

Entrega de arma de fogo pelo possuidor: descriminalização ou extinção da punibilidade?¹

Delivering the weapon: decriminalization or extinction of punishment?

ANA PAULA JORGE
PLÍNIO ANTÔNIO BRITTO GENTIL

Resumo: Este artigo busca analisar a eventual ocorrência da descriminalização do crime de posse ilegal ou irregular de arma de fogo, sob o enfoque da atual redação do art. 32 da Lei do Desarmamento. Este dispositivo da Lei n. 10.826/03 veio representar, ao lado do art. 31 do mesmo estatuto, um benefício apenas temporário para os possuidores e proprietários de armas de fogo, possibilitando-lhes a entrega de armamentos que tivessem em suas casas ou, em alguns casos, em seu local de trabalho. Ocorre que, depois de sucessivas alterações de redação, o artigo de lei teve extirpada a parte que estipulava prazo para referida entrega, bem como aquela que fazia restrição a armas não registradas – e, portanto, registráveis. É essa atual redação, que abriu campo para diversos posicionamentos, sobretudo entre magistrados e membros do Ministério Público, o alvo deste trabalho, no qual se procurará apontar o mais provável intuito do legislador, ainda que isso represente, em tese, um contra-senso em relação ao espírito da Lei do Desarmamento, qual seja, uma espécie de descriminalização ou despenalização da conduta de possuir em casa ou local de trabalho, arma de fogo de uso permitido ou restrito.

Palavras-chave: Lei do Desarmamento. Posse de arma de fogo. Extinção de punibilidade. Entrega de armas à Polícia Federal.

Abstract: This article explores the possible occurrence of decriminalization of the crime of unlawful possession of a firearm under the focus of the current wording of art. 32 Act on Disarmament. This device of Law 10.826/03 came to represent, alongside the art. 31 of that statute, only a temporary benefit to the holders and owners of firearms, enabling them to deliver weapons they had in their homes or in some cases, in their workplace. It happens that, after repeated changes of wording, the article of law cut off the part that had stipulated time limit for their delivery as well as one that was restricted to unregistered weapons – and therefore registrable. It is this current writing, which opened the field for several positions, particularly among magistrates and prosecutors, the target of this work, in which we try to indicate the most likely intention of the legislature, though that's in theory a contradiction in against the spirit of the Law of Disarmament, which is a kind of decriminalization of conduct of own, at home or workplace, firearm which use is permitted or restricted.

Keywords: Disarmament act. Possession of a firearm. End to criminality. Weapon delivery to the Federal Police.

¹ Tema apresentado no XVIII Congresso Nacional do Conpedi, 2009, São Paulo/SP, com publicação nos anais.

Introdução

O presente trabalho procura analisar o polêmico e atual tema da posse irregular (ou ilegal) de arma de fogo e os reflexos sobre a punibilidade gerados pelas permissões legais para a entrega de armas à Polícia Federal, já consideradas as recentes alterações legislativas a que se viu submetida a chamada Lei do Desarmamento.

A Lei n. 10.826/03, que veio substituir a Lei n. 9.437/97, procurou trazer maior rigor no trato das questões relacionadas às armas de fogo e munições. Como exemplo, pode-se mencionar o fato de que crimes antes apenados com detenção não só passaram a ser punidos com penas de reclusão, senão que em *quantum* significativamente superior. A mais, o porte de arma de fogo, antes permitido e apenas condicionado à autorização da autoridade competente, passa, com o novo diploma, a ter expressa vedação, excepcionalmente admitido nos casos previstos em legislação própria e nos elencados no artigo 6º da referida lei, *in verbis*:

Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

I – os integrantes das Forças Armadas;

II – os integrantes de órgãos referidos nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal;

III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;

IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;

V – os agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;

VI – os integrantes dos órgãos policiais referidos no art. 51, IV, e no art. 52, XIII, da Constituição Federal;

VII – os integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais, os integrantes das escoltas de presos e as guardas portuárias;

VIII – as empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, nos termos desta Lei;

IX – para os integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades esportivas demandem o uso de armas de fogo, na forma do regulamento desta Lei, observando-se, no que couber, a legislação ambiental.

X - integrantes das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário.

