

PORTE DE ARMA E A JURISPRUDÊNCIA

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento
Promotor Público em Porto Alegre

SUMÁRIO: I — Caracterização: 1. Conceito legal de arma; 2. Licença da autoridade; 3. Sentido da palavra “porte”; 4. Conceito de casa; 5. Elemento subjetivo.

II — Aspectos processuais: 1. Procedimento; 2. Peça inicial; 3. Processo judicialiforme e efeitos; 4. Perícia; 5. Norma consuntiva; 6. Perda da arma.

I — CARACTERIZAÇÃO

1. Conceito legal de arma

A primeira indagação, cuja resposta se torna necessária à boa compreensão do tipo contravencional previsto no art. 19 da Lei das Contravenções Penais, é sobre o conteúdo conceitual do substantivo *arma*. Seriam armas um relho e um machado, face sua destinação anormal de agredir, ou não seriam por que lhes faltaria a natureza intrínseca de armas? Há, sem dúvida, um pensamento doutrinário no sentido de que arma é o instrumento usado como tal, embora sem o caráter normal de arma. E é, em termos de prevenção e profilaxia, objetivos primeiros da tipificação contravencional, o pensamento mais lógico. Porque, na verdade, o homem agride e mata com porretes, com martelos, enfim, dando aos instrumentos mais ingênuos uma destinação ofensiva. Por isso, JOSÉ DUARTE (Comentários à Lei das Contravenções Penais, v. 2, p.

29, Edição Forense, 2ª edição) diz que tal modo de interpretar “é o mais racional, mas a nossa legislação especial se opõe a este critério”. Inclusive, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, na apelação-crime n. 44.640, rel. SYLVIO BARBOSA, decidiu que “instrumentos existem que, pelo peso, solidez, resistência e forma podem ser utilizados como arma, pois têm capacidade ofensiva. Mas não podem ser considerados como tais, sob o ponto-de-vista legal, já que independem de licença para o seu porte” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 367, p. 177). Na realidade, portanto, além do aspecto da destinação, o instrumento deve conter, intrinsecamente, a característica de capacidade ofensiva, como um canivete, uma faca, um revólver, para ser considerado como arma. Além da matéria e forma de arma deve se destinar como instrumento de ataque e defesa.

Contudo, a expressão “sem licença da autoridade”, contida no tipo, pode levar à conclusão que as armas proibidas de serem portadas são exclusivamente aquelas que dependam de licença da autoridade. E, como consequência, podem ser tranqüilamente carregadas por qualquer um, armas como facas, facões e outras de ataque e defesa, que independem, indubitavelmente, da referida licença. Temos para nós que a expressão “sem licença da autoridade” não delimita o conceito de arma. Serve para demonstrar que dita licença exclue a prática da contravenção. Assim entendido, todas as armas, no conceito referido acima, são alcançadas pelo preceito contravençional, se não ocorrer licença da autoridade. Ora, tal licença, em regra, só é possível no caso, por exemplo, de revólver. Então, se tratando de facão, nem com licença — o que não se dá — se descaracterizaria a infração. É o pensamento correto de JOSÉ DUARTE (opus cit., p. 22), ao dizer que “as armas insidiosas, *in genere*, não podem ser conduzidas, em nenhum caso, à cinta. As insidiosas *especiais* é que exigem licença”.

A jurisprudência tem posição firmada a respeito. Na apelação-crime n. 1.441, a Câmara Criminal de nosso Tribunal de Alçada, rel. SEBASTIÃO ADROALDO PEREIRA, concluiu que “portar faca, à noite, na via pública ou em zona de meretrício, constitui o ilícito previsto no art. 19 da Lei das Contravenções Penais” (JULGADOS do TRAGS, v. 5. p. 56). No mesmo sentido, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, através da 4ª Câmara, rel. JOÃO GUZZO, apelação-crime n. 8.598, se pronunciou, concluindo que “embora ocorrido em zona rural, configura-se o porte de arma se o acusado não se achava em trabalho quando foi ter à casa do desafeto, para tratar de assunto polêmico, com faca peixeira na cinta” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 407, p. 262). Por isso, inteira razão tem a 3ª Câmara Criminal de nosso Tribunal de Justiça quando, na apelação-crime n. 2.978, rel. des. LÍVIO DA FONSE-

CA PRATES, afirmou que “a arma se caracteriza, para os efeitos do art. 19 da L.C.P., pelas condições de seu emprego e pelo fim a que se destina” (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRS, v. 9, p. 135).

2. Licença da autoridade

A licença da autoridade, quando possível e que não se confunde com o registro de arma, que é simples comprovação de domínio, desfigura a prática contravencional. Porte autorizado não é contravenção. Nada na lei, entretanto, impõe que a licença deva ser comprovada, no momento em que a autoridade o exija, sob pena de conduta contravencional. O que exige a lei é que o porte seja autorizado. Se, no instante em que for o portador interpelado pela autoridade, não tiver a licença à mão, poderá comprová-la posteriormente e se desnaturando a contravenção. A prova, portanto, pode ser feita a qualquer tempo, desde que a licença seja anterior ao porte. Como foi esclarecido na apelação-crime n. 5.967, pela 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. TOLEDO DE ASSUMPÇÃO, “a circunstância de, no momento da prisão, não trazer o réu consigo a licença da autoridade policial, não implica na caracterização da contravenção do art. 19, embora infringente do art. 39, do Decreto n. 6.911, de 1935, sujeito, porém, à reprimenda de natureza administrativa, somente” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 397, p. 279).

