
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA ATIPICIDADE DA ARMA DE FOGO DESMUNICIADA: A
INCONSTITUCIONALIDADE DA SUPER ANTECIPAÇÃO DA
PUNIÇÃO**

Guilherme Rodrigues Batalini

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA ATIPICIDADE DA ARMA DE FOGO DESMUNICIADA: A
INCONSTITUCIONALIDADE DA SUPER ANTECIPAÇÃO DA
PUNIÇÃO**

Guilherme Rodrigues Batalini

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2012

DA ATIPICIDADE DA ARMA DE FOGO DESMUNICIADA: A INCONSTITUCIONALIDADE DA SUPER ANTECIPAÇÃO DA PUNIÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Rodrigo Lemos Arteiro

Florestan Rodrigo do Prado

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2012.

*Não se pode erguer a cabeça sobre os homens,
sem antes tê-la baixado sobre os livros.*

Rui Barbosa.

*Aos meus pais, Sérgio e Auricélia, meus
melhores amigos, por todo o apoio e confiança
incondicionais, e, principalmente, por me
ensinarem que a vida é única e muito rápida, e
que não comporta rascunhos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, professor e amigo, Marcus Vinicius, pela paciência, pela compreensão e pelos conselhos, sem ele este trabalho não teria se realizado.

Agradeço à minha mãe, pela preocupação, pelo amor, carinho e compreensão, e pelas horas de conversa. Agradeço ao meu pai, pela amizade mais verdadeira e por sempre me instigar, cada vez mais, me mostrando sempre que posso e devo ir mais longe.

RESUMO

Este trabalho busca, inicialmente, debater a questão da tipicidade ou atipicidade da conduta de portar arma de fogo sem a respectiva munição, ou mesmo da munição ou acessório, mas desacompanhados arma de fogo. Neste trabalho foram utilizadas técnicas de pesquisa, comparação, indução e dedução, através das quais buscamos nos valer de princípios consagrados no ordenamento jurídico pátrio e internacional para fundamentar a corrente defendida. Foi realizada também a análise de casos concretos, trazendo jurisprudência atual e antiga dos principais tribunais nacionais. O estudo foca-se no nascedouro da questão, debatendo, principalmente, os limites do direito penal e do legislador penal ao criminalizar determinadas condutas, bem como do julgador e do intérprete do direito em geral, quando realiza o juízo de tipicidade destas, de modo que, ao final, concluímos pela desnecessidade da punição a título criminal das condutas de porte de arma, acessório ou munição em separado, tendo em vista a ausência de real ofensividade na conduta, e como fundamento os princípios limitadores do direito penal, que vedam essa super antecipação punitiva que vem ocorrendo recentemente na sociedade mundial, e, especialmente na brasileira, no escopo principal de eliminar todos e quaisquer riscos sociais, criando, assim, o que se convencionou chamar de sociedade do medo. Ao final foi concluído que a mera punição administrativa para estes casos seria o ideal, respeitando, assim, os princípios limitadores do direito penal e atendendo ao critério da proporcionalidade, protegendo o bem tutelado sem excesso ou abuso.

Palavras-chave: Arma. Acessório. Munição. Teoria constitucional do delito. Princípio da ofensividade. Sociedade do medo. Vorkfeldkriminalisierung. Proporcionalidade. Atipicidade Material.

ABSTRACT

This work tries, initially, debate the question of typicity or atypicality of the conduct of carry a fire gun without the respective ammunition, or even the ammunition or accessory, but without a fire gun. On this work were used techniques of searching, comparing, induction and deduction, thought wich we searched to use of consecrated principles on the native and international regulatory system, to justify the defended thinking line. It was also made an analysis of concrete cases, bringing actual and old jurisprudence of the manly national courts. This study focus on the origin of the question, debating, at most, the boundaries of the criminal laws and of the criminal law maker when they criminalizate some conducts, and also the limits of the judge or the law interpreter, when they make the typicity judgment of those. In the end we concluded that is unnecessary to punish criminally these conducts of carrying fire gun, accessory or ammunition disunited, having in view the absence of real offensivity on the conduct, and as foundation the limiters principles of the penal law, who forbid that super anticipation of punishment that is recently occurring on worldwide and especially Brazilian society, with the manly scope of eliminate all the social risks, creating, by this way, what we stipulated to call the fear society. In the end was concluded that the simple administrative sanction on that cases would be ideal, respecting the limiters principles of criminal law and attending to the proporcionality wisdom, protecting the defended juridical well without excess or abuse.