Ao mesmo tempo em que proíbe o porte de arma de fogo, a lei também o tipifica como crime, se praticado sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, nas modalidades de portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar,

manter sob guarda ou ocultar, cominando pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, para as armas de uso permitido, e de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, para as de uso proibido ou restrito.

Postura diversa, entretanto, adotou o legislador quanto à posse de arma de fogo de uso permitido e, obviamente, no tocante à sua aquisição. Qualquer interessado pode adquirir armamento, acessórios e munições que sejam de uso permitido e tê-los legalmente em sua casa (ou local de trabalho, desde que titular ou responsável pelo local), atendendo previamente aos requisitos legais, tanto para a aquisição, que deve ser autorizada, quanto para o registro e sua renovação, procedimentos estes controlados pelo SINARM – Sistema Nacional de Armas, órgão instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal. É o que dispõem o artigo 3.º, seu parágrafo único, o artigo 4.º e parágrafos e o artigo 5.º e parágrafos, todos da Lei n. 10.826/03:

Art. 3.º É obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente;

[...]

Art. 4.º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

[...]

§ 1.º O SINARM expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização;

[...]

Art. 5.º O Certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

§ 1.º O certificado de registro de arma de fogo será expedido pela Polícia Federal e será precedido de autorização do SINARM.

§ 2.º Os requisitos de que tratam os incisos I, II e III do art. 4.º 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.

Mas o que se pretende é tratar especificamente da *posse irregular (ou ilegal) de arma*, tanto de uso permitido quanto restrito.

Assim, a discussão do trabalho limita-se aos tipos penais, todos da Lei de Desarmamento, do 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*), da 1ª figura do art. 16, *caput* (*possuir [...] arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*), e da 2ª figura de seu parágrafo único, inciso IV (*[...] possuir [...] arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação*

raspado, suprimido ou adulterado), ou seja, daqueles tipos penais que se referem à posse de arma de fogo, acessório e munição, independentemente da classificação que se dê a eles – de uso permitido, proibido ou restrito –, e o reflexo sobre cada um deles das disposições constantes dos artigos 31 e 32 da Lei do Desarmamento.

2. Breves considerações sobre os artigos 31 e 32 da lei do desarmamento

Como o objeto central do estudo são os artigos 31 e 32 da Lei n. 10.826/03, é cabível fazermos algumas observações iniciais sobre as principais diferenças e semelhanças entre eles. Para tanto, primeiramente segue a transcrição de referidos artigos:

Art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e indenização, nos termos do regulamento desta Lei.

Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.

Essas duas figuras – dos artigos 31 e 32 – têm em comum três pontos principais. O primeiro é que suas disposições destinam-se aos possuidores e proprietários de arma de fogo e, portanto, não se referem ao porte, mas apenas à posse de arma de fogo. Na lição de Marcão,

possuir significa ter em seu poder, à disposição, em condições de fruição. Para possuir não é preciso que o agente seja o proprietário da arma, acessório ou munição. Basta possuir, a qualquer título, ainda que por breve período. É preciso não confundir o conceito de possuir com o de portar (MARCÃO, 2009, p. 129).

O segundo ponto em comum é o fato de ambos os dispositivos tratarem da entrega de armas à Polícia Federal. Por último, tanto em relação ao artigo 31 quanto ao 32, cabe ao Decreto 5.123/2004, que regulamenta a lei, tratar dos aspectos referentes à indenização nos casos de entrega.

Mas obviamente há entre tais figuras algumas diferenças – caso contrário não se justificaria ocuparem dois artigos –, as quais passamos a apontar, com o fim de facilitar o entendimento quanto ao objetivo do trabalho.

Quanto à origem da arma – a primeira observação cabível é quanto à origem da arma. O artigo 31 destina-se a armas de fogo adquiridas regularmente, diferentemente do artigo 32, que não traz qualquer restrição, o que nos permite, a princípio, entender que por ele está abrangida a posse de qualquer arma. Observe-se: “art. 31. Os possuidores e proprietários de *armas de fogo adquiridas regularmente* poderão [...]” e “art. 32. Os possuidores e proprietários de *arma de fogo* poderão” (grifo nosso).