Há, inclusive, uma posição jurisprudencial a respeito da licença da autoridade anterior ao porte, válida e em vigor, de sentido mais liberal. Entende que se a licença se vencera há pouco tempo, o porte da arma não configura a contravenção penal. A contrário senso, foi o que decidiu, na apelação-crime n. 10.301, a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. AZEVEDO FRANCESCHINI, ao dizer que “não possuir autorização para porte de arma, ou tê-la com o prazo de há muito esgotado, significa o mesmo para a caracterização da contravenção do art. 19 da Lei Especial” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 407, p. 282). E, de maneira direta e objetiva, a decisão prolatada pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de nosso Estado, rel. des. TASSO SELISTRE, na apelação-crime n. 6.633, de que não há ilicitude se o revólver é portado “com licença da autoridade competente, apesar de vencida, irregularidade sanável através de mera atualização” (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRS, v. 21, p. 29).

Como se sabe, a licença da autoridade não é verbal; comprova-se com um documento impresso, com claros para preenchimen-

to caso a caso e assinado pela autoridade. Para nós, licença exclusivamente oral não satisfaz a exigência da lei. A prova é única e documental. Se não por outro motivo, ao menos para prevenir prova posterior e irreal da licença, o que prejudicaria o próprio sentido profilático da contravenção. No entanto, há uma decisão da 1ª Câmara Criminal de nosso Tribunal de Justiça, rel. des. PAULO MEDEIROS, que sustenta que “não comete o ilícito de porte ilegal de arma o indivíduo que, em zona rural e de pouco movimento, conduz consigo revólver, autorizado pela autoridade competente, embora não tenha recebido o documento que o habilita à condução da arma” (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRGS, v. 10, p. 124). Só aceitamos uma hipótese de desnecessidade de licença por escrito do porte de arma: para o policial, se e enquanto estiver em serviço. Pois, precisará “de licença especial para andar armado, se não está em serviço e se encontra fora do município em que serve, quando submetido a revista de porte de arma” (Ap. crime n. 33.261, 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. MACHADO ALVIM, in REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 437, p. 362).

3. Sentido da palavra «porte»

Portar, semanticamente, é carregar, levar, trazer consigo. No entanto, a conduta contravençional não tem a amplitude que parece ter. Teleologicamente, busca-se com a regra legal se impedir a prática de um crime, visto que portar uma arma já tem conteúdo de perigo eventual. Neste sentido, deve se entender o portar arma como trazê-la em condições de usá-la. Não será porte o fato de levá-la embrulhada, de forma a que seu uso e utilização não sejam fáceis. O impedimento de utilizar-se dela retira, da conduta, o perigo eventual que deve acompanhar a contravenção. Por isso, a doutrina e a jurisprudência, na interpretação finalística da regra penal, fazem uma diferença entre “porte” e “transporte”. Na apelação-crime n. 4.576, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, rel. RAUL DA CUNHA RIBEIRO, disse que “o que distingue o porte do transporte é a possibilidade de fazer o agente uso imediato e fácil da arma” (REVISTA FORENSE, v. 241, p. 346). De maneira mais positiva, o 3º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. FERNANDO PRADO, na Revisão Criminal n. 43.586, disse que “o conceito de portar uma arma, em função do interesse tutelado pela lei e da proibição por ela imposta, não corresponde precisamente ao conceito de portar uma coisa qualquer e tanto menos ao de uma simples detenção de arma. Só ocorre o porte

quando a arma é trazida como tal, ou seja, em modo e em condição de poder ser eventualmente usada, segundo a sua destinação específica” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 454, p. 417).

A matéria é bem explícita quando há o porte, na cinta por exemplo, de um revólver mas descarregado, sem munição. Arma de fogo sem munição não oferece aquele perigo eventual exigido para a configuração da conduta contravencional. Faz desaparecer, como diz o acórdão retrocitado, a possibilidade de uso imediato. Por isso, a jurisprudência, de maneira uníssona, tem entendido, nesta hipótese, se desfigurar a contravenção. Assim, na apelação-crime n. 5.823, a 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. RICARDO COUTO, decidiu que “não há confundir o transporte com o porte da arma. Este pressupõe a posse em condições de uso imediato, o que não ocorre estando a arma descarregada, quando da sua apreensão” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 395, p. 311). A 1ª Câmara do mesmo Tribunal, rel. AZEVEDO FRANCESCHINI, na apelação-crime n. 15.231, disse que “quem é surpreendido na posse de um revólver descarregado e sem levar consigo (ou em local de imediato alcance) qualquer munição, não comete o questionado ilícito” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 411, p. 281). Ou, no dizer da apelação-crime n. 101.294, rel. DIAS FIGUEIREDO, da mesma Câmara, “não estando a arma carregada e não trazendo o portador as balas, inexistente base para o reconhecimento do perigo, que é inerente à configuração da contravenção prevista no art. 19 da respectiva lei” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 414, p. 77).

A possibilidade de ser usada a arma, de forma imediata, faz com que os tribunais entendam não configurada infração se ela é transportada embrulhada, eis que “o transporte de arma embrulhada na capa, dentro da marmitta e ainda dentro de uma pasta, mostra que a vontade consciente do agente era não estar armado, tanto que não havia condições de uso” (Ap. crime n. 27.308, 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. CHIARADIA NETTO, in REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 249 p. 432).

