

*Portar ou guardar arma de fogo desmuniada configura o delito previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97?*

JOEL TOVIL (\*)

Arma de fogo desmuniada é “arma de fogo” para fins de tipificação do crime previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97 ?

Em outras palavras, é lícita a conduta de quem traz consigo, na rua, por exemplo, um revólver descarregado?

Alguns doutrinadores, há tempos, respondem negativamente a esta pergunta <sup>1</sup>, assim com parte da jurisprudência dos tribunais estaduais <sup>2</sup>.

Modernamente, sustenta-se, com nítida influência da teoria do “garantismo jurídico”, que tal conduta seria atípica, por contrariar o princípio da lesividade.

LUIZ FLÁVIO GOMES, em recente escrito <sup>3</sup>, sustenta que *“a conduta como um todo (soma do objeto lesivo mais a disponibilidade) deve ser dotada do risco proibido penalmente relevante. Armas quebradas, armas obsoletas, armas descarregadas não oferecem essa aportação. Podem ser utilizadas como instrumentos intimidadores, sim. Mas no contexto de outro fato típico. Pela teoria da imputação objetiva, de outro lado, o risco criado deve ter relação direta com o âmbito de proteção do tipo penal específico.”*

Chega-se mesmo a negar legitimidade ao legislador para criminalizar tais condutas. Vale transcrever, posto que longa, a argumentação do Prof. LENIO LUIZ STRECK no trabalho antes citado:

“Despiciendo dizer que no Estado Democrático de Direito não existe liberdade (ilimitada) de conformação do legislador. Ou seja, o legislador não é livre para estabelecer tipos ao seu bel prazer. Deve, antes, obediência à Constituição, entendida em seu todo principiológico. Despiciendo também lembrar, como diz PAULO BONAVIDES, que princípios valem, regras vigem, sendo a violação de um princípio,

<sup>1</sup> CAPEZ, Fernando. *Arma de Fogo. Comentários à Lei nº 9437 de 20-02-1997*. São Paulo. Saraiva, 1997.  
MARTINS, André Luiz. “Arma desmuniada: Ausência de lesividade jurídica”, disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>. STRECK, Lenio Luiz. “O ‘crime de porte de arma’ à luz da principiológica constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da Hermenêutica”. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 30.04.2002.

<sup>2</sup> RT 486/319, 588/350, JUTACRIM, 75/401, 94/165.

<sup>3</sup> GOMES, Luiz Flávio/ OLIVEIRA, Willian Terra. “A arma de fogo desmuniada configura crime?” Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 26.10.2001.

como bem lembra CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, mais grave que a violação de uma norma (...). Relembre-se, nesse sentido, e para exemplificar, que o Supremo Tribunal Federal vem aplicando o princípio da proporcionalidade desde o ano de 1951.

Vários princípios, no caso em pauta, estão sendo violados: o princípio da subsidiariedade, variante do princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade (afinal, é razoável punir alguém com pena mínima de um ano porque tem, por exemplo, uma espingarda ou um revólver guardados em um armário da sua residência?), além do princípio da secularização (não se esquecer que o Estado não pode punir meras condutas e comportamentos).

Assim, não se pode admitir que o legislador incrimine meras atividades (e comportamentos) como ilícitos, sem exigir um efetivo dano a algum bem jurídico. Dito de outro modo, o art. 10, em algumas de suas modalidades, introduz em nosso direito uma nova modalidade de crime: o crime de dano normativo! Ora, será demais lembrar que somente a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de uma lesão imediata a algum bem jurídico é que pode gerar uma intromissão penal do Estado? Caso contrário, estará o Estado estabelecendo responsabilidade objetiva no direito penal, punindo condutas *in abstracto*, violando os já explicitados princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da secularização, conquistas do Estado Democrático de Direito. É de se perguntar: onde o perigo concreto decorrente da atitude/conduita do réu? Mais ainda: onde está a razoabilidade da punição de um cidadão que guarda em sua casa uma espingarda ou um revólver, ainda que sem autorização?"

*Data venia*, assim não entendemos. Uma arma de fogo, qualquer arma de fogo, clandestinamente guardada ou transportada, à revelia da administração pública, acarreta grande risco para a coletividade e para o próprio usuário.

Da mesma forma, constitui inegável perigo para a paz pública associarem-se mais de três pessoas com o fim de cometerem crimes e nunca ninguém sustentou que o art. 288 do Código Penal seria inaplicável, por ofensa ao princípio da lesividade, se o bando ainda não tivesse começado a delinquir.