Quanto ao prazo para entrega – a redação do artigo 31 autoriza que as armas adquiridas regularmente possam ser entregues a qualquer tempo; por outro lado, a lei não traz prazo para os possuidores das armas tratadas no artigo 32. Vejamos: “art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal [...]” e “art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente” (grifo nosso).

Quanto à voluntariedade da entrega – há, no artigo 32, a peculiar exigência de que a entrega seja espontânea.

Quanto à expressa menção à extinção de punibilidade – a atual redação do artigo 32, em sua última parte, é explícita em afirmar que haverá a extinção de punibilidade, quanto ao eventual crime de posse irregular de arma de fogo, dos possuidores e proprietários que se enquadrem em seus dispositivos, ou seja, daqueles que, espontaneamente, entregarem armas que tenham em sua posse. Tal disposição faltou no artigo 31.

3. As constantes alterações do artigo 32

Podem causar estranheza duas afirmações feitas no final do capítulo anterior, quais sejam: a) de que o artigo 32 não faz restrição a qualquer tipo de arma; e b) de que este mesmo artigo não estipula prazo algum para a entrega. Mas essa conclusão é plenamente viável, principalmente se analisadas as alterações legislativas sofridas pelo dispositivo legal desde a entrada em vigor da lei.

Para reafirmar essa ideia basta verificar que a redação original do artigo 32 não só restringia o campo de sua aplicação, ao referir-se a armas não registradas, como também estipulava um prazo, 180 (cento e oitenta) dias, para a entrega dessas armas. Vejamos:

Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo *não registradas* poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei. (Vide Lei nº 10.884, de 2004) (Vide Lei nº 11.118, de 2005) (Vide Lei nº 11.191, de 2005) (grifo nosso).

Esse prazo de 180 (cento e oitenta) dias foi prorrogado, e é disso que tratam as citações vindas entre parênteses ao final do artigo acima transcrito – da extensão do prazo para entrega, que, primeiro, prorrogou-se até 23 de junho de 2004, condicionando o início da contagem à publicação do regulamento. Num segundo momento, com a Lei n. 11.118 de 2005, o prazo foi prorrogado até 23 de junho de 2005. Ainda em 2005, houve nova alteração com a Lei n. 11.191, desta feita apontando como 23 de outubro de 2005 o limite temporal para a entrega.

Já em posterior redação, vinda com a Medida Provisória n.º 417 de 2008, o artigo não só teve suprimida a expressão *não registradas*, que qualificava as armas de fogo, como também deixou de especificar prazo para a entrega. Como se vê: “art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo poderão entregá-las, espontaneamente,

mediante recibo e, presumindo-se de boa fé, poderão ser indenizados”.

Por fim, a Lei n. 11.706 de 2008 praticamente manteve a redação anterior, apenas acrescentando a disposição quanto à extinção de punibilidade.

É, a nosso ver, a partir da supressão do prazo e da expressão *não registradas* que o artigo 32 começa a ser alvo de questionamentos. Não se pode esquecer, porém, que tanto a medida provisória quanto a lei posterior que alteraram o Estatuto do Desarmamento continuam, sim, a trazer prazo, mas para registro de armas, no artigo 30, e não mais para entrega. E nisso a redação dos artigos é muito clara.

4. A problemática interpretação do artigo 32 e a absorção do artigo 31

Embora a entrega de armas tratada pelo artigo 32, como acabamos de ver, tenha deixado de estabelecer prazo, alguns aplicadores do direito vinculam-na ao prazo que continua existindo no artigo 30, que se refere ao registro de armas e que foi prorrogado recentemente, em 2009, até 31 de dezembro de 2009. Parece-lhes, assim, que a previsão legal quanto à entrega de armas é um reflexo da que trata do registro.

Discordamos desse entendimento, por não vislumbramos atualmente qualquer liame entre as duas figuras – uma trata do registro e outra da entrega. Não há dúvida de que o ato da entrega pode ser concretizado a qualquer tempo, tendo em vista que o artigo 32 deixou de estipular um limite temporal.

Também não é razoável que se defenda que a permissão da lei para entrega das armas em estado de posse irregular estende-se somente às armas de uso permitido e que, assim, estejam excluídas as de uso proibido ou restrito e as que têm numeração, marca ou qualquer sinal suprimidos, raspados ou adulterados. Essa ideia levaria a concluir que as alterações legislativas vindas a partir da Medida Provisória 417 de 2008, embora tenham modificado a redação, mantiveram o espírito inicial do art. 32.