O porte, portanto, se configura quando a arma está em condições de pronta utilização. Tal faz com que o “trazer consigo” do tipo contravencional não tenha o sentido de estar junto ao corpo do agente, na cinta ou no bolso. O caso mais típico de porte é o de arma carregada no porta-luvas de automóvel, visto que, nestas condições, o uso da arma pode ser imediato. Como foi sustentado na apelação-crime n. 14.065, pela 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. LAURO MALHEIROS, “há o porte de arma não apenas quando a mesma venha a ser encontrada nas mãos, no bolso, à cinta ou junto às vestes do réu, mas,

também, sempre que seja encontrada ela conduzida em condições de imediato uso em local donde possa ser sacada com razoável rapidez (“*verbi gratia*”, porta-luvas de veículos, arreio de animal, bolsas, pastas, sacolas, etc.)” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 411, p. 277).

4. Conceito de casa

O último requisito objetivo do tipo previsto no art. 19 da Lei das Contravenções Penais, é que a arma seja portada “fora de casa ou de dependência desta”, visto que, dentro de casa, não há propriamente porte e, sim, guarda, e, por isso, não há necessidade de licença da autoridade. O que há, na verdade, de obrigatório, para se ter uma arma em casa, é o registro de propriedade da arma. Mas a sua falta não tem qualquer repercussão no campo punitivo, não havendo, só por isso, contravenção penal, conforme decidiu a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. MANOEL PEDRO, na apelação-crime n. 39.987, ao dizer que “a falta de registro de arma, sob guarda domiciliar, constitui comportamento específico, que pode caracterizar um ilícito administrativo, mas não penal” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 436, p. 374). A liberdade de ter arma em casa, sem necessidade de licença da autoridade, é um corolário do princípio constitucional que diz que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo” (art. 153, § 10, da Constituição de 1969) e só, em caso de crime, é que poderá se penetrar nela, sem consentimento do morador.

O problema, entretanto, que emerge desta matéria, é saber qual a delimitação conceitual do termo “casa”. Seria o escritório do advogado ou o consultório médico? Seria a casa de negócio do comerciante? O substantivo “casa” tem, na legislação penal, um conceito específico. De acordo com o § 4º do artigo 150 do Código Penal, “casa” compreende: “I — qualquer compartimento habitado; II — aposento ocupado de habitação coletiva; III — compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”. Dentro desta especificação, o escritório do advogado ou o consultório do médico são tidos como “casa”, no sentido penal, e, por isso, lá armas podem ser guardadas, sem qualquer restrição penal. No entanto, a *sala de espera*, enquanto aberta ao público, não é considerada “casa” e, por via de consequência, ali, haverá porte de arma.

O § 5º do mesmo artigo 150 exclui da compreensão de “casa”: “I — a hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva; II — taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero”. Inter-

pretando este artigo, diz ANIBAL BRUNO (Direito Penal, Parte Especial, Tomo IV, p. 389, Forense) que “os lugares livremente abertos ao público, que, por essa condição, não possuem aquele caráter exclusivo e recatado, deixam de ser incluídos na categoria de casa conforme a lei penal e de gozar daquela garantia”. Neste sentido, há porte de arma na casa de negócio do comerciante, nas partes abertas e enquanto abertas ao público. Esta foi a orientação do 2º Grupo das Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. SABINO NETO, nos embargos infringentes n. 16.333, ao dizer que “bar não é casa, no sentido penal, o que deflui do artigo 150, § 5º, n. 2, do Código Penal. Assim, incide na contravenção do art. 19 da Lei das Contravenções Penais, o proprietário daquele estabelecimento que traz à cinta um revólver municiado” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 427, p. 407).

A lição de NELSON HUNGRIA (Comentários ao Código Penal, v. 6, p. 220, Forense, 2ª edição), contudo, deve ser aceita: “Advirta-se, entretanto, que, se na taverna, casa de jogo *et similia*, há compartimentos reservados ao exclusivo uso doméstico do *dominus* e sua família, são eles invioláveis” e, por isso, tidos como “casa”.

5. Elemento subjetivo

A contravenção do porte de arma é infração de mera conduta. Não há um resultado exterior. Pune-se como ilicitude pelo perigo que representa. Como ensina MANOEL PEDRO PIMENTEL (Crimes de mera conduta p. 175, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição), os ilícitos penais “de mera conduta são aqueles em que a ação ou omissão bastam para constituir o elemento material (objetivo) da figura típica penal”. Com efeito, na contravenção que ora examinamos, a conduta do agente em portar, fora de casa, arma, sem licença da autoridade, já estrutura a infração contravencional. Não há, nem pode haver, um resultado que se destaque da própria conduta e fique nos limites da contravenção. É um simples comportamento, um agir. Não há que se falar, portanto, por impossibilidade lógica, em dolo, que é querer um resultado, nos termos do Código Penal, em seu art. 15, o que é reconhecido pelo art. 3º da Lei das Contravenções Penais.

Aqui, basta a voluntariedade da conduta ilícita. Na apelação-crime n. 46.654, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, rel. CARDOSO ROLIM, decidiu, e com razão, que “no que tange à contravenção do art. 19 sempre se tem proclamado que não cabe indagar-se da intenção do agente ao conduzir a arma. Desde que não tenha licença da autoridade competente

para o porte, incide na infração contravencional” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 369, p. 275). O elemento subjetivo é a vontade do agente, motivo porque basta querer a conduta. Na lição sempre precisa de JOSÉ DUARTE (op. cit., v. 1, p. 116), “nos crimes há voluntariedade de *causa* e voluntariedade de efeito; nos culposos, a voluntariedade do fato *causante*. Na contravenção, também, é da voluntariedade do fato, *in se*, que se cuida”.

