a tese de ausência do elemento subjetivo do tipo exigido pelo art. 12 da Lei 10.826/03.

IV - Parecer favorável do Ministério Público Federal. Recurso ordinário provido para determinar o trancamento da ação penal tão somente em relação ao crime inserto no art. 12 da Lei 10.826/03. (RHC 61.917/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016)(grifou-se)

É possível observar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no entendimento de ser atípica a conduta de possuir arma de fogo com registro vencido. Essa percepção se coaduna com os princípios basilares do Direito Penal, ao

¹⁶ Conforme previamente abordado no 1º capítulo, pelos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade o Direito Penal deve ocupar-se apenas em atuar perante as condutas que atinjam os bens jurídicos mais importantes e que suas respectivas proteções não sejam possíveis através de nenhum outro instrumento de controle.

interpretar em tais condutas uma simples infração administrativa, não sendo, portanto, de relevância penal¹⁷.

Este é o exato entendimento do relator Ministro FELIX FISCHER conforme pode-se observar no seguinte trecho do seu voto:

No entanto, se o Estado o autorizou a possuir arma de fogo, poderia ter se valido de outros meios para coactar-lhe a posse das armas ou até mesmo suprimir o seu direito. A meu ver, a exigência de recadastramento periódico não possui o condão de atrair a automática e desmedida ingerência do Direito Penal, pois deve incidir apenas em ultima ratio. Se Poder Público detinha o conhecimento prévio da posse dos artefatos, facultar-lhe-ia rastreá-los, com a aplicação das sanções administrativas correspectivas, conforme o caso. Não há falar, portanto, em crime.”(RHC 61.917/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016)

A compreensão da conduta de posse de arma com registro expirado como infração administrativa, não devendo incidir sobre esta a norma penal fica bem claro na seguinte decisão de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. O caso a seguir versa sobre o fato de agente flagrado em sua residência na posse de um revólver e suas respectivas munições, com registro vencido.

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1.** NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **2.** ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM O REGISTRO VENCIDO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDOTA. SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL. PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA QUE SE MOSTRA SUFICIENTE. **3.** ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. O trancamento de ação penal na via estreita do writ configura medida de exceção, somente cabível nas hipóteses em que se demonstrar, à luz da evidência, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou outras situações comprováveis

¹⁷ Esse entendimento contempla o princípio da *ultima ratio*, pelo qual o Direito Penal deve ser a última forma de intervenção devido a maior gravidade de suas sanções.

de plano, suficientes ao prematuro encerramento da persecução penal. Na espécie, o paciente foi denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, por possuir irregularmente um revólver marca Taurus, calibre 38, número QK 591720, além de dezoito cartuchos de munição do mesmo calibre.

3. Todavia, no caso, a questão não pode extrapolar a esfera administrativa, uma vez que ausente a imprescindível tipicidade material, pois, constatado que o paciente detinha o devido registro da arma de fogo de uso permitido encontrada em sua residência – de forma que o Poder Público tinha completo conhecimento da posse do artefato em questão, podendo rastreá-lo se necessário –, inexistente ofensividade na conduta. A mera inobservância da exigência de recadastramento periódico não pode conduzir à estigmatizadora e automática incriminação penal. Cabe ao Estado apreender a arma e aplicar a punição administrativa pertinente, não estando em consonância com o Direito Penal moderno deflagrar uma ação penal para a imposição de pena tão somente porque o indivíduo – devidamente autorizado a possuir a arma pelo Poder Público, diga-se de passagem – deixou de ir de tempos em tempos efetuar o recadastramento do artefato. Portanto, até mesmo por questões de política criminal, não há como submeter o paciente às agruras de uma condenação penal por uma conduta que não apresentou nenhuma lesividade relevante aos bens jurídicos tutelados pela Lei n.10.826/2003, não incrementou o risco e pode ser resolvida na via administrativa.

4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para extinguir a Ação Penal n. 0008206-42.2013.8.26.0068 movida em desfavor do paciente, ante a evidente falta de justa causa. (HC n. 294.078/SP, Quinta Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 26/08/2014, DJe de 4/9/2014)(grifou-se)

Nesta decisão fica de forma reiterada e bem clara o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o tratamento correto reservado a esta conduta não pode exceder a esfera administrativa. Fica evidente que não se reconhece a tipicidade material da conduta, pois o agente possuía o registro do artefato, assim, em algum momento o poder público concedeu a este o direito de possuir a arma, possuindo assim total capacidade para localizá-la.