A propósito, como bem observa o Prof. DAMÁSIO E. DE JESUS, amparado na jurisprudência dominante, "a quadrilha ou bando é crime independente dos delitos

que venham a ser praticados pela associação. Para a consumação, não é necessário que o bando tenha cometido algum crime. Nesse sentido, RTJ 102/614, RT 565/409, TJSP, RCRim 244.836, 2º Gr. de Câms., rel. Des. Hélio de Freitas, RT, 769/560.”<sup>4</sup>

Por outro lado, não convence a invocação do garantismo jurídico dos direitos da pessoa humana, pensado pelo grande LUIGI FERRAJOLI<sup>5</sup>, ou da teoria da “normatividade dos princípios”<sup>6</sup> para justificar a posse ilegal de instrumentos de morte.

Sejam francos. Para que servem as armas de fogo? Para matar. Para ferir. Para vulnerar o primeiro e o mais fundamental dos direitos da pessoa humana que é o direito à vida.

Mesmo que se admitisse a alegada ofensa ao princípio da lesividade, este teria de ceder terreno para a tutela do direito à vida, que lhe é superior em importância.

A crônica forense registra inúmeros casos em que a arma, mesmo guardada no interior de uma residência, provocou graves acidentes, com conseqüências fatais, decorrentes de inexperiente manuseio.

O que dizer, então, do indivíduo que porta uma arma verdadeira na rua? É evidente que, ou já utilizou a munição, tendo assim colocado em risco efetivo a incolumidade pública, ou em algum momento irá carregar o *ferro*, com idêntico resultado potencialmente lesivo para a comunidade.

Mesmo que não o faça, pode valer-se do artefato para ameaçar pessoas e cometer crimes, sendo evidente que a nova lei visa, justamente, evitar que o agente se beneficie do temor causado pelo porte daquele instrumento homicida.

Como Promotor de Justiça, tivemos a oportunidade de submeter a Juízo o seguinte fato delituoso: um cidadão, dizendo-se policial federal e armado com uma pistola que depois se verificou estar sem munição, invadiu um bar em Itaguaí e ali semeou pânico entre os freqüentadores durante quase uma hora, revistando-os um a um e ameaçando-os de prisão ou de morte. Uma senhora, que ali se encontrava, passou mal e teve de ser levada para o hospital...

O porte ilegal de arma de fogo, como ressabido, é **crime formal** e de **perigo coletivo e presumido**, que não reclama, destarte, prova da existência concreta do risco para alguém.

Se o uso de simples arma de brinquedo foi agora criminalizado pelo legislador (art. 10 § 1º, II, da Lei nº 9.437/97), como sustentar que o porte de arma verdadeira, potencialmente muito mais perigosa, não acarreta risco para a coletividade?

<sup>4</sup> Código Penal Anotado, 12ª ed., Saraiva, 2002.

<sup>5</sup> Consulte-se, a respeito, a obra *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madri, Trotta, 1997.

<sup>6</sup> BARROSO, Luiz Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro.” Rio de Janeiro, in *Revista da EMERJ*, vol. IV, nº 15.

E o indivíduo surpreendido a *fabricar* clandestinamente armas de fogo para venda a terceiros? Também não deve ser enquadrado no tipo penal do art. 10 da Lei nº 9.437/97 porque ainda não municiou os produtos manufaturados?

**Arma de fogo**, segundo o *Dicionário Aurélio*, é toda aquela que funciona mediante a deflagração de uma carga explosiva que dá lugar à formação de gases, sob cuja ação é lançado no ar um projétil.

De conseguinte, se o artefato está apto a disparar projéteis, é arma para fins penais.

A *contrario sensu*, não podem ser consideradas “armas” os simulacros e aqueles instrumentos que não forem absolutamente capazes de lançar as balas (“*quebradas*”). Somente nestes casos é que falta *ofensividade* aos artefatos, restando excluída, pois, a tipicidade.

É importante diferenciar, aqui, o que muitos equiparam: arma desmuniada não é a mesma coisa que arma de brinquedo e arma quebrada. Falta às últimas, como ressaltado acima, a potencialidade ofensiva que sobra na primeira.

De se notar, de outra parte, que *as balas, a munição, não integram a arma, não constituem parte da mesma*, podendo ser livremente transportadas e comercializadas separadamente.

Não cumpre ao intérprete, como se sabe, distinguir onde a lei não o faz. Quisesse o legislador somente criminalizar o porte ou a guarda de arma *carregada*, teria especificado isso no texto legal.

Um dos objetivos da nova lei foi acabar com a antiga polêmica acerca da distinção entre o **porte** e o **transporte** de armas, criminalizando estas e outras 16 condutas, inclusive a de *fabricar*, que evidentemente não compreende a munição.

Ora, se o tipo penal anterior (art. 19 da LCP), muito mais liberal que o atual, já não exigia que a arma estivesse muniada, não se concebe interpretar o novo (art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97), muito mais rigoroso, em sentido contrário.

Vê-se, pois, que a incriminação desta e outras condutas relacionadas ao uso clandestino de armas em nada contraria os princípios do chamado “*garantismo jurídico*” dos direitos humanos.

Ao revés, como bem ressalta FERNANDO CAPEZ, “*trata-se de legítima opção política, de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado. Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o escopo manifestado pela lei. Negar vigência ao dispositivo nos casos em que não se demonstra perigo real sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis. Diminuindo a proteção às potenciais vítimas de ofensas mais graves, produzidas mediante o emprego de armas de fogo, deixando-as a descoberto contra o dano em seu nascedouro, o intérprete estará relegando o critério objetivo da lei ao seu, de cunho subjetivo*”

*e pessoal. Privilegia-se a condição do infrator em detrimento do ofendido, contra a expressa letra da lei”* <sup>7</sup>.

A questão permanece acesa na doutrina, mas parece estar se pacificando na jurisprudência dos tribunais superiores.

Ainda sob a égide da legislação anterior (art. 19 da LCP), o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de proclamar que *“o delito previsto no art. 19 da Lei das Contravenções Penais, é daqueles para o qual a lei não exige nenhum resultado material, contentando-se diante de uma ofensa presumida de dano ou perigo na prática da conduta. Para configuração do delito, irrelevante o fato da arma estar desmuniçada, bastando o seu transporte fora de casa e sem licença da autoridade competente”* <sup>8</sup>.

Recentemente, decidiu aquela Colenda Corte no mesmo sentido:

*“Criminal. HC. Porte ilegal de arma . Trancamento de ação penal. Atipicidade. Arma desmuniçada. Irrelevância . Ordem denegada.*

I. A circunstância de estar a arma desmuniçada não exclui a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97, pois entende-se como suficiente para a sua configuração tão-somente, o porte do armamento sem a devida autorização da autoridade competente.

II - *Ordem denegada.*” <sup>9</sup>

Na mesma direção, sinaliza o Supremo Tribunal Federal, pois, no julgamento do RHC nº 81.057/SP, ainda não concluído no momento em que escrevemos, *“a Ministra Ellen Gracie, relatora, proferiu voto no sentido de indeferir o writ, por considerar que o fato de a arma estar sem munição não a desqualifica como arma, nem retira o seu potencial de intimidação, salientando, ainda, que o crime imputado ao paciente caracteriza-se como de mera conduta e de perigo abstrato, independentemente, assim, da demonstração efetiva de ocorrência de perigo à coletividade;”* <sup>10</sup>.

Pedimos vênias aos leitores para concluir nosso estudo com uma reflexão irônica.

Há pouco tempo, e em boa hora, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. nº 213.054-SP, por sua Terceira Seção, na sessão de 24.10.2001, **deliberou pelo cancelamento da súmula nº 174, que rezava: “no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena”.**

<sup>7</sup> *Ob. cit.*, p. 26.

<sup>8</sup> REsp nº 43234/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Fláquer Scartezini, DJU de 16.6.97, p. 27381, LEXSTJ, 99/351.

<sup>9</sup> RHC nº 14747/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 19.3.2001, p. 127, EJSTJ, 30/245.

<sup>10</sup> Cf. *Informativo* nº 249, disponível no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

A doutrina não se cansava de demonstrar o desacerto da tese agasalhada na mencionada súmula até que a Corte, finalmente, modificou sua orientação sobre o tema.

Comentando o julgado, LUIZ FLÁVIO GOMES observou argutamente: *“com a sábia decisão do STJ livramo-nos do bizarro, do grotesco. Por quê? Porque se arma de brinquedo é arma, com diz LENIO STRECK, ursinho de pelúcia é urso, mulher inflável é mulher (e pode ser estuprada ou raptada, se honesta evidentemente) e quem usa um boneco no roubo responderia por concurso de pessoas”*.

Invertendo o raciocínio do festejado mestre, poderíamos afirmar que, se arma desmuniada não é arma, então o rio quando seca na estiagem não é mais rio, mulher frígida não é mulher, homem impotente não é homem, professor desempregado não é professor, piscina sem água não é piscina, advogado sem clientela não é advogado ...

Rio de Janeiro, 12/08/2002.

---

<sup>(1)</sup> JOEL TOVIL é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

---