

Legítima defesa com arma de fogo irregular configura crime?

Perspectiva de um Delegado de Polícia.

Publicado por Artur Leite

há 3 anos

Depende da situação concreta, ilustremos.

Caso concreto: cidadão, morador de uma comunidade humilde, mas com alto índice de criminalidade, cujo domicílio já fora assaltado por criminosos violentos mais de uma vez, compra uma arma de fogo (Revólver Taurus 82 .38 SPL - Calibre de uso permitido) para deixar em sua casa, no intuito de eventualmente defender sua família (sua esposa e suas duas filhas). Em um determinado dia, entra um ladrão em sua residência e o pai de família efetua 2 (dois) disparos de arma de fogo, cessando a ameaça. O bandido morre. Quais crimes foram praticados?

1- Os disparos foram em legítima defesa, portanto, excluída está a ilicitude do crime de Homicídio. Se não há tipo de injusto, em última análise, falta um dos substratos do crime, assim, o fato não pode ser considerado crime. O próprio Delegado de Polícia nem ratificará o flagrante.

2- Existiu o crime de Posse Irregular de Arma de Fogo de Uso Permitido (art. 12, Lei 10826/03)?? Minha posição: Não. Mas, por quê? Explico.

Evite interrupções durante sua pesquisa. Faça login ou crie uma conta.

FAÇA
LOGIN

ou

CADASTRE-
SE



O Estatuto do Desarmamento vem depois de um plebiscito feito ao povo brasileiro. O cidadão tem o direito ou não de ter armas de fogo? Resposta de mais de 60% (sessenta por cento) da população brasileira: Sim. Conclusão: o Estatuto do Desarmamento padece de inconstitucionalidade material por ferir a vontade do povo que, segundo a CF, é soberana (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). Além do mais, é inconstitucional, pois não passa na análise prévia de fatos e prognoses legislativas, sendo constatável *ab initio* a falta de eficácia e o desastre que tal política causaria, a qual somente serviu para subir de forma estrondosa os índices de criminalidade.

No entanto, trabalhando com a constitucionalidade do Estatuto, o fato é atípico materialmente por não ferir significativamente bem jurídico algum (Princípio da Lesividade) ou por outros argumentos, demonstrados a seguir. Sendo assim, o Delegado de Polícia também não ratificará o flagrante.

Passo a discorrer.

1 - A Constituição Federal de 1988 confere ao cidadão, no seu art. 6º, um direito social de suma importância “Segurança pública”. O cidadão pode ter a legítima expectativa de que sua segurança será garantida pelo Estado. Quando tal direito não é conferido ao indivíduo, ele adotará meios para garanti-lo a si próprio, não podendo o Estado, que não garantiu tal direito a ele, negar que o faça por si mesmo, sob pena de estarmos diante um “direito puramente potestativo”, sujeito ao puro arbítrio de apenas uma das partes. Isso não é possível. Por exemplo, o Estado lhe garante moradia, mas se não adimplir tal direito, você trabalhará e comprará/alugará uma casa. A mesma coisa pode se dizer de qualquer outro direito fundamental, como a saúde, propriedade, trabalho, felicidade, vida, liberdade etc. Não se pode negar a ninguém a prerrogativa de adotar meios para se manter vivo e salvar seus entes queridos (quando o Estado não

atende tal necessidade).

2 – A aplicação do tipo do art. 12 da Lei 10.826/03, como qualquer crime, deve obedecer a missão do direito penal (democrático) que é o **controle social do intolerável** (Paulo César Busato). Sem tal premissa, não estamos diante de um sistema penal, mas de uma desordem normativa punitivista, cujo único objetivo é punir por punir. Vivemos em uma democracia, não em uma ditadura, esta sim tem por objetivo o controle social do que é conveniente ao Estado. A conduta do cidadão, no caso, não é intolerável, não teve o intuito de ofender a lei proibitiva.

3 – Os crimes do Estatuto do desarmamento são de perigo abstrato, correto? Sim. No entanto, isso quer dizer, que a priori, abstratamente, a simples conduta lesa o bem jurídico tutelado. Presunção essa, absoluta. Perceba, a presunção abstrata a priori é que é absoluta. Não há, nem se pode falar, em presunção absoluta do desvalor da ação ou resultado abstrato a posteriori. Isso simplesmente não existe. Qualquer análise a posteriori se dá com dados conhecidos ou cognoscíveis, mas que só se ganha conhecimento após o resultado. Nesse momento, não há subsunção do fato à norma, mas valoração do fato à norma.