O que deve exsurgir da conduta, como seu elemento subjetivo, para integrar a contravenção, é exclusivamente a vontade, sem se perquirir de dolo ou culpa. Na apelação-crime n. 17.918, a 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. AZEVEDO JÚNIOR, disse que “tratando-se de contravenção é excrescente qualquer indagação sobre dolo, pois é de preceito (art. 3º da Lei das Contravenções Penais), que ‘para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária’, isto é, a singela vontade de praticar a ação ou omitir o comportamento que a lei contravencional define como penalmente relevante” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 420, p. 266).

Querer a ação e se conduzir de acordo com este querer é que dá a contravenção do porte de arma. No entanto, nem toda voluntariedade unida ao elemento objetivo de portar a arma leva à infração contravencional. Seria antijurídico que alguém fosse punido pelo fato da contravenção do art. 19 da lei respectiva, se sua conduta se pautasse, no momento, pela necessidade, ou houvesse exigibilidade de assim proceder. Na apelação-crime n. 13.436, a 3ª Câmara Criminal de nosso Tribunal de Justiça, rel. des. JOSÉ SILVA, decidiu que a contravenção “não se registrou, eis que o seu autor pensou divisar um assalto quando fez uso da arma sem porte; presença de força maior, que absorve qualquer aspecto contravencional no seu proceder” (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRGS, v. 43, p. 81).

A decisão é marcadamente correta, embora diverjamos de sua fundamentação. Temos para nós que *força maior* é instituto jurídico-civil e que, como excludente, pouco ou nada representa no campo jurídico-penal. Na hipótese, se afigura, indubitavelmente, a excludente de inexigibilidade de outra conduta. Este é o real fundamento que descaracteriza a conduta como ação contravencional. Dir-se-á que tal excludente inexiste no direito penal pátrio. Positivamente, é uma realidade. Não há esta figura, como previsão expressa, no Código Penal nacional. Entretanto, entendemos que a inexigibilidade de outra conduta é uma causa excludente *supra-legal* e, como entende SOUSA NETO (O Motivo e o Dolo, p. 162, Freitas Bastos, 1949), perfeitamente aplicável no Direito Penal brasileiro, visto que “nosso código a isso não se opõe”. ANIBAL BRUNO (Direito Penal, Parte Geral, Tomo 2, p. 102, Forense,

3ª edição) diz que o princípio de não exigibilidade de outra conduta “está realmente implícito no Código”, visto que “o juízo de reprovação sobre o ato só é legítimo até onde se pode exigir do agente um comportamento de acordo com a norma, e aí se traça um limite ao julgamento de culpabilidade pelo fato antijurídico e típico. Conclusão que não constitui somente uma exigência lógica, de sistema, imposta pela definição da culpabilidade como reprovabilidade, mas responde ainda a essa espécie de apelo da consciência jurídica atual por um ajustamento mais humano da prática punitiva à realidade dos fatos da vida e a um sentimento mais flexível da Justiça”.

Se é aplicável, como entendemos, o princípio de não exigibilidade de outro comportamento, com muito maior razão as causas excludentes da ilicitude, previstas no Código Penal. Como foi prelecionado na apelação-crime n. 2.997, pela Câmara Criminal de nosso Tribunal de Alçada, rel. ALFREDO ZIMMER, “quem age dentro de causas que eximem a criminalidade, tem justificada totalmente a sua conduta, inclusive quanto à utilização dos meios e armas utilizadas, mesmo que o porte destas dependa de prévia autorização policial” (JULGADOS, do TARGS, v. 12, p. 120).

II — ASPECTOS PROCESSUAIS

1. Procedimento

A regra da instauração e formação da relação jurídico-processual, nas contravenções e, mormente, nas de porte de arma, é uma exceção na processualística brasileira. Embora, no dizer do art. 17 da Lei das Contravenções Penais, a ação penal, pelas infrações contravencionais, seja pública, e o detentor do direito de perseguibilidade seja o Ministério Público, o art. 26 do Código de Processo Penal quebra o sistema, ao dizer que “a ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial”. O Ministério Público é um simples assistente privilegiado ou, sob outro prisma, desprestigiado. A velada crítica de HELIO TORNAGHI (Instituições de Processo Penal, v. 3, p. 305, Forense, 1959) diz que “a lei brasileira considera modalidade de ação pública a ação de ofício, movida pelo juiz ou autoridade policial. Dir-se-á que, neste caso, não há propriamente ação, mas procedi-

mento judicial independente de ação. De acordo. Mas a lei fala em ação. É o que se infere da Lei das Contravenções Penais e art. 26 do Código de Processo Penal”.

A jurisprudência e a própria legislação têm mitigado este entendimento excepcional na formação da relação jurídico-penal, nas contravenções. Assim, exemplificadamente, nas contravenções de jogo de bicho e sobre corridas de cavalo fora dos hipódromos, a ação penal pode ser iniciada também através de denúncia do Ministério Público, conforme expressa indicação do art. 1º da Lei n. 1.508, de 19 de dezembro de 1951. Identicamente, nas contravenções previstas na Lei n. 4.711, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o Código Florestal, conforme rezam os seus arts. 34 e 36. Na jurisprudência, tem se admitido, para algumas contravenções, a denúncia. Em antiga decisão da 1ª Câmara Criminal de nosso Tribunal de Justiça, rel. des. OLDEMAR TOLEDO, e citada por LAURO NELSON FORNARI THOMÉ (Aspectos controversos no processo penal brasileiro, p. 42, Sulina, 1965), se decidiu que “nulo não é o processo contravençional iniciado por denúncia, quando a mesma reunir todos os requisitos que se fazem necessários no sentido de que o réu se possa defender”.