Nesse sentido o voto do relator é bem elucidativo:

Atualmente, a efetiva subsunção do fato ao tipo penal incriminador depende da conduta ser típica tanto do ponto de vista formal – simples adequação do comportamento à descrição do tipo – quanto do ponto de vista material – efetiva relevância da ação no mundo jurídico. Justamente a tipicidade material parece não estar presente no caso, afinal, o paciente detinha o devido registro da arma de fogo de uso permitido encontrada em sua residência (Registro n. 00482000-9 - fl. 95), de forma que o Poder Público tinha completo conhecimento da posse do artefato em questão, podendo rastreá-lo se necessário.”(HC n. 294.078/SP, Quinta Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 26/08/2014, DJe de 4/9/2014)

Pelo exposto, seria desproporcional imputar a incriminação penal apenas pelo fato do agente não ter cumprido o recadastramento¹⁸. Consoante já fora explicitado, o Estado poderia localizar a arma e apreendê-la antes o descumprimento do recadastramento periódico¹⁹.

O Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE posiciona-se de forma bem rigorosa quanto à não utilização do norma penal nesses casos, uma vez que entende que seria colocar o Direito Penal a serviço da má administração pública, como observamos no seguinte trecho do seu brilhante voto:

Na hipótese, não vejo como a mera inobservância da exigência de recadastramento periódico possa conduzir à estigmatizadora e automática incriminação penal. Ora, cabe ao Estado apreender a arma e aplicar a punição administrativa pertinente. Agora, deflagrar uma ação penal para a imposição de pena tão somente porque o indivíduo – devidamente autorizado a possuir a arma pelo Poder Público, diga-se de passagem – deixou de ir de tempos em tempos efetuar o recadastramento do artefato, é fazer com que o Direito Penal esteja a serviço ou da má administração estatal – que permitiu a continuidade da posse por anos mesmo sem a regularização do registro – ou da burocracia – a qual exige com uma periodicidade absurda e desnecessária (no máximo em 3 anos - art. 5º, § 2º, da Lei n. 10.826/2003) que o cidadão arque com os custos da revalidação. (HC n. 294.078/SP, Quinta Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 26/08/2014, DJe de 4/9/2014)

Desta forma, ao desconsiderar essas condutas como sendo típicas, evita-se a mediocrização das leis penais, em específico, dos tipos de perigo abstrato. Esse posicionamento se coaduna com o preconizado no Direito Penal moderno, inserido em no contexto do Estado Democrático de Direito.

Cumprir salientar ainda que, apesar do Superior Tribunal de Justiça entender que no caso da posse de arma com registro vencido a conduta é atípica, tendo caráter de mera infração administrativa, tal compreensão não se transfere para as situações de porte de arma e/ou munição.

¹⁸ - Importa reiterar a existência do Projeto de Lei nº 3.722/2012, em trâmite na Câmara dos Deputados, que objetiva substituir a Lei nº 10.826/2003, somente prevê como típica a conduta de possuir arma de fogo sem registro.

¹⁹ - O artigo 5º, § 2º do Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826 de 2003, determina que o cumprimento dos requisitos para posse da arma de fogo devem ser comprovados sempre que transpassado o período de 3 anos. “§ 2º Os requisitos de que tratam os incisos I, II e III do art. 4º deverão ser comprovados periodicamente, em período não inferior a 3 (três) anos, na conformidade do estabelecido no regulamento desta Lei, para a renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo.”

Conforme podemos observar na seguinte decisão, o agente fora flagrado transportando munição de uso permitido, sendo incurso no artigo 14 da Lei nº 10.826 de 2003:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. TRANCAMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. USO DE DOCUMENTO FALSO. AUTODEFESA. CONDUTA TÍPICA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta Corte, há muito já se firmou no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorre no caso (precedentes do STF e do STJ).

IV - O crime de porte ilegal de munição de uso permitido, tipificado no art. 14 da Lei 10.826/03, é de perigo abstrato - ou de mera conduta - e visa proteger a segurança pública e a paz social. Sendo assim, é irrelevante a apreensão conjunta de arma de fogo para que o delito seja caracterizado, não havendo que se falar, portanto, em atipicidade da conduta (precedentes).