4 – O art. 12 da lei 10.826/03 é um crime vago, cujo sujeito passivo é indeterminado (sociedade) e o bem jurídico tutelado é a Segurança Pública. Oras... a Segurança Pública que deveria ser conferida pelo Estado, mas não foi, é o bem jurídico tutelado. Punir o cidadão, neste caso concreto, seria punir o indivíduo por adimplir um direito que é seu, contra pessoas determináveis (criminosos em geral), o qual se torna determinado quando ele exerce sua defesa contra o referido indivíduo. Veja, o cidadão não buscou ferir a incolumidade pública, ao contrário, ele faz parte desta sociedade (cidadão de bem que adimple o contrato social), estando à mercê daqueles que estão à margem da lei (descumpridores do contrato social).

5 – Estamos, nesse caso concreto, diante uma legítima defesa antecipada por um evento futuro certo (ação dos bandidos), ou seja, inexigibilidade de conduta diversa. Raciocínio este plenamente plausível, necessitando apenas de um alargamento temporal da citada excludente de culpabilidade, admissível na situação. Adotando outro posicionamento doutrinário, pode-se falar em estado de necessidade (excludente de ilicitude).

Enfim, o Estado não pode exigir que o cidadão se coloque em uma situação cuja única saída seja renunciar a um direito próprio (segurança pessoal ou, até mesmo, sua vida) quando não foi ele quem causou tal situação.

6 – O dito acima equivale a descriminalizar o Porte ou Posse Ilegal de Arma de Fogo? Por óbvio, não. E isso, independe da minha posição favorável ao armamento (civil) da população. Um bandido que anda com um fuzil ou um revólver na rua, ou em sua casa, praticará crime (e perceba, mesmo que a posse ou o porte fossem admitidos), pois criminosos não compram armas de fogo legalmente, mas o cidadão que tem uma arma escondida em casa para defender a si e seus familiares não praticará o crime de porte ou posse de arma de fogo, a depender da situação.

Como disse, o direito penal tem como missão o controle social do intolerável, qualquer discussão que permeie o âmbito criminal deve pautar-se nessa premissa. Não se pune o indivíduo que atua em legítima defesa, estado de necessidade, inexigibilidade de conduta diversa, sem potencial consciência da ilicitude, consentimento do ofendido, entre outros, porque são hipóteses previstas em lei, mas sim porque são atitudes toleráveis, naturalmente defensáveis, independentemente de previsão legal. Atitudes toleráveis não podem ser taxativas, pois não o são, dependem do caso concreto, de quem, quando, contra quem se pratica. Isso não é insegurança jurídica, é direito penal. Direito penal não é matemático, é circunstancial, filosófico e pragmático.

co.

O problema atual é a inversão de valores existente. Enquanto o cidadão comum, “do povo”, ainda está com os seus valores intactos, o “ego” e “superego” dos “intelectuais” está cada dia mais desajustada com as percepções morais da sociedade, acarretando atuação pela “id” e impedindo os (pseudo) juristas de qualquer análise de proporcionalidade do caso concreto isenta de ideologias. A premissa de qualquer ordenamento jurídico é a proteção do cidadão de bem e não de criminosos. O direito penal serve para condenar os culpados e inocentar/ proteger os inocentes, respeitando direitos e garantias de todos os envolvidos.

7 – Se lhe resta qualquer dúvida ou desconfiança do dito acima, que se aplique o instituto da **“Derrotabilidade/Superabilidade”** e afaste a regra (art. 12 da lei 10826/03) desse caso concreto. Qual o valor substancial específico/ finalidade subjacente à regra (dos crimes do Estatuto do Desarmamento): proteção da sociedade (pelo menos, é o que está dito nos anais do Parlamento); valor formal de segurança jurídica (do caso concreto): a excepcionalidade do caso comprova a mínima probabilidade de nova ocorrência; fundamentação/ comprovação condizente: é toda a explicação acima.

8 – Seria aplicável ao caso, também, o **Princípio da Bagatela Imprópria** (Insignificância Imprópria), o qual tem como premissa a ilegitimidade da aplicação de pena, quando, não obstante a infração penal esteja caracterizada, a aplicação da reprimenda seja desnecessária ou inoportuna, por diversos fatores, como um sujeito com personalidade ajustada ao convívio social (primário e sem antecedentes), colaboração com a justiça, reparação integral do dano à vítima, reduzida reprovabilidade do comportamento, reconhecimento da culpa, efeito da pena extre-

mamente superior ao ilícito praticado etc. Ou seja, na Bagatela Imprópria a infração surge como relevante ao direito penal (há desvalor na ação e no resultado), fato típico, ilícito e culpável, mas após a prática do fato, a pena revela-se desnecessária no caso concreto.