Pelo contrário, a nova redação do artigo não mais traz restrições quanto à espécie ou origem das armas. É aplicável atualmente a qualquer armamento e sua entrega pode ser feita a qualquer tempo.

Afinal, um dos propósitos dessa permissão é desarmar a população como um todo e, portanto, não haveria sentido em estimular a entrega apenas os possuidores e proprietários de armas de uso permitido, desestimulando, por outro lado, aqueles que possuam ou sejam proprietários de armas de uso proibido ou restrito. Seria, sim, um estímulo a permanecerem na clandestinidade e ilegalidade.

Vale lembrar que como a lei, nos artigos 12, 14, 16, 17 e 18, equiparou arma, acessório e munição, o mais aceitável é que também o teor do artigo 32, embora nada disponha sobre acessório e munição, estenda-se a eles. Haveria uma incoerência em se oferecer um benefício ao possuidor ou proprietário de arma, mas negá-lo quanto à posse de acessório ou munição.

Todas essas afirmações nos levam a concluir que o artigo 32, mais abrangente, absorveu o artigo 31, mais restrito (a restrição se encontra na exigência do artigo 31 de que as armas tenham sido adquiridas regularmente). Com isso, pode-se dizer que hoje o artigo 31, por estar contido no dispositivo seguinte, o artigo 32, não tem aplicação.

Provavelmente o artigo 31 represente uma norma apenas provisoriamente inócua, porque, em vista do ritmo de alterações vivido pela Lei do Desarmamento, não será de estranhar que ocorram novas modificações, quem sabe restabelecendo um prazo para a entrega das armas. Nesse caso, supondo-se que o legislador volte a atribuir prazo, a absorção do artigo 31 pelo 32 deixará de existir, e aquele reassumirá sua condição de dispositivo mais benéfico, como o era na redação original da lei, por permitir que a entrega das armas regularmente adquiridas se dê a qualquer tempo.

5. A extinção da punibilidade como efeito jurídico do artigo 32

As disposições permissivas trazidas pelo artigo 32, desde a entrada em vigor da Lei do Desarmamento, trouxeram uma grande discussão quanto a seus efeitos jurídicos. O possuidor ou proprietário de armas beneficiado pelo prazo para a entrega teria afastada de sua conduta a tipicidade ou a punibilidade? O que encontramos é quase uma unanimidade de opiniões de juristas e doutrinadores, que apontam a atipicidade como resposta. Para Nucci (2009, p. 107), o que ocorre é uma *abolitio criminis* temporária. Marcão, comentando o crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, sustenta que

durante o período de prorrogação dos prazos em que o legislador houve por bem permitir a regularização da posse de arma de fogo, nos termos da regulamentação, a conduta de possuir ou manter sob 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, não pode ser considerada ilícito penal (2009, 21-22).

Mas esse entendimento atualmente merece ser revisto, porque o legislador preencheu a lacuna antes deixada à interpretação ao inserir na redação do artigo 32 que haverá a extinção da punibilidade daquele que, possuindo irregularmente arma de fogo, venha a entregá-la. Parece mesmo mais adequado falar-se, nessa hipótese, em ausência de punibilidade, em vez de falta de tipicidade (em razão de *abolitio criminis* ou de outra causa), ou de ilicitude, como se verá.

Sobre a natureza da punibilidade não se chegou, por enquanto, a um consenso. Tradicionalmente a teoria do crime o situa como algo externo ao crime, que é consequência dele na hipótese de ser o agente culpável. Em tal sentido, a punibilidade não aperfeiçoa o delito.

Mas não se deve ignorar a existência de respeitáveis opiniões, lembrando que há, na legislação, a previsão de inúmeras circunstâncias das quais depende o exercício do *jus puniendi*, que se situam ora na sequência lógica da própria ação criminosa – como é o caso do resultado danoso da conduta descrita no art. 164 do CP –, ora em elementos inteiramente independentes, como sucede na hipótese do art. 7º, § 2º, “b” e “c”, do CP.