V - "Típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP)" (Recurso Especial Repetitivo n. 1.362.524/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 2/5/2014). No mesmo sentido, RE n. 640.139/DF (Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 14/10/2011, com repercussão geral).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 326.868/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015)

Observa-se com essa decisão tratamento diverso, não sendo analisada a real capacidade lesiva da conduta, da mesma forma ocorre na seguinte sentença:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRANSPORTE DE ARMA. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARMA DESMUNICIADA, DESMONTADA E ARMAZENADA EM SACOLA NA CARROCERIA DE CAMINHONETE. IMPOSSIBILIDADE IMEDIATA DE DISPARO. IRRELEVÂNCIA. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. 2. ORDEM DENEGADA.

1. Tratando-se de transporte de arma de fogo, desmuniada e desmontada, armazenada em sacola, na carroceria de caminhonete, comprovadamente apta a efetuar disparos, não há falar em atipicidade tendo em conta a redação abrangente do art. 14 do Estatuto do Desarmamento.

2. Ordem denegada.

(HC 56.358/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 26/11/2007, p. 250)

Nos casos expostos os agentes foram flagrados ora portando munição de uso permitido sem arma correspondente, ora portando arma de uso permitido desmuniada. Em ambos, a conduta foi tipificada como crime de perigo abstrato, bastando para sua consumação a mera conduta.

Importa dizer que este entendimento não insere essas condutas na categoria de crimes de abstrato-concreto²⁰, entendendo ser desnecessária a análise quanto à periculosidade das condutas.

Pelo exposto, nota-se que nos determinados casos de posse de arma de fogo de forma irregular a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende como sendo necessária a capacidade efetiva da conduta em lesionar o bem tutelado, em respeito aos princípios norteadores do Direito Penal. Contudo, nos casos de porte de munição ou arma de fogo desmuniada ou desmontada o mesmo tribunal entende o perigo ser presumido, não sendo exigido a comprovação de capacidade de lesão ao bem tutelado.

4.3. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A questão do crime de posse ilegal de munição recentemente foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. No caso, o agente foi flagrado portando uma munição de calibre permitido em sua residência, sendo incurso no artigo 12 da Lei nº 10.826 de 2003, e tendo sido absolvido em primeira instância.

Contudo, condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, após recurso interposto pelo Ministério Público.

²⁰ - Os tipos penais de perigo abstrato-concreto não se restringem a descrição da conduta proibida, neste é exigido expressamente à necessidade de periculosidade, isto é, que a conduta praticada seja capaz efetivamente de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico.

Cuja decisão proferida no processo de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003). POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DOS FATOS. RECURSO PROVIDO.

I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22.

II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003.

III – **Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos.**

IV – Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). (HC 143.449/MS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017)

O colendo tribunal entendeu não existir na conduta de possuir munição desacompanhada de arma de fogo correspondente como incapaz de lesionar o bem jurídico, decidindo assim pela absolvição do agente, pela atipicidade da conduta. É possível aferir que foi realizada uma análise quanto à capacidade lesiva da conduta.

O relator em seu voto utilizou de precedentes fundamentados no princípio da insignificância para afastar a aplicação da norma penal. Decidiu que a conduta não apresentando ofensividade ao bem jurídico, não há que se considerar esta como criminosa, sendo, portanto, atípica.

No seguinte trecho do voto do relator, observa-se o afastamento da tipicidade material da conduta:

Trata-se, portanto, de conduta formalmente típica, a qual, todavia, a meu ver, não se mostra típica em sua dimensão material. Isso porque não é possível vislumbrar, nas circunstâncias, situação que exponha o corpo social a perigo, uma vez que a única munição apreendida, na espécie em exame – é preciso novamente frisar -, guardada na residência do acusado e desacompanhada de arma de fogo, por si só, é incapaz de provocar qualquer lesão ao bem jurídico tutelado (a incolumidade pública).” (HC 143.449/MS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017)

Desta forma, é possível compreender que a conduta prevista no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento está perfeitamente inserida na categoria de crimes de perigo abstrato-concreto.

Nesse tipo penal, conforme elucidado no 2º capítulo deste trabalho, exige-se que a conduta seja capaz efetivamente de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico.