O fato real deve ser confrontado/ ponderado com um princípio basilar do Direito Penal, a Necessidade de Pena, consagrado no art. 59, caput, do Código Penal “... conforme seja necessário e suficiente...”. O juiz, levando em conta dados anteriores, concomitantes e posteriores ao fato típico, ilícito e culpável, deixa de aplicar a pena, pois falta interesse para tanto. Conclusão: não há necessidade de pena, exclui-se a responsabilidade (teoria funcionalista teleológica) ou extingue a punibilidade (teoria finalista), pois são nesses substratos em que residem as consequências do crime.

No caso em análise, a motivação para se aplicar a Bagatela Imprópria é, justamente, os reiterados ataques criminosos pretéritos à sua família, a certeza de que esses ataques se repetiriam e a legítima defesa (real) contra tais criminosos, com a arma de fogo “ilegal”.

9 – Estranhamente, a maioria das pessoas que são favoráveis ao desarmamento, são favoráveis à legalização de maconha, talvez seja pelo aspecto ideológico dos indivíduos que não gostam de armas de fogo, normalmente com viés de esquerda (sem nenhum juízo de valor). Façamos um paralelo.

Deixemos de lado toda a discussão sobre a descriminalização da maconha. Se um determinado indivíduo fosse pego plantando ou guardando em sua residência maconha (cannabis sativa), para uso medicinal, pois este é o único “remédio” que atenua ou cura a sua doença, sabemos hoje que existem doenças nas quais a cannabis tem o poder de atenuar e curar os efeitos malefícos

da comorbidade, nenhum jurista diria, corretamente, que este indivíduo atuou com o intuito de violar a lei 11.343/06 (Lei de Drogas), pois todos os argumentos que utilizei até agora seriam utilizados, seja por atipicidade material, por falta de lesividade, seja por excludente de ilicitude, em estado de necessidade, seja por excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, seja, por fim, por extintiva da punibilidade, por falta de necessidade de pena.

Mutatis mutandi, o mesmo raciocínio pode ser utilizado em determinadas situações de uso, posse ou porte de arma de fogo.

10 – O caso, na minha opinião, se resolve fora do âmbito penal, pois este é “***ultima ratio***”, só se aplicando quando as outras esferas do direito não resolvem o problema. Princípio da Intervenção Mínima, no seu viés de subsidiariedade. Caso queira punir a conduta do cidadão pela posse da arma de fogo, faça-o, mas no âmbito administrativo ou cível. O direito penal é reservado a criminosos (pessoas que querem descumprir a lei ou que assumem o risco de violá-la, em claro desrespeito com seus semelhantes) e não a cidadãos de bem abandonados pelo Estado.

Última pergunta. Pode o Delegado de Polícia não ratificar o flagrante, liberando o indivíduo, analisando não apenas a tipicidade formal, mas todos os meandros do fato típico, ilícito, culpável e punível, seja com regras ou princípios?

Resposta: Sim. Independentemente de prévia aquiescência ou ciência do Promotor de Justiça ou do Juiz de Direito, a Autoridade Policial pode relaxar a prisão ou conceder fiança (se pode aumentar até mil vezes, pode dispensar “quem pode o mais, pode o menos”), pois o Delegado de Polícia também tem independência funcional para formar sua convicção, realizar uma análise técnico-jurídica do ilícito, sendo o Presidente da

Polícia Judiciária e, como o próprio nome diz, faz uma análise jurídica do crime, em sua completude, sendo o Primeiro Garantidor dos Direitos Fundamentais das partes, soando impensável alguém ser preso por um fato que não configura um ilícito penal, o qual somente se configura quando presentes todos os substratos do delito.

Quem lida diariamente com o crime e o direito penal é a Autoridade Policial, estando muito bem preparado e mais “sensível” para analisar situações como essa, pois não trabalha com folha de papel, mas com pessoas, ao vivo, a cores e no momento do ilícito penal. Por óbvio, o caso será remetido posteriormente à Justiça e ao Parquet, para que analisem com mais retidão as informações sumárias do flagrante, os dados coletados e as oitivas realizadas.

Por fim, "ARMAS" não é um direito que o Estado deve ou não lhe conferir. "ARMAS" é um direito inerente ao ser humano. "ARMAS" fizeram a raça humana sobreviver frente aos seus predadores. "ARMAS" é o símbolo maior de liberdade, respeito mútuo e igualdade de forças. "ARMAS" lhe protege dos criminosos. "ARMAS" lhe protege do Estado. "ARMAS" lhe dá o direito de, pelo menos, morrer se defendendo. A negativa do "DIREITO A ARMAS" só tem um objetivo: controlá-lo..., mas, lembre-se, quem está no poder pode ser seu algoz. Será que os escravagistas tinham o intuito de "proteger" seus escravos quando lhes proibiram o uso de armas?

“Quem salva o lobo sacrifica suas ovelhas” eis o ditado. Completo: quem arma suas ovelhas, impede a ousadia do lobo.