É isso que fundamenta a opinião de alguns juristas no sentido de que não faz sentido falar em crime se não existir possibilidade de punição, caso em que advogam a inclusão da punibilidade dentro do conceito de delito, ao lado da tipicidade e da ilicitude. É o que postula Marcelo Fortes Barbosa, ao assinalar que “não se poderia falar em punibilidade do fato, porque não o fato, mas o crime é que é caracterizado pela punibilidade” (1974, p. 139). Nessa linha de raciocínio, e falando especificamente daqueles tipos penais em que há exigência de uma condição superveniente para viabilizar o *jus puniendi*, continua o mesmo autor, citando Remo Pannain, Manzini e outros, “o momento consumativo seria, pois, o da superveniência da condição de que depende o fato punível em sua existência” (1974, p. 139).

Pode-se elencar, na realidade, um sem número de categorias de circunstâncias que condicionam a imposição de pena e até mesmo aquelas que a impedem, que são as chamadas escusas absolutórias, de que são clássicos exemplos o disposto nos artigos 181 e 348 do CP. De toda maneira, parece evidente que o fato representado pela entrega da arma, como previsto no artigo 32 da Lei n. 10.826/03, é condição impeditiva da punibilidade sobre o eventual crime de posse ilegal de arma de fogo, a significar que, estando presente, não se punirá a conduta de quem, por determinado período, possuiu o instrumento de forma ilícita.

Assim é que se apresenta mais correto considerar que a entrega da arma irregularmente possuída, fato posterior à conduta típica, configura circunstância que atua sobre a punibilidade, afastando-a.

Se, como pensam alguns, o crime subsiste íntegro, faltando somente a consequência da concretização da pena, ou se, como para outros, não se pode falar em crime quando a punição for inviável, dizer simplesmente que a punibilidade está afastada pela ocorrência da hipótese prevista no citado artigo 32 parece uma fórmula genérica, mas indubitavelmente adequada.

6. *Extinção da punibilidade e flagrante*

Quanto à extinção da punibilidade do crime de posse de armas ou munições, vigoram naturalmente as causas extintivas previstas no Código Penal, no art. 107, além de outras específicas, como aquela do art. 32 do estatuto repressivo ora tratado. Assim, constituem causas extintivas: a morte do agente, a prescrição, a *abolitio criminis*, a anistia etc. Ao lado delas, a *entrega espontânea da arma de fogo, por seu possuidor ou proprietário*, como visto.

É preciso, definitivamente, fixar o sentido dessa circunstância. Ao dispor que o possuidor de armas pode entregá-las a qualquer tempo, a norma tornou impunível a posse, já que, no instante em que o possuidor desejar fazer a entrega, poderá fazê-lo sem risco de recair sobre ele a sanção penal. Quer isso dizer – tenha ou não sido esta a vontade do legislador – que desde a posse, a conduta já é impunível, visto que não teria cabimento uma interpretação que pretendesse ver na posse *antes da entrega* um fato sobre o qual atua uma punibilidade sujeita a uma condição resolutiva, com data certa

para ocorrer, dependendo da vontade do possuidor².

A questão que se coloca, então, é aquela relacionada com a possibilidade de atos restritivos, típicos da persecução penal, em face de fato cujo agente seja impunível. Fala-se especificamente da prisão em flagrante. A solução obrigatoriamente é no sentido de que não é possível essa medida contra o possuidor de armas de fogo, tendo em vista que a sua punibilidade extinguiu-se, por força do art. 32 do Estatuto do Desarmamento, e que a extinção abrange *todo o tempo* em que perdure a posse ilegal. Ilegal, mas impunível.

Isto porque a prisão em flagrante constitui medida à qual forçosamente se segue a lavratura do auto, sendo este um ato formal que dá início ao inquérito policial, configurando, ao lado do requerimento do ofendido, da requisição de autoridades competentes e da portaria do delegado, nas infrações de ação pública (art. 5º do CPP), maneira de deflagrar a atividade persecutória, tendente a municiar o promotor para futuro oferecimento da denúncia³.

São – o auto de prisão em flagrante e o inquérito – todos eles atos instrumentais, quer dizer, que existem em função de uma finalidade externa a eles. No caso, para dar sustentação ao início da ação penal. Assim, o auto de flagrância, decorrência obrigatória da prisão em flagrante, e o próprio inquérito, não constituem uma finalidade em si mesmos, só se justificando a sua presença em face da possibilidade da válida instauração de uma futura ação penal.