Keywords: Fire gun. Amunition or accessory. Constitutional theory of the delict. Principle of offensivity. Fear Society. Proporcionality. Material atipicity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	100
2 BREVE HISTÓRICO SOBRE AS ARMAS DE FOGO	12
3 DA LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA NO BRASIL	17
3.1 Ordenações Filipinas	17
3.2 Código Criminal do Império de 1830	18
3.3 Código Penal de 1890	18
3.4 Decreto nº 6.911/35	19
3.5 Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei nº 3.688/41	19
3.6 Lei nº 9.437/97	20
3.7 Do SINARM	22
3.8 Lei 10.826/03	23
3.8.1 Da posse da arma de fogo	26
3.8.2 Do porte da arma de fogo	28
3.8.3 Arma, acessório e munição	30
4 DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA PÚBLICA	34
5 DA ARMA DE FOGO DESMUNICIADA	37
6 DOS CRIMES DE ARMA DE FOGO COMO CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	40
6.1 Dos Crimes de Perigo e dos Crimes de Dano	40
6.2 Dos Crimes de Perigo Abstrato e de Perigo Concreto	44
6.3 Da Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato	45
7 DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	51

7.1 Critérios Para Aplicação da Insignificância _____	57
7.2 Insignificância Penal e Intervenção Mínima nos Crimes de Arma de Fogo ____	60
8 DO DIREITO PENAL DA OFENSIVIDADE _____	63
8.1 Conceito _____	64
8.2 Da Teoria Constitucionalista do Delito _____	69
8.3 Da Dupla Aplicação do Princípio da Ofensividade _____	70
8.4 Da Lesividade no Direito Comparado _____	72
8.5 Ofensividade Versus Periculosidade _____	74
8.6 Da Ofensividade do Porte de Arma de Fogo e da Atipicidade Material da Conduta _____	76
9 DA ANTECIPAÇÃO DA PUNIÇÃO _____	79
9.1 Da Sociedade do Risco _____	79
9.2 Da Publicidade dos Riscos: Os Efeitos da Mídia na Sociedade do Medo ____	84
9.3 Da Abstrativização dos Bens Jurídicos _____	87
9.3.1 Da sensibilidade dos bens jurídicos _____	88
9.4 Do Direito Penal Simbólico _____	92
9.5 Da Antecipação e da Superantecipação da Punição _____	96
9.6 Do Postulado da Proporcionalidade _____	99
9.7 Do Abuso do Direito de Punir _____	101
CONCLUSÃO _____	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	114

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo trataremos sobre um tema que vem gerando muita polêmica na doutrina e na jurisprudência nacionais. Trata-se de debate quanto à tipicidade ou atipicidade da conduta de quem possui ou porta arma de fogo, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, mas sem a respectiva munição, ou mesmo de quem possui ou porta a munição ou acessório desacompanhado de arma de fogo.

O tema é polêmico devido à grande pletera de situações fáticas que podem vir a ocorrer ao redor deste. Como se sabe, as armas de fogo hoje são comuns em nosso país, e a grande maioria destas, infelizmente, a título irregular, o que acaba por gerar enorme insegurança em toda a população, que já vive tão assombrada com o crescente aumento da criminalidade.

O debate quanto à tipicidade ou atipicidade da conduta gera celeuma na doutrina e na jurisprudência, havendo divergências até mesmo entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Como veremos, muito embora haja uma corrente majoritária que entenda pela tipicidade da conduta, tendo em vista sua natureza de crime de mera conduta e de perigo abstrato, o tema está longe de ser pacificado, tendo em vista os fortíssimos argumentos que militam a favor da atipicidade da conduta.

A verdade é que o tema envolve diversos fatores, como princípios constitucionais limitadores da atuação do Direito penal, Direitos e garantias fundamentais, Direito de punir do Estado, política criminal, comunicação das fontes do Direito e até mesmo certo abuso do Direito de punir por parte do Estado, de modo que, o que pretendemos, no decorrer de nosso humilde estudo é traçar algumas linhas e argumentos a respeito do tema, realizando uma evolução histórica fática e jurídica, explorando os temas sob uma ótica mais constitucionalista e fundamentalista.

Veremos, então, como surgiram as armas de fogo e como estas foram regulamentadas ao longo dos anos em nosso país, qual a natureza da atual Lei que regulamenta o Direito de propriedade, posse e porte de armas de fogo, quais os

requisitos para tanto e quais as penas para quem não obedece tais requisitos. Analisaremos, também, os princípios constitucionais que margeiam os crimes definidos nesta Lei, bem como os fatores que levaram o poder judiciário a entender – equivocadamente, pensamos – ser típica a conduta de quem possui ou porta arma de fogo sem munição.