Na conduta contravençional do porte de arma, entretanto, deve haver obediência ao art. 26 do Código de Processo Penal, ou seja, a instauração do procedimento se dar ou através de auto de prisão em flagrante ou de portaria, policial ou judicial. Isto, contudo, não significa dizer que, havendo concurso material com um crime, esteja impedido o Promotor Público de denunciar a contravenção. Ao contrário, como se pronunciou a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. AZEVEDO FRANCESCHINI, na apelação-crime n. 10.901, “tem o Ministério Público qualidade para promover apuração de contravenção, que se considera conexa ou continente com delito, incluindo-a desde logo na denúncia, ou editando tal peça, no curso da ação penal, para também se ventilar a infração secundária” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 407, p. 282). No mesmo sentido, a decisão prolatada na apelação-criminal n. 51.195, pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, rel. MANOEL PEDRO (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 368, p. 256).

Em resumo, portanto, não se tratando de concurso com qualquer crime, a ação pela contravenção do porte de arma só se iniciará ou por prisão em flagrante ou por portaria. Nossa Câmara Criminal do Tribunal de Alçada tem posição firmada a respeito. Na apelação-crime n. 131, rel. RUBENS REBELLO MAGALHÃES, foi dito que “o porte ilegal de arma não é contravenção que exija flagrante como condição de procedibilidade” (JULGADOS, do TARGS, v. 6, p. 24). Já na apelação-crime n. 1.247, rel. SEBAS-

TIÃO ADROALDO PEREIRA, foi sustentado que “não é necessário o flagrante para a instauração do processo contravencional, posto que este pode também ser iniciado por portaria, nos termos do art. 531 da lei penal adjetiva” (JULGADOS, do TARGS, v. 5, p. 16). No mesmo sentido, a 3ª Câmara Criminal de nosso Tribunal de Justiça, na apelação-crime n. 4.985, rel. des. MARCOLINO MORAES (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRGs, v. 13, p. 70).

Há certa orientação, contudo, de que, não havendo flagrante, há necessidade de “apreensão da arma no momento em que é conduzida pelo agente” (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRGs, v. 7, p. 125) ou simples apreensão (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 428, p. 366). Entendemos que a ação pode ser iniciada por portaria, sem necessidade da apreensão, visto nenhum artigo de lei tal obrigar. O problema passa a ser uma questão de prova, se transferindo ao exame da prática, ou não, da contravenção. Nada tem a ver com a “perseqüibilidade penal da infração”, como entendeu, corretamente, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, na apelação-crime n. 58.063, rel. AZEVEDO FRANCESCHINI (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 372, p. 198).

Como se viu acima, havendo crime também a apurar, a contravenção será denunciada pelo Ministério Público. Ora, o recebimento da denúncia tem o efeito de interromper a prescrição (art. 117, inc. I, do Código Penal), efeito que não possuem a portaria ou a prisão em flagrante. Por isso, a jurisprudência, de maneira uniforme e pacífica, tem entendido que “o recebimento da denúncia, envolvendo contravenção conexa com um delito, não tem o mérito de causa interruptiva da primeira” (Apelação-crime n. 1.337, 3ª Câmara Criminal de nosso Tribunal de Justiça, rel. LÍVIO DA FONSECA PRATES, *in* REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRGs, v. 6, p. 130). No mesmo repositório jurisprudencial, v. 8, p. 105, e v. 14, p. 159, podem ser encontradas outras decisões a respeito.

2. Peça inicial

Ou se iniciando através de auto de prisão em flagrante, que depende de homologação judicial, ou através de portaria, quer judicial quer policial, o processo instaurado deve prosseguir o rito indicado no art. 531 e seguintes do Código de Processo Penal. O simples auto de prisão em flagrante não valerá como peça inicial instauradora do processo sumário, caso não homologado na forma e no prazo indicado no art. 153, § 12, *in fine*, da Constituição

Federal de 1969. Trata-se, portanto, de uma peça complexa: lavratura do auto pela respectiva autoridade e sua homologação, no prazo de vinte e quatro horas, pela autoridade judicial. Se não ocorrer homologação expressa, uma "prelibação da legalidade da prisão", como diz FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (Prática de Processo Penal, p. 194, Jalovi, 1973, 2ª edição), não há, para fins processuais, a peça inicial instauradora do procedimento penal.

A portaria, de outro lado, deve conter todos os elementos necessários à boa defesa do acusado, entre eles a descrição do fato contravencional típico. Neste sentido, foi a decisão da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, rel. ADAJAIR CARDOSO PINTO, na apelação-crime n. 365, ao dizer que "a portaria inicial nos processos contravencionais deve conter a descrição do fato atribuído ao contraventor, e não limitar-se à enumeração do dispositivo legal, sem qualquer outro esclarecimento. Deixando de expor o fato típico, pode a inicial ter a forma de denúncia, queixa ou portaria, mas não o conteúdo necessário, cuja omissão gera a nulidade do processo" (REVISTA FORENSE, v. 218, p. 348). Na realidade, a portaria deve conter os elementos exigíveis para o recebimento de uma denúncia e constantes do art. 41 do Código de Processo Penal. A Câmara Criminal de nosso Tribunal de Alçada, na apelação-crime n. 1.359, rel. ALAOR TERRA, afirmou a nulidade de uma portaria, eis que "como a denúncia, a portaria iniciadora do processo sumaríssimo deve descrever o comportamento típico do réu que se enquadre em dispositivo da Lei das Contravenções Penais, não sendo bastante a reprodução das palavras do dispositivo tido como violado" (JULGADOS, do TARGS, v. 5, p. 43). No mesmo sentido, a decisão da 3ª Câmara Criminal de nosso Tribunal de Justiça, na apelação-crime n. 5.801, rel. RUBENS REBELLO MAGALHÃES, nos seguintes termos: "Quando instaurado por portaria o processo contravencional, ela se equipara à denúncia, devendo conter os respectivos requisitos (art. 41 do C.P.P.)" (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRGS, v. 15, p. 109). Outras decisões se orientando na mesma direção, todas do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, podem ser encontradas na REVISTA FORENSE, v. 221, p. 372, v. 227, p. 338, v. 229, p. 311, e v. 245, p. 353.