Claro que não há tampouco que falar em ação penal diante de agentes impuníveis, salvo a hipótese de inimputabilidade, justificadora de medida de segurança, caso em que nem se falará de impunibilidade, mas de ausência de culpabilidade.

Ante o fato, ou o agente, relativamente aos quais a lei deu por extinta a punibilidade, faltará ao titular da hipotética ação penal, *interesse em agir*, desatendendo-se, de tal maneira, a exigência de que estejam presentes as condições da ação penal, motivo pelo qual uma eventual denúncia deverá ser rejeitada, com base no art. 395, II, do CPP.

Isso quer dizer que o titular da ação penal não tem razão para movimentar o juízo criminal, pois estará em busca de algo que não poderá obter. Essa desnecessidade de provocação do juízo leva a concluir que falta ao titular da ação o mínimo interesse

² Acerca das chamadas condições resolutivas, disserta Washington de Barros Monteiro, no sentido de que [...] as condições podem ser [...] resolutivas, [...], quando [...] tenham por fim extinguir, depois do acontecimento futuro e incerto, o direito criado pelo ato." Fala-se aqui dos atos jurídicos e é cabível a analogia do direito mencionado com a punibilidade, ou *jus puniendi* (Curso, 1975, v. 1, p. 231).

³ Sobre a obrigatoriedade do auto, em seguida à prisão em flagrante, Espínola Filho mostra-se categórico: "Deve assinalar-se ser, sempre, indispensável a lavratura do auto de flagrante, ainda quando, pelas declarações do condutor, das testemunhas, do indigitado ofendido e do preso, entenda a autoridade policial que este não praticou infração alguma; [...] Mas a autuação em flagrante, eis que houve a prisão, é uma providência inevitável, no nosso entender; em primeiro lugar, porque o art. 17 proíbe terminantemente arquivar a autoridade inquéritos [...]" (Código, 1965, v. 3, p. 348).

em atuar no sentido de propor a instauração de um processo, considerando que tal processo hipotético não resultará na imposição de pena ao agente, mesmo que se provem os fatos e as circunstâncias que forem contra si alegadas.

Desponta, assim, entre as condições da ação, a noção do chamado interesse de agir, significando que, como a ação é o meio adequado, necessário e suficiente para a concretização do *jus puniendi*, do qual o Estado é o titular, o agente estatal legitimado para perseguir esse objetivo, que, no caso da ação penal pública, é o Ministério Público, irá provocar o juízo, oferecendo denúncia contra o agente do delito. Significa, em outros termos, que o titular da ação tem interesse em agir, pois esse agir é o meio apropriado para a materialização do direito de punir.

Mas se não há possibilidade de punição, porque ausente a punibilidade, claro que não haverá, para o titular da ação, interesse em agir, ou seja, em provocar o juízo, já que previamente se sabe que tal provocação não será capaz de resultar numa punição, ainda que demonstradas tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Constituindo a prisão em flagrante – e o auto respectivo, que a autoridade policial está obrigada a lavrar – elemento instrumental para dar início à investigação, e sendo esta, por sua vez, instrumento para viabilizar a ação penal, faltam requisitos para a prisão em flagrante quando estiver excluída a punibilidade do agente de determinado fato típico e antijurídico. Isto porque o objetivo da prisão em flagrante é o início de obtenção das informações tendentes a fundamentar a ação penal. Assim é que Vicente Greco Filho, embora chamando as informações de *prova*, afirma que “duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova” (GRECO FILHO, 1999, p. 266). Note-se que a conjunção *e* indica a necessidade da reunião *das duas justificativas*. Ora, não havendo possibilidade de ação penal, nem, conseqüentemente, necessidade de produção de prova, não subsiste razão alguma para a prisão em flagrante, a dar ensejo a um auto sem qualquer razão para existir.

Por último, e para argumentar com os fundamentos utilizados por quem pensa ser a punibilidade elemento do próprio crime, maior razão ainda haverá para afastar a possibilidade da prisão em flagrante quando extinta aquela, pois nem mesmo se estará diante de uma infração penal.