Ao final, após a análise de todos estes fatores, concluiremos mesclando-os e tentando alcançar o verdadeiro significado dos princípios constitucionais que rondam o tema e compreender os limites do Direito de punir do Estado na situação em debate, e como este – o Estado - jamais pode ferir Direitos fundamentais da pessoa humana, Direitos estes que prescindem até mesmo o Direito positivado em si, sem justíssimo motivo.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE AS ARMAS DE FOGO

Desde os tempos mais antigos o homem se utiliza de armas para sua defesa e de seu bando, de sua família. O que tem mudado e evoluído muito com o decorrer do tempo é a natureza e a sofisticação dessas armas, bem como a forma como são utilizadas.

Inicialmente, o homem tinha como mecanismo de defesa apenas as armas que lhe haviam sido conferidas pela natureza, tais como suas garras, seus dentes, seus punhos e eventualmente paus e pedras, que eram utilizados sem qualquer perícia, para ofender a integridade do inimigo, seja qual fosse este. Nesse período o homem acabava por ficar em posição de desvantagem no duelo com os outros animais, que muitas vezes possuíam maior força e armas naturais mais bem moldadas pela natureza. Porém, esta também conferiu ao bicho homem uma arma que não conferiu a qualquer outro animal, uma capaz de sobrepujar todas as demais: o poder de raciocinar, pensar, e evoluir a partir deste raciocínio, e foi justamente esta a arma que fez com que o ser humano fosse capaz de criar armas próprias, muito além daquelas conferidas naturalmente.

Com o aumento da população mundial, o homem passou a conviver em grupos cada vez maiores, havendo uma crescente necessidade de busca por comida, água e demais recursos naturais, bem como o confronto frequente com outros grupos humanos, na disputa por território, alimento e demais recursos. É nesse momento que surge, também, a necessidade de o homem aprimorar seu potencial ofensivo, sofisticando cada vez mais suas armas. Tem início, então, uma fase na qual o ser humano começa a busca pelo desenvolvimento bélico, o período neolítico, que ficou conhecido como “era da pedra lascada”, justamente porque foi quando se passou a utilizar de pedras lascadas, galhos afiados e demais instrumentos como armas.

A partir daí a humanidade percebeu que as armas que eram produzidas por suas mãos eram muito mais eficazes que aquelas que lhes haviam sido conferidas naturalmente. Com essa ideia em mente, o homem passou a desenvolver armas cada vez mais e mais sofisticadas, se valendo de novas técnicas

e métodos que vinham sendo constantemente aperfeiçoados. Nesse período houve um aumento considerável na população mundial, até mesmo porque o homem conseguia dominar mais territórios, prover mais alimentos, e, em consequência, os grupos suportavam mais integrantes.

Logo após a idade da pedra lascada (período neolítico), o homem descobriu que poderia utilizar-se de metais para a fabricação de suas armas, conferindo-lhes maior ofensividade e potencial danoso, dando azo à invenção de diversas armas como hoje as conhecemos, tais como facas, punhais, espadas e lanças e etc. Esse período, que ficou marcado pela vasta utilização de metais, não apenas no fabrico de armas, mas também em diversos outros setores, ficou conhecido como a “era do cobre”. Essa fase do desenvolvimento humano em particular tem especial importância para nosso estudo sobre a origem e o desenvolvimento histórico das armas de fogo, pois é a partir daí que o homem adquire a capacidade de dobrar o metal, fazendo surgir dele as formas que lhe convinham.

Seguindo a idade do cobre veio a “era do bronze”, quando novos metais vinham sendo descobertos e utilizados com maior maestria, tornando cada vez mais eficazes as armas até então utilizadas. Durante esse período houve um significativo aperfeiçoamento no processo de fabricação das armas, que se tornaram mais eficientes e foram produzidas em maior escala, em virtude das novas tecnologias empregadas.

Até então todas essas armas, para que pudessem produzir seus efeitos, necessitavam única e exclusivamente de energia mecânica, força advinda de seu portador, o homem. Nesse momento todas as armas empregadas ainda eram suficientes para auxiliar o homem na busca por recursos naturais e para defendê-lo de animais e mesmo de outros homens, porém, estas eram dotadas de pouca complexidade, e exigiam grande esforço físico do homem para seu maior desempenho, de forma que as armas não passavam de uma extensão do corpo de cada homem, e apenas eram tão fortes quando aqueles que as manuseavam.