No mesmo sentido temos a seguinte decisão sobre fato em que o agente portava munição de uso restrito, conduta prevista no artigo 16 do Estatuto do Desarmamento:

HABEAS CORPUS. DELITO DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A análise dos documentos pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta. 2. **A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.** 3. Ordem concedida. (HC 133.984/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 17/05/2016, DJe 02/06/2016)(grifou-se)

Distingue-se nesta decisão a perfeita inserção da conduta prevista no artigo 16 da lei nº 10.826 como pertencente à categoria de perigo abstrato-concreto, não bastando para consumação a simples conduta, sendo necessária a existência de capacidade real de lesão ao bem tutelado. A relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA de maneira brilhante em seu voto afirma:

É consabido não se poder perceber a tipicidade penal como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da **tipicidade faz-se necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto para se verificar a ocorrência de lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado.**”(HC 133.984/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 17/05/2016, DJe 02/06/2016)(grifou-se)

Ora, esta é a exata descrição do que a doutrina definiu como tipo de perigo abstrato-concreto²¹, desconsiderando assim esse crime como de mera conduta conforme entendimento majoritário. Conceber a conduta de porte ilegal de munição sobre esta óptica permite harmonizar o tipo penal com a natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal,

²¹ - Para BOTTINI, Piarpolo Cruz os delitos de perigo abstrato-concreto descrevem a conduta proibida e exigem expressamente, para a configuração da tipicidade objetiva, a necessidade da periculosidade geral, ou seja, que a ação seja apta ou idônea para lesionar ou colocar em perigo concreto um bem jurídico. Bottini, 2012, p.91.

reservando a este apenas a atuação quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes.

Assim, inexistindo periculosidade da conduta não há como considerar esta como criminosa, posto esta ser completamente inócua para afetar o bem tutelado. Desta forma, afasta-se a tipicidade material e a incidência da norma penal.

Verifica-se, pois, que este entendimento ainda é excepcional na colenda Corte, sendo percebido de forma em casuística e desarticulada. A inexistência de um denominador comum na fundamentação dessas decisões acaba por dificultar a construção jurisprudencial nesse sentido.

Neste raciocínio, importa destacar, o entendimento de Pierpaolo Cruz Bottini²² de ser a ausência de periculosidade o denominador comum capaz de organizar e sistematizar estas decisões. Neste passo, seria possível assim a consolidação de uma linha de interpretação com critérios definidos e claros, garantindo a segurança jurídica sobre a aplicação dos tipos penais em estudo.

Assim, face às considerações aduzidas, salienta-se a importância da percepção da conduta de posse e porte ilegal de arma e afins como crimes de perigo abstrato concreto. Isto, é, deve ser analisado as condições fáticas da conduta, averiguando-se a periculosidade desta em afetar o bem jurídico protegido.

Compreender os tipos penais em análise sob esta perspectiva é legitimar a utilização destes em respeito aos princípios basilares do Direito Penal moderno, inserido no contexto de proteção a dignidade da pessoa humana.

²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz – Crimes de Perigo Abstrato – 3º ed – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais 2013

CONCLUSÃO

A utilização do Direito Penal como mecanismo de controle dos riscos é evidente na atualidade, sendo umas das principais ferramentas a técnica legislativa dos crimes de perigo abstrato. A proliferação dos tipos penais de perigo abstrato mostra-se uma confirmação da expansão do Direito Penal.

Perante esse cenário, a doutrina tem dedicado atenção à discussão acerca da classificação dos crimes de perigo. Uma parte majoritária dos autores defende a classificação clássica, dividindo estes em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Autores mais atuais, entre eles importa ressaltar o professor Pierpaolo Cruz Bottini, têm sustentado que essa divisão clássica é insuficiente, uma vez que existem condutas que se encontram entre o perigo concreto e o perigo abstrato.

Essa linha da doutrina, da qual Pierpaolo Cruz Bottini é adepto, sustenta a existência de uma terceira categoria de crimes de perigo. É idealizada a categoria dos crimes de perigo abstrato-concreto, conforme abordado no ponto 3.2 do presente trabalho. Exatamente nesta categoria, segundo pode ser entendido a partir do exposto no tópico 3.3, estão inseridas as condutas de posse, porte ilegal de armas, munições e acessórios, prevista nos artigos 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento.

Desta maneira, nestas condutas, para a consumação do crime, torna-se necessário a existência de uma capacidade efetiva de lesionar o bem protegido. Contudo, ao se analisar a jurisprudência dos tribunais nacionais, observou-se que essa compreensão encontra poucos adeptos entre os magistrados.

Assim, pela análise dos julgados foi possível perceber que, nos casos em que o juízo arbitrou pela atipicidade das condutas de posse ou porte de ilegal de arma; munição ou acessório, a ausência de periculosidade não foi a justificativa utilizada, ao menos não de forma explícita, para determinar a absolvição do acusado. Nota-se que foram aplicadas as mais variadas fundamentações, sendo recorrente o recurso aos princípios da lesividade e da insignificância.

Nesses casos, o juízo, analisando as circunstâncias concretas e peculiaridades casuísticas do fato, afastou a aplicação de lei penal, por entender que a conduta em si não era capaz de atingir o bem jurídico protegido. À vista disso, o magistrado, apesar de a conduta ser coincidente com a descrição normativa, compreendeu como atípica a conduta devido à inexistência da tipicidade material.

Ademais, imperioso se faz destacar que a jurisprudência ainda não está assentada em relação aos casos das condutas de posse ou porte de arma de fogo desmuniada e/ou desmontada e de munição desacompanhada de arma correspondente. Isto resulta na ausência de segurança jurídica, ficando ao arbítrio do julgador a subsunção do fato à norma penal.

Desta forma, conclui-se que a ausência de um denominador comum na fundamentação das decisões desses casos, mostra-se um empecilho à construção da jurisprudência no sentido de afastar à norma penal nos casos relatados. Concebe-se, portanto, que a ausência de periculosidade deve assumir o papel de elemento essencial da conduta, tendo a função de unificar e organizar a linha interpretativa.

É exatamente essa a percepção de Pierpaolo Cruz Bottini, como pode ser verificado no seguinte trecho:

A constelação de respostas diversas e casuísticas que buscam justificar a não aplicação dos tipos de perigo abstrato a hipóteses em que o direito penal não é útil ou necessário poderia ser organizada e sistematizada sob o denominador comum da ausência de periculosidade, como elemento essencial da conduta típica. Desta forma, a linha de interpretação seria consolidada sobre critérios definidos e claros, garantido a segurança sobre a aplicação dos tipos penais em análise.” (BOTTINI, 2013, p.177).

Importante destacar ainda que, diferente da situação dos casos expostos acima, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado de não aplicar a lei penal nos casos de posse de arma com registro expirado. É firme o consenso que o Direito Penal não pode e não deve ser utilizado como ferramenta da má administração pública, sendo suficiente a punição administrativa, conforme prevê a própria lei que regulamenta o Estatuto do Desarmamento, como fora exposto neste trabalho. Extrai-se desse posicionamento o pleno respeito ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal, consagrando assim o caráter de *ultima ratio*.

Constatou-se que essa temática vem sendo recorrente nos tribunais superiores, e assim como exposto no ponto 4.3 desse trabalho, o Superior Tribunal Federal recentemente analisou um caso análogo, tendo se posicionado pela atipicidade da conduta por não ser esta capaz de causar nenhum dano ao bem jurídico, referenciando-se ao princípio de ofensividade.

Por fim, é plausível inferir que essa alta incidência de casos que são apreciados pelos tribunais demonstram a relevância da discussão acerca do tema, do mesmo modo como as divergências que o assolam. Além disso, confirma que a ausência de um denominador comum impede a pacificação da interpretação.

Diante disso, o operador do direito deve observar o tipo penal de perigo abstrato e reconhecer como injusto penal apenas as condutas capazes de resultar em lesão, isto é, aquelas que apresentem periculosidade para os bens jurídicos protegidos. Isto pode ocorrer tanto pelo reconhecimento da existência de crimes de perigo abstrato-concreto, quanto pela análise casuística em relação a periculosidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Isabella Bogéa de; ARAÚJO, Marco Polo Fernandes Sousa Araújo. Crime de perigo abstrato: uma análise de sua legalidade à luz da Constituição. **Revista Democracia Digital e Governo**, ISSN 2175-9391, , Santa Catarina, 21 nov. 2012. Acesso em nov 2017. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/crime-de-perigo-abstrato-uma-analise-de-sua-legalidade-a-luz-da-constituicao>

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v 1.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, , DTR\2006\843, v. 61, p. 44, Jul. 2006.

_____. **Crimes de perigo abstrato**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

_____. Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta. **Net**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta#_ftnref1_8953>. Acesso em 28 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Especiais. Poder Executivo, Brasília, DF, 05 OUT. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm

_____. LEI Nº 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm

_____. DECRETO Nº 5.123, DE 1º DE JULHO DE 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2004/Decreto/D5123.htm

_____. DECRETO Nº 3.665, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm

_____. Projeto de Lei nº 3722/2012, que disciplina as normas sobre aquisição, posse, porte e circulação de armas de fogo e munições, cominando penalidades e dando providências correlatas, criado pelo Deputado Rogério Peninha Mendonça. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=129ECE34978303757716E8EB59CD06DD.proposicoesWebExterno2?codteor=986560&filename=PL+3722/2012

FERRAZ, Denise Nóbrega. A tutela de bens jurídicos supra-individuais no Direito Penal Moderno. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, ISSN 1517-5286 Brasília, ano I, n.1, jul/set, ed. especial. 1991.

FRANCISCO, Francislaine Rosa Chagas. *A presunção nos crimes de perigo abstrato face ao princípio constitucional da ofensividade*. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e justiça criminal. **Net. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10768>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2008. v.2

LUZ, Renata Carvalho Derzié. Crimes de perigo abstrato: tipicidade do porte de arma sem munição. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3123, 19 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20877>>. Acesso em: 29 maio 2017.

_____. A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: a tipicidade do porte de arma de fogo desmuniçada com base na jurisprudência do STJ e do STF. **Net. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3123, 19 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20877>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Annelise Freitas Macedo. A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4219, 19 jan. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31075>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

PALMA, Fernando Oliva. *Limites constitucionais aos crimes de perigo abstrato*. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de direito penal**. 2.ed – parte geral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012

SILVA, Sánchez; JESUS,-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. —(Série as ciências criminais no século 21) Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. v.11

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 0000701-66.2007.8.19.0080. Terceira Câmara Criminal. RJ, 26 de dez. de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F6BDB8BCEADA BBD1ADB0A91C5CA08DEBC50202136154&USER=>
Acesso em: 05 de nov. 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal Nº 0004408-72.2013.8.19.0002. Terceira Câmara Criminal. RJ, 23 de set. de 2014. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FF7D1B360209B2 23F855A2121C4E1E64C5032C62435F&USER=>
Acesso em: 05 de nov. 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes e de Nulidade nº. 0009083-46.2013.8.19.0045. Sétima Câmara Criminal. RJ, 11 de nov. de 2014. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E1C795DD18D3B 4316C0CE02B2ED74F5FC503395A5F2E&USER=>
Acesso em: 08 de nov. 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 0509552-36.2014.8.19.0001. Oitava Câmara Criminal. RJ, 05 de abr. de 2017. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E1C795DD18D3B 4316C0CE02B2ED74F5FC503395A5F2E&USER=>
Acesso em: 08 de nov. 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 0001070-29.2014.8.19.0011. Oitava Câmara Criminal. RJ, 15 de jan. de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043E87AEFD3F7090 3B644312C5D7127265C503464D161E&USER=>
Acesso em: 08 de nov. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal Nº 686 - AP (2011/0238199-0). Corte Especial. DF, 29 de out. 2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1456132&num_registro=201102381990&data=20151029&formato=PDF

Acesso em: 10 de nov. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus Nº 45.614 – RJ. Quinta Turma. DF, 29 de ago. 2016. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1532646&num_registro=201400404122&data=20160829&formato=PDF

Acesso em: 13 de nov. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus Nº 61.917 – SP. Quinta Turma. DF, 29 de fev. 2017. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1485072&num_registro=201501702399&data=20160229&formato=PDF

Acesso em: 13 de nov. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 294.078 – SP. Quinta Turma. DF, 04 de set. 2014. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1344083&num_registro=201401062155&data=20140904&formato=PDF

Acesso em: 13 de nov. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 326.868 – SC. Quinta Turma. DF, 06 de nov. 2016. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1455860&num_registro=201501387088&data=20151106&formato=PDF

Acesso em: 13 de nov. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Nº 56.358 - RJ. Sexta Turma. DF, 26 de nov. 2007. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=731500&num_registro=200600588630&data=20071126&formato=PDF

Acesso em: 13 de nov. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 143.449/MS. Segunda Turma. DF, 26 de set. 2017. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=231&dataPublicacaoDj=09/10/2017&incidente=5180738&codCapitulo=5&numMateria=149&codMateria=3>

Acesso em: 15 de nov. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 133.984/MG. Segunda Turma. DF, 02 de jun. 2016. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=112&dataPublicacaoDj=02/06/2016&incidente=4962143&codCapitulo=5&numMateria=82&codMateria=3>
Acesso em: 15 de nov. 2017