7. Conclusão

A nova lei de armas, Lei n. 10.826/03, veio atribuir ao Estado maior controle sobre a circulação de armamento e, com isso, restringir tal circulação. A posse de arma foi um dos alvos da norma em comento, que tratou também da possibilidade de entrega de armas pela população.

Mostra-se evidente que o principal intuito do legislador, ao criminalizar a conduta de possuir arma de fogo de forma ilegal ou irregular e, ao mesmo tempo, conceder prazo para entrega de armas nessas condições, foi o de desarmar a população e, assim, conter a criminalidade.

Partindo dessa premissa, outro não pode ser o entendimento senão o de que

tal política de desarmamento destina-se à retirada de circulação tanto das armas de uso permitido quanto das de uso proibido ou restrito, posição justificável principalmente pelo fato de que a posse destas últimas (de uso proibido e restrito) reveste-se de maior reprovabilidade e até mesmo periculosidade – basta analisar a pena cominada aos crimes relacionados a armas de uso restrito ou proibido.

A nova redação do artigo 32 da Lei do Desarmamento é o ponto chave para tal afirmativa. Ela, que antes prescrevia prazo para entrega e estendia sua aplicação a alguns tipos de armas apenas, não mais traz restrições quanto à natureza ou origem do armamento a ser entregue e, mais que isso, não estabelece qualquer prazo para o ato. Conclui-se, portanto, que suas disposições aplicam-se a quaisquer armas, que podem ser entregues a qualquer tempo, e que, por isso, absorvem as determinações do artigo 31, de aplicação restrita às armas adquiridas regularmente.

Aspecto de maior destaque é a evidência de que a entrega da arma, como prevista no artigo 32 da Lei n. 10.826/03, é condição que afasta a possibilidade de punição do autor de eventual crime de posse irregular ou ilegal de arma de fogo, configurando, assim, circunstância que atua sobre a punibilidade.

Independentemente de se considerar configurado o crime de posse de arma ou, pelo contrário, de se entender que não se pode falar em crime quando a punição for inviável, o fato é que a punibilidade sempre estará afastada pela ocorrência da hipótese prevista no citado artigo 32 da Lei n. 10.826/03.

Uma das principais consequências dessa ausência de punibilidade é a impossibilidade de prisão em flagrante do possuidor de arma, pois o auto de prisão em flagrante que a autoridade estará obrigada a lavrar dará início a uma persecução penal injustificada, já que falta condição para o exercício da ação penal, por seu titular, uma vez que destituído de interesse de agir, porquanto o *jus puniendi* jamais poderá ser concretizado. Nessa hipótese, a eventual prisão, por abusiva, deverá ser relaxada pelo juízo e, conforme o caso, poderá configurar crime de abuso de autoridade.

Ana Paula Jorge é mestranda em Direito (Unitoledo, Araçatuba/SP), professora universitária assistente, e oficial de promotoria do Ministério Público do Estado de São Paulo. e-mail: ana_p_jorge@hotmail.com

Plínio Antônio Britto Gentil é doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP), doutor em Fundamentos da Educação, pesquisador em Educação e Direito (UFSCar), professor do Programa de Mestrado em Direito da Unitoledo, Araçatuba/SP, procurador de justiça no Estado de S. Paulo. e-mail: pabgentil@pucsp.br

Referências

BARBOSA, Marcelo Fortes. Condições objetivas de punibilidade, in *Revista Justitia*, São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça/Associação Paulista do Ministério Público, 2º tri-

mestre de 1974, v. 85, p. 139.

BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1975.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13 de maio de 2009.

_____. Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13 de maio de 2009.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade (1ª parte). In *Revista dos Tribunais*. São Paulo, abril de 1997, n. 738, p. 741-750.

_____. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade (2ª parte). In *Revista dos Tribunais*. São Paulo, maio de 1997, n. 739, p. 753-761.

_____. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa, in *Revista dos Tribunais*. São Paulo, junho de 2000, n. 776, p. 440-452.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARCÃO, Renato. *Estatuto do desarmamento*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Brevíssima passagem pelo desarmamento civil*. Disponível em <<http://www.apmp.org.br>>. Acesso em 03.05.2009.

PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.