Iniciado o processo — ou por auto de prisão em flagrante homologado ou por portaria, judicial ou policial —, impõe-se, entre outras fases, a instrutória, decidindo o juiz, a final. Afora a hipótese de extinção da punibilidade (art. 108 do Código Penal), o juiz não pode, antes de encerrada a instrução, mandar trancar a ação. Deverá esperar o encerramento da fase probatória, para, então, se pronunciar. Na apelação-crime n. 1.998, a Câmara Cri-

minal de nosso Tribunal de Alçada, rel. SEBASTIÃO ADROALDO PEREIRA, sustentou que “a ação penal, iniciada por flagrante lavrado pela autoridade policial, não pode ser trancada sob o pretexto de falta de justa causa. Recurso do Ministério Público provido para, cassada a decisão impugnada, determinar-se o prosseguimento da ação penal” (JULGADOS, do TARGS, v. 9, p. 30). Na apelação-crime n. 1.887, a mesma Câmara Criminal, rel. WOLNEY SANTOS, disse que “homologado o auto de flagrante, tem início a ação penal, de modo que não pode o juiz, sem realizar a instrução, decidir o processo em seu mérito, suprimindo-lhe a fase instrutória (JULGADOS, do TARGS, v. 8, p. 55). Ainda da mesma Câmara Criminal, a apelação-crime n. 1.886, rel. TASSO SELISTRE, onde se lê que “o juiz não pode precipitar o julgamento, desprezando as regras do processo, por entender que não se caracteriza a infração e que inexistente justa causa para a ação penal” (JULGADOS DO TARGS, v. 8, p. 52).

3. Processo judicialiforme e efeitos

Nos procedimentos contravencionais iniciados por auto de prisão em flagrante ou por portaria policial, parte da prova é colhida na Delegacia de Polícia, sem a presença do juiz e do Promotor Público. Mas como já se trata da ação instaurada, visto que, nos processos judicialiformes, a fase policial, antes de ser informativa, é peça indubitavelmente instrutória, a jurisprudência, com inteira razão, tem entendido pela equivalência, da prova conseguida na polícia, com a judicial. Na apelação-crime n. 3.233, a 3ª Câmara Criminal de nosso Tribunal de Justiça, rel. des. TELMO JOBIM, decidiu que “quando a ação penal inicia-se por auto de prisão em flagrante ou portaria do delegado, a prova policial equipara-se à judicial” (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRS, v. 10, p. 89).

Mas o fato de se tratar, já na polícia, de fase instrutória, impõe o entendimento de que, desde lá, pena de nulidade, deve o réu ter advogado para se defender. Para fiscalizar a prova e para atender ao princípio constitucional do contraditório na instrução criminal (art. 153, § 16, da Constituição Federal). Desta opinião, comunga FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ao dizer que “a intervenção da defesa durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, pelo fato de se tratar de peça coativa-instrutória e não peça simplesmente informativa, constitui injunção legal” (opus. cit., p. 193). Este ponto de vista tem apoio em decisões dos tribunais. Na apelação-crime n. 4.404, a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, rel. des. MA-

NUEL GOMES, decidiu que “sendo o auto de prisão em flagrante peça inicial do processo das contravenções, exige-se desde logo a plena defesa, em face do mandamento constitucional da contrariedade da instrução criminal” (REVISTA FORENSE, v. 238, p. 358).

É bem verdade que o art. 532 do Código de Processo Penal mitiga a exigência constitucional ao dizer que o preceito de seu art. 261 — necessidade de defensor para o acusado processado — será observado, se possível. Poderia fazê-lo? Entendemos que não. Ao dispensar a observância do art. 261, o que se está, realmente, fazendo é dispensar o mandamento constitucional, do qual o art. 261 retira sua força, o que é um absurdo. O princípio contido na norma constitucional deve ser entendido de maneira ampla, como quer PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, Tomo V, p. 244, Ed. Revista dos Tribunais, 1968): “Seja judicial, seja judicialiforme, ou perante o juiz, ou perante a polícia, ou perante as autoridades administrativas, a instrução criminal tem de ser, por força da Constituição, *contraditória*. A contraditoriedade não exclui os prazos óbvios, para que dentro deles falem os acusados, ou seus defensores, nem as penas de revelia, nem, tampouco, as medidas acauteladoras e os remédios jurídicos processuais executivos, desde que, na defesa contra tais medidas ou contra a executividade, se assegura a *contrariedade da instrução criminal* e o *direito de defesa*.”

O Supremo Tribunal Federal tem posição firmada a respeito. No recurso de habeas-corpus n. 44.398, em sessão plenária e por unanimidade, os ministros entenderam de acompanhar o voto do min. ADAUCTO CARDOSO, rel., que foi nos seguintes termos: “O flagrante é nulo. Ainda que se tenham como boas as testemunhas que nele depuseram, padece de vício insanável: não se nomeou defensor aos réus. A presença do defensor no flagrante de contravenção é indispensável, sob pena de nulidade” (REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, v. 43, p. 607).

4. Perícia

Diante do que diz o art. 175 do Código de Processo Penal, de que “serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência”, não se torna obrigatório o exame pericial nas armas apreendidas, na contravenção do art. 19 da lei respectiva? Antes de haver um posicionamento quanto à necessidade, ou não, da perícia, é necessário que se sustente uma realidade processual. A perícia do art. 175 nada tem a ver com o exame de corpo de delito do art. 158 e cuja falta vicia o processo de nulidade, insanável

pelo silêncio das partes, nos termos dos arts. 564, inc. III, letra "b", e 572, ambos da nossa lei processual penal. A perícia nos "instrumentos empregados para a prática da infração", embora semanticamente determinada face o tempo do verbo — "serão" —, não leva a qualquer nulidade, se não procedida. Isto porque, em matéria de nulidade, qualquer delas deve estar incluída no elenco indicado no art. 564 referido acima, o que não acontece na hipótese. EDUARDO ESPINOLA FILHO (Código de Processo Penal Anotado, v. 2, p. 558, Borsoi, 3ª edição, 1955) diz "que, porém, a falta de exame dos instrumentos do crime não constitui nulidade — eis um ponto assente".

A interpretação do art. 175 acima transcrito deve atender ao sentido finalístico da norma e indicado expressamente no texto. Tem a perícia o fim de verificar através de técnicos, "a natureza e a eficiência", na hipótese, da arma. Pois este aspecto teleológico, emergente da regra processual, é que torna sem explicação a perícia em um revólver ou num facão, cuja natureza e eficiência são constatáveis por qualquer leigo e desnecessitam de peritos para afirmá-las. Assim, a perícia, na contravenção do porte de arma, se justifica unicamente quando há dúvida se se trata de arma, quanto à sua natureza, e se há, ou não, capacidade ofensiva, que é a eficiência, normal ou extraordinária. Na hipótese de serem induvidosas tais qualidades, o exame pericial não teria sentido prático.

A jurisprudência assim tem entendido. Na apelação-crime n. 5.967, a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. TOLEDO DE ASSUMPÇÃO, disse que "o exame pericial da arma, para comprovação da contravenção do art. 19, só é indeclinável quando duvidosa a sua eficácia ofensiva" (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 397, p. 279). Em outra apelação-crime, de n. 27.341, disse a mesma 1ª Câmara, rel. DÍNIO GARCIA, que "não sendo duvidosa a eficácia ofensiva da arma, dispensável é o exame pericial para a configuração do porte" (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 430, p. 399).

Assim, havendo dúvida sobre qualquer das qualidades supra, seja quanto à sua natureza ou seja no referente à sua eficiência, a perícia é de ser deferida. Contudo, sua falta, como já vimos, não importa em nulidade do feito. Pode e deve, isto sim, enfraquecer a prova, sustentáculo de uma condenação. A tal conclusão chegou uma antiga decisão do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, de 10 de janeiro de 1944, e citada por E. ESPINOLA FILHO (opus cit., p. 558), ao dizer que a falta de apreensão e, conseqüentemente, do exame pericial da arma, "poderá enfraquecer a prova contra o acusado (paciente), mas não constitui motivo para em habeas-corpus ser decretada a nulidade do processo..." Terá repercussão, como se vê, para se entender se o instrumento é, ou

não, arma no conceito legal. Inexistente perícia e permanecendo a dúvida sobre sua natureza e eficiência, há dúvida sobre a própria prática contravencional e se imporá a absolvição. Dentro deste esquema pragmático é que se desenvolve a necessidade, ou não, de perícia na contravenção do porte de arma.

5. Norma consuntiva

Em outro trabalho, sustentamos que “na consunção, o princípio é de que a *lex consumens derogat legi consumptae* e, notadamente, havendo, como há, uma relação entre as normas penais, de *minus* e *plus*, se prefere a de maior gravidade, absorvida que fica a menor por aquela” (Eficácia da Lei Penal, in REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 449, p. 320/343). E nos apoiamos na opinião de NELSON HUNGRIA (Comentários ao Código Penal, v. 1, p. 121, Ed. Revista Forense) que diz: “Finalmente, uma norma se deve reconhecer consumida por outra quando o crime previsto por aquela não passa de uma *fase de realização* do crime previsto por esta, ou é uma necessária ou normal forma de transição para o último”. Assim entendido e havendo uma relação de *minus* e *plus* em que apareçam uma ou mais contravenções, o princípio da consunção deve ser aplicado.

Os tribunais têm decidido diversos casos, com aplicação objetiva da regra consuntiva, quer entre contravenções em si quer entre contravenções e crimes. Na apelação-crime n. 60.031, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, rel. MACHADO ALVIM, decidiu que “a contravenção do art. 28 da Lei das Contravenções Penais absorve a do seu art. 19” (REVISTA FORENSE, v. 227, p. 318). Da mesma forma, na apelação-crime n. 16, da 1ª Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, rel. AGOSTINHO DE OLIVEIRA JÚNIOR, foi dito que “a contravenção de disparo na via pública absorve a do porte de arma, aplicando-se o princípio de que a pena maior absorve a menor” (REVISTA FORENSE, v. 212, p. 387). O Tribunal de Justiça de nosso Estado tem idêntica orientação. Na apelação-crime n. 2.978, a 3ª Câmara Criminal, rel. des. LÍVIO DA FONSECA PRATES, prelecionou que “contravenção do porte ilegal de arma e disparo de arma de fogo. Absorção daquela por esta segunda infração” (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRS, v. 9, p. 109). A 2ª Câmara Criminal, na apelação-crime n. 3.635, rel. des. PAULO MEDEIROS, disse que “a contravenção de disparo de arma de fogo, por mais grave, absorve a de porte ilegal de arma” (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRS, v. 10, p. 107).

Não há sentido unísono, entretanto, nesta orientação. Na apelação-crime n. 53.155, a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. DÍNIO GARCIA, se orientou em direção contrária, ao dizer que “desde que as contravenções de porte de arma e de disparo de arma de fogo são independentes, desde que a última subsiste ainda que não ocorra a primeira, não há como falar em absorção daquela por esta” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 454, p. 399). Data vênua, a razão invocada de que o disparo de arma de fogo pode existir sem o porte ilegal de arma, o que é uma realidade fática, ao contrário do que diz o v. acórdão, garante que, na hipótese, se trata de consunção e não de aplicação do princípio de subsidiariedade. A lição de HUNGRIA (opus cit., p. 121), ao tratar da consunção, ensina que “os fatos, aqui, também não se acham em relação de *species* e *genus*, mas de *minus* e *plus*, de parte a todo, de meio a fim”, sendo que a infração anterior “serve, necessária ou normalmente, de *meio* para cometer” a infração posterior.

Quanto à absorção da contravenção pelo crime subsequente, a jurisprudência é tranqüila. No recurso-crime n. 101.288, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. GOULART SOBRINHO, decidiu que “tendo servido a arma para a execução de crimes, não há se falar na contravenção do art. 19 da respectiva lei, face à regra da consunção, segundo a qual *major absorvet minorem*” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 415, p. 96). Identicamente, no recurso-crime n. 111.189, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. des. CARVALHO FILHO, de maneira mais fundamentada, disse que “na hipótese de delito, a contravenção do art. 19 da respectiva lei desaparece se o resultado da infração vem a ser capitulado no Código Penal. É que, tratando-se de contravenção de perigo, se este se consubstancia num dano real, concreto, previsto na lei penal, o crime absorve a espécie contravencional” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 434, p. 356). De maneira específica, foi dito, na apelação-crime n. 269, pela 3ª Câmara Criminal de nosso Tribunal de Justiça, rel. LÍVIO DA FONSECA PRATES, que “a contravenção do porte ilegal de arma é absorvida pelo crime de lesões corporais” (REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TJRGS, v. 8, p. 110). E, no recurso-crime n. 101.069, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. des. HOEPPNER DUTRA, afirmou: “Homicídio qualificado — Tentativa — Pretendida inclusão, também, na pronúncia, da contravenção do porte de arma — Inadmissibilidade — O crime previsto pela norma consuntiva nada mais é do que uma etapa mais avançada no cometimento do malefício e, destarte, o maior absorve o menor” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 412, p. 117).

6. Perda da arma

Embora o art. 1º da Lei das Contravenções Penais mande se aplicarem, à lei especial, as regras gerais do Código Penal, há intensa discussão sobre a aplicação, ou não, às infrações contravençionais, do art. 74 do aludido Código, que determina a perda, em favor da União, dos instrumentos do crime, ressalvado o direito de boa fé ou do lesado. Decisões, por exemplo, negam esta possibilidade. Assim, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, rel. MANOEL PEDRO, na apelação-crime n. 47.117, decidiu que “sem embargo do que dispõe o art. 1º da Lei das Contravenções Penais, a expressão crime empregada na redação do art. 74, n. 2, do Código Penal é restritiva e não pode ser entendida no sentido de infração penal abrangente também das contravenções” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 378, p. 307). Do mesmo sentir, a decisão da 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, rel. RICARDO COUTO, na apelação-crime n. 6.215, ao dizer que “o confisco da arma só tem cabimento na hipótese de crime, não se aplicando às contravenções” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 398, p. 293). Identicamente, o acórdão lavrado, pela mesma 3ª Câmara, rel. RICARDO COUTO, na apelação-crime n. 50.701, que diz que “o confisco de arma só se justifica quando se trata de instrumento de crime e não de contravenção” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 442, p. 455).

Em sentido contrário, pela permissibilidade do confisco, existem, também, decisões. A 2ª Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, rel. SILVIO LEMOS, na apelação-crime n. 1.113, decidiu que o confisco da arma, nas contravenções do porte de arma, “é consequência da condenação e medida de segurança” (REVISTA FORENSE, v. 225, p. 341). A Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, rel. BENITO AUGUSTO TIEZZI, na apelação-crime n. 2.845, disse que “a condenação do réu, por porte de arma, impõe a aplicação obrigatória do art. 74, n. 2, “a”, do Código Penal, perdendo ele, em favor da União, por necessário confisco, a arma do crime, cujo porte irregular constitui fato ilícito” (REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 452, p. 419). Nosso Tribunal de Alçada, através de sua Câmara Criminal, na apelação-crime n. 682, rel. SEBASTIÃO ADROALDO PEREIRA, decidiu que há o “confisco da arma utilizada pelo imputado, nos termos do art. 74, inc. 2, letra “a”, do Código Penal, combinado com o art. 1º da Lei das Contravenções Penais” (JULGADOS DO TARGS, v. 0 (zero), p. 62).

Comungamos com a posição jurisprudencial permissiva do confisco. As regras gerais do Código Penal, onde se encontra o aludido art. 74, se aplicam, por determinação legal, às contravenções penais. Ora, o porte da arma, sem licença de autoridade, cons-

titui fato ilícito e, por isso, há base para o confisco, o que, sendo efeito da condenação, é consequência obrigatória desta. A circunstância do art. 74 do Código Penal falar em *crime* é explicável. Se o Código Penal não trata das contravenções, nestas não poderia falar. Contudo, tal norma penal se lhes aplica por determinação do art. 1º da lei especial respectiva.