Passou-se um bom tempo desde então, tempo no qual a humanidade valia-se apenas das “armas brancas” para defender-se e alcançar seus interesses, até que, na China, durante o período da Dinastia Han (por volta do século IX d.c) (TEIXEIRA, 2001, p. 16), alguns alquimistas que realizavam pesquisas em busca do

“elixir da longa vida” (poção, ou bebida que conferiria a vida eterna, ou uma longevidade fora do comum àquele que o consumisse), acabaram por descobrir uma combinação de elementos que, quando em contato com o fogo, gerava combustão. A essa combinação deu-se o nome de pólvora.

A pólvora foi usada pelos chineses, inicialmente, para criar os fogos de artifício, que não passavam de adornos, de uma forma de embelezar os céus com uma explosão de cores cintilantes. Por volta do século X a pólvora passou a ser utilizada também para fins militares, quando os chineses perceberam que aquela combustão gerada do encontro da pólvora com o fogo poderia ser utilizada para gerar danos, para destruir.

A partir desse momento, essa tecnologia passou a ser cada vez mais e mais aprimorada, e foi sendo levada para outros lugares do mundo, onde recebeu também o toque de cada nação que a desenvolveu, surgindo aí também armas que empregavam a combustão gerada pela pólvora para lançar projéteis, tais como os canhões e, em menor escala, os rifles, pistolas e revólveres, que surgiram como uma forma de tornar mais portáteis as armas de fogo. Conforme o tempo passava, o homem cada vez mais abrilhantava sua obra bélica, criando armas cada vez mais potentes e que exigiam menos esforço para sua ativação.

A esse novo tipo de arma, que lançava projéteis a longa distância, e com alto potencial destrutivo através da combustão causada pela pólvora deu-se o nome de arma de fogo. Arma de fogo seria, então, todo objeto, que tem a capacidade de lançar projéteis a determinada distância, utilizando-se da expansão dos gases localizados em sua câmara, expansão essa que se dá através de uma pequena explosão, realizada por meio da pólvora.

Com o passar dos anos e com a tecnologia chinesa já impregnada no mundo todo, diversas nações passaram a fabricar suas próprias armas de fogo, de forma que cada povo conferia às suas armas peculiaridades próprias e características inconfundíveis. Passados anos e incorporadas novas tecnologias às armas de fogo, elas passaram a ser dotadas de mais precisão, agilidade e potência, passando a ser fabricadas em diversos modelos, como pistolas, revólveres, espingardas, fuzis, garruchas, e etc.

Indiscutivelmente, uma das maiores inovações a título de armas de fogo, e que as tornou como as conhecemos hoje foi a invenção das armas automáticas e semi-automáticas. A arma automática possui um potencial danoso infinitamente maior, uma vez que com apenas um apertado do gatilho ela dispara projéteis de maneira ininterrupta até que se tenha esgotado toda a sua munição. A arma semi-automática, por sua vez, tem a capacidade de realizar diversos disparos sem que seja necessário recarregar ou mesmo engatilhá-la, entretanto, nestas, deve-se pressionar novamente o gatilho para cada novo disparo pretendido.

Com a nova tecnologia das armas automáticas, se desenvolveu também uma das armas mais letais e avassaladoras até hoje conhecidas pelo homem, a metralhadora. O primeiro modelo de patente da metralhadora de que se tem notícia é o desenvolvido por Richard Gatling, em 1862. Essa arma, que possuía seis canos com 14,66mm, era capaz de disparar cerca de 200 tiros por minuto, e mudou inteiramente a maneira de se fazer guerra. (ONÇA, 2006).

Outra potente arma, que foi consideravelmente atualizada e potencializada durante a Segunda Guerra Mundial é o canhão. Nesse período, os alemães chegaram a desenvolver uma arma que pesava mais de mil toneladas e disparava granadas a até 250 quilômetros de distância, e com precisão considerável. (TEIXEIRA, 2001, p. 17).

Todas essas armas e novas tecnologias nelas empregadas, sem sombra de dúvidas, foram muito destrutivas e letais, tendo sido de colossal valia a toda a raça humana, tanto para destruir quanto para proteger, entretanto, a mais poderosa das armas desenvolvidas pelo homem até então teve sua origem somente no advento da Segunda Guerra Mundial. Falamos da arma nuclear.

As armas nucleares são mecanismos de destruição em massa, que são, basicamente, uma grande explosão, gerada por uma liberação de energia, que se dá com a fissão de núcleos de átomos de diversas substâncias, justamente daí vem o nome *nuclear*. Tais armas possuem um poder de destruição em massa gigantesco, capaz de destruir cidades inteiras, e dizimar milhares de pessoas.

Desde então só se tem notícia de que armas nucleares tenham sido utilizadas durante a segunda grande guerra, sendo que o incidente mais conhecido foi o das duas bombas lançadas sobre as cidades japonesas de Hiroshima e

Nagasaki, bombardeio que resultou na rendição dos japoneses, e consequente vitória dos aliados, bem como mostrou ao mundo o potencial destrutivo das armas nucleares.

Hoje, por mais que existam armas já muito mais sofisticadas, como as armas nucleares, químicas e biológicas, as armas de fogo são ainda o meio destrutivo mais empregado em todo o globo terrestre, tanto em conflitos internos e externos, quanto no cotidiano do homem hodierno. As armas de fogo são muito utilizadas justamente por seu alto potencial destrutivo e a facilidade em as obter e manusear, estando presentes em todos os setores da sociedade moderna.

3 DA LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA NO BRASIL

O Brasil já esteve sob a vigência de diversas legislações no que toca ao tema de armas de fogo, passando por fases mais e menos rígidas quanto ao direito de porte e posse de armas de fogo, a qual passará a estudar a partir de agora.

3.1 Ordenações Filipinas

Legislação outorgada pelo Rei Filipe de Portugal, no período em que o Brasil ainda era colônia de Portugal, a regulamentação acima citada também surtia diversos efeitos no Brasil, indicando quem, e em quais condições poderia portar armas de fogo.

O Livro I, Título LVII das Ordenações Filipinas previa que uma série de oficiais da coroa, tais como escrivães, meirinhos e juízes deveriam, obrigatoriamente, portar consigo “couraças e capacete, lança e adaga”, afim de darem legítimo cumprimento ao que fosse determinado pela coroa.

Ainda referente às armas, o Livro V, Título LXXIX previa as punições para as pessoas que fossem pegas após o toque de recolher com armas. Essa legislação primitiva já trazia consigo a distinção entre armas de uso permitido e armas de uso restrito, como se pode observar pelo título LXXX do Livro V, que prevê qualquer armar que não for espada, punhal ou adaga será terminantemente proibida, não podendo ninguém portá-las, sob pena de perda da arma e pagamento de multa ou mesmo prisão (1603, s.p).

3.2 Código Criminal do Império de 1830

O Código Criminal do Império, outorgado em 16 de dezembro de 1830 trazia em seu título II, capítulo V a regulamentação quanto ao uso de armas defesas, prevendo em seu artigo 297 a pena de prisão de quinze a sessenta dias, e multa correspondente à metade do tempo, além da perda das armas para que usasse de armas ofensivas que fossem proibidas. Enquanto isso, o artigo 298 trazia norma de natureza evidentemente permissiva, ditando as pessoas que poderiam usar-se de armas sem incorrer nas penas do artigo 297, as quais eram os oficiais de justiça, os militares e qualquer pessoa que fosse autorizada pelo Juiz de Paz.

O artigo 299, por sua vez, prevê que as Câmaras Municipais teriam a competência legislativa para definir quais seriam as armas proibidas e em quais hipóteses os Juízes de Paz poderiam conferir autorização para seu uso, bem como quais seriam as armas lícitas, que poderiam ser portadas sem qualquer licença. O que se percebe é que, assim como a legislação atual, o Código Criminal de 1830 também era norma penal em branco, que deveria ser complementada pela regulamentação de cada município, que viria definindo quais armas seriam permitidas, e quais seriam restritas (1830, s.p).

3.3 Código Penal de 1890

Promulgado pelo General Manoel Deodoro da Fonseca em 11 de outubro de 1890, o código punia como contravenção penal o fato de estabelecer fabrica de armas sem a devida autorização (art. 377) e o fato de usar armas ofensivas sem a licença da autoridade policial (art. 378), trazendo também, no parágrafo único do artigo 378 norma permissiva que excetuava a regra do caput, ditando as pessoas que poderiam usar-se de armas com isenção de pena. (1890, s.p).

3.4 Decreto nº 6.911/35

Editado em 19 de janeiro de 1935, o referido decreto regulamentava a fiscalização de explosivos, armas e munições, prevendo a criação de uma delegacia especializada somente para a fiscalização de armas, explosivos e munições, trazendo as classificações de armas como proibidas, de guerra, de defesa ou de caça ou esporte, bem como sua definição.

Esse decreto foi a primeira regulamentação nacional a ditar taxativamente quais armas seriam proibidas e quais seriam permitidas, separando-as por classes, de acordo com suas finalidades e nível de periculosidade. Foi a primeira norma com um nível legislativo mais sofisticado, trazendo detalhes quanto ao uso das armas e a concessão de licença. Foi também a primeira norma a distinguir a posse do porte de arma de fogo, proibindo a posse sem a devida licença policial em seu artigo 31 e o porte sem a autorização em seu artigo 37. O decreto também trouxe em seu corpo (artigo 38) os requisitos para a concessão da licença pela autoridade policial (1935, s.p).

3.5 Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei nº 3.688/41

A Lei das contravenções penais é um Decreto-Lei - figura normativa já não existente em nosso ordenamento jurídico – que se encontra até hoje vigente, e veio para tipificar as condutas que seriam definidas como contravenções penais, espécie menos grave do gênero infração penal e tinha aplicação subsidiária à do Código Penal. A norma em comento revogou todas as disposições em contrário, estando submissa somente ao Código Penal, à época, o de 1940, que, por não trazer qualquer disposição referente às armas de fogo, permitiu que a Lei das Contravenções o fizesse. Dentre as contravenções previstas no dispositivo supra citado merecem destaque as previstas nos artigos 18 e 19, que punem

respectivamente a fabricação ou o comércio ilegal de arma ou munição e o porte de arma sem a devida licença.

Importante destacar que os referidos tipos penais falam apenas em “arma” não trazendo consigo a expressão “de fogo”, o que leva a crer que tais dispositivos seriam aplicáveis tanto à armas de fogo quanto às armas brancas. Hoje já existe grande discussão doutrinária quanto à aplicação destes dispositivos no que toca as armas brancas, tanto por não haver uma lista taxativa do que seriam armas brancas próprias ou impróprias e quais seriam alcançadas pelo tipo quanto por não haver, no Brasil, qualquer tipo de licença ou permissão para o porte de arma branca, mas não iremos dar nem mais um passo à frente nesta discussão, por não ser ela o foco de nosso estudo. Importante ressaltar que com relação às armas de fogo jamais houve qualquer dúvida quanto à aplicabilidade da Lei das Contravenções Penais.

3.6 Lei nº 9.437/97

Durante a década de noventa o mundo como um todo passou a se preocupar mais com o problema das armas de fogo, que eram cada vez mais difundidas e de fácil acesso, diversas entidades supra e internacionais passaram a realizar pesquisas e estudos sobre o tema. Tamanha foi a preocupação internacional no que toca o assunto armas de fogo, que a Organização das Nações Unidas desenvolveu uma série de programas, estudos e debates em âmbito internacional no intuito de demonstrar a premente necessidade de que todos os países tivessem um controle mais rígido e eficiente sobre suas armas de fogo. (GOMES e OLIVEIRA, 1999, p. 19/20).

O Brasil não ficou para trás. Uma série de estudos e pesquisas foram realizados, e chegou-se à conclusão de que deveria haver uma rígida fiscalização quanto às armas existentes no país, punindo-se com maior severidade aqueles que possuíssem ou portassem armas de fogo fora das hipóteses autorizadas.

O mecanismo utilizado para tamanha modificação legislativa foi a Lei nº 9.437, aprovada em 21 de fevereiro de 1997 que veio para “*estabelecer condições para o registro e para o porte de arma de fogo, definir crimes e conferir outras providências.*”. A nova norma diferenciou a posse do porte de arma de fogo, mas incluiu as duas condutas no mesmo tipo penal, o artigo 10 do dispositivo, que, como tipo misto alternativo, contava com 18 (dezoito) condutas típicas referentes às armas de fogo, quais sejam: “*possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo*”. Como se observa, o tipo é exaustivo, trazendo diversas condutas típicas em seu *caput*, e mais algumas em seus parágrafos e alíneas, diferente de como era na Lei das Contravenções Penais, na qual haviam apenas cinco verbos, que consistiam basicamente na porte, posse ou comércio de armas.

Importante frisar também que a pena para quem possuía ou portava arma de fogo, com o surgimento da Lei 9.437/97 aumentou consideravelmente, uma vez que na vigência da LCP a pena era de prisão simples de três meses a um ano, ou multa, enquanto que na nova Lei a pena passou a ser de detenção de um a dois anos e multa, ou seja, além de a quantidade da pena privativa de liberdade ter dobrado, esta passou a ser utilizada cumulativamente com a de multa, e não apenas alternativamente como era feito, não nos esquecendo de que o sistema para o cumprimento da pena privativa de liberdade deixou de ser o brando sistema da prisão simples e passou a ser o de detenção, que permite ao condenado chegar até mesmo ao regime fechado. Fica claro assim que houve um significativo enrijecimento na legislação pátria quanto ao tema.

A lei nova trouxe em seu corpo também as normas para o registro e o porte da arma de fogo, mas era norma penal em branco, que dependia de regulamentação externa para se completar, para trazer as definições de “arma de fogo de uso permitido” e “arma de fogo de uso restrito”, e é justamente nessa necessidade de regulamentação que surgiu, talvez o maior avanço trazido pela inovação legislativa em debate; para regulamentar as questões de registro e porte, identificar e classificar as armas e suas características e manter controle e fiscalização sobre todas as armas existentes no país, instituiu-se, por meio do artigo 1º da nova Lei de Armas, o Sistema Nacional de Armas, o SINARM.

3.7 Do SINARM

Como a intenção da nova Lei era criar um único órgão responsável por regulamentar, controlar e fiscalizar a posse o porte, o comércio e em geral todos os assuntos atinentes às armas de fogo, foi necessária a criação de um órgão no âmbito federal e com possibilidade de atuação em todo o território nacional, que deveria reunir todos os dados nacionais sobre o tema. O SINARM deveria, por exemplo, possuir o controle de todas as armas de fogo fabricadas nacionalmente, bem como de todas aquelas que, de qualquer forma, ingressaram no país, possuindo sua numeração, o nome de seu fabricante, seu calibre exato, o nome de seu proprietário e sua localização, elaborando e atualizando constantemente uma lista com todas estas informações e outras que fossem relevantes ao devido controle da circulação das armas de fogo no território nacional.

Segundo o estudo de Luiz Flavio Gomes e William Terra de Oliveira, o SINARM foi uma forma de o legislador, após compreender o nível de periculosidade que cercava as armas de fogo, obter um maior controle sobre as mesmas, vejamos:

A Lei 9.437/97 pretendeu disciplinar todas as matérias que envolvem as armas de fogo e, para tanto, criou novos institutos, controles e infrações penais. O próprio legislador passou a encarar as armas de fogo como verdadeiros *produtos controlados*, sobre os quais o Estado deve manter tutela. Para viabilizar esses controles, tornou-se necessária a criação de toda uma estrutura administrativa especial, corporificada e instrumentalizada por meio de um novo organismo denominado Sistema Nacional de Armas, ou simplesmente SINARM. (GOMES e OLIVEIRA, 1999, p. 20/21).

O artigo 2º da Lei trazia as competências do SINARM, que, de modo sintético eram identificar, classificar e registrar todas as armas nacionais quanto sua origem, sua propriedade e sua natureza, fiscalizar toda e qualquer transação envolvendo armas de fogo (não seria possível transacionar armas de fogo de qualquer forma sem a comunicação e autorização do SINARM), e informar todos esses dados às forças policiais através da integração dessas informações aos cadastros já realizados. Ainda hoje o SINARM é o órgão competente para conferir

registro e porte para armas de fogo, de forma que nenhuma arma é legal sem a devida autorização do SINARM.

O SINARM nada mais é do que um órgão regulamentador e fiscalizador, como o são tantos outros, como a ANATEL para as empresas de telefonia, a ANP para regulamentar a produção e o uso de petróleo, a ANVISA para regulamentação e fiscalização da vigilância sanitária, a ANCINE para o cinema, o SNT para os transplantes de órgãos, dentre tantos outros órgãos. Importante destacar que, assim como todos os órgãos acima listados, o Sistema Nacional de Armas, possui âmbito federal, e, por isso, está sob a jurisdição da Polícia Federal e sob coordenação do Ministério da Justiça.

Tal órgão está sob o âmbito do poder executivo, e tem a competência para editar normas e regulamentos, que terão força vinculante, e devem ser seguidos por todos os cidadãos, bem como órgãos dos demais poderes. O SINARM é, na verdade, uma ferramenta instituída pela Lei para que seja mais simples o controle das armas de fogo, uma vez que muitas das funções que antes eram do próprio legislador, ou mesmo da Polícia Civil, agora, são de competência deste órgão.

3.8 Lei 10.826/03

Sob o fundamento de inovação legislativa surge, em 22 de dezembro de 2003 a Lei de nº 10.826, o novo Estatuto do Desarmamento, que revogou por inteiro a Lei 9.437/97, trazendo em seu corpo uma série de inovações, tanto no âmbito administrativo quanto no criminal, a Lei foi considerada por unanimidade na doutrina e jurisprudência como um avanço.

Dentre as inovações no âmbito administrativo, a nova Lei conferiu novas competências ao SINARM, tais como a de cadastrar e fiscalizar a atuação de todos os armeiros, produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e comerciantes em geral, tendo também a competência de expedir a autorização para o exercício dessas atividades, que, por seu alto nível de periculosidade e em virtude da

proibição da posse e do porte sem registro é altamente restrita. A nova Lei trouxe também novas exigências e regulamentações sobre o registro e o porte de armas de fogo, que serão tratados em tópicos específicos.

No âmbito penal a Lei foi responsável por uma grande ampliação no número de crimes existentes, cindindo o antigo artigo 10 em outros novos artigos e criando, ainda, figuras típicas novas.

A posse e o porte de arma de fogo de uso permitido eram, agora, dois tipos distintos, com penas distintas, previstos especificamente nos artigos 12 e 14 do diploma repressivo. O artigo 13, por sua vez, trouxe uma nova figura típica, a omissão de cautela na guarda de arma de fogo, tipo omissivo próprio, que pune aquele que deixa de tomar as cautelas necessárias com a arma de fogo para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou incapaz se apodere desta. O artigo 15 também trouxe novo tipo penal, o do disparo de arma de fogo.

O artigo 16 pune mais severamente aquele que possui ou porta (indistintamente) arma de fogo de uso restrito sem a devida autorização, enquanto que os artigos 17 e 18 vieram para criminalizar respectivamente o comércio ilegal de armas de fogo e o tráfico internacional das mesmas.

Salta aos olhos a forma como a lei 10.826/03 tornou mais severas as penas para os crimes envolvendo armas de fogo, tipificando também novas condutas, antes atípicas, aperfeiçoando cada vez mais o sistema de controle, cadastro e fiscalização das armas de fogo no território nacional. A evolução legislativa no tocante ao tema há muito se fazia necessária, tendo em vista o crescente uso de armas de fogo cotidianamente, em virtude do baixo nível de repressão estatal a esse tipo de crime. O novo estatuto veio também com a missão de corrigir uma série de imperfeições legislativas existentes na norma anterior (Lei 9.437). O que se conclui é que a Lei 10.826 veio em boa hora, e trazendo em seu corpo os dispositivos que se faziam necessários para uma considerável melhora no controle das armas de fogo nas terras tupiniquins. Nesse sentido é o brilhante raciocínio de Guilherme de Souza Nucci:

Observou-se nos últimos dez anos, uma modificação essencial no quadro das leis de controle e repressão ao comércio e uso indevido de armas de fogo, com considerável melhora para a segurança pública. À época em que

portar uma arma de fogo, sem autorização legal, era considerada mera contravenção penal, vislumbrava-se uma situação caótica e havia crescente *popularização* do emprego de armas. Notava-se que a punição branda constituía um fator de incentivo a quem, embora cidadão honesto, resolvesse carregar ou manter em casa uma arma ilegal. Quantos não eram os crimes banais, cometidos em tolas discussões decorrentes de acidentes de trânsito, pelo emprego de arma de fogo? Incontáveis. A falsa aparência de segurança, de quem portava arma, várias vezes, terminava em tragédia pelo uso indevido do instrumento vulnerante em brigas de bar e em casas noturnas. Era preciso tomar uma providência no campo legislativo, o que ocorreu, primeiramente, em 1997, com a edição da Lei 9.347, transformando a contravenção de porte ilegal de arma de fogo em crime. Houve imperfeições na lei, que foi aprimorada pela edição do atual Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03). (2009, p. 78).

Quando de sua origem, o novo Estatuto do Desarmamento tinha uma proposta um tanto quanto ambiciosa: proibir de maneira interina o comércio de armas de fogo no Brasil. Por motivos óbvios o tema gerou polêmica e grandes discussões, ao ponto de decidir-se pela elaboração de um referendo, para que o povo decidisse se seria ou não aprovado o artigo 35 do estatuto, que trazia em seu texto a completa proibição de armas de fogo em território nacional. Entretanto, a ideia foi amplamente rejeitada pela população, de forma que não foi aprovado o artigo 35 do Estatuto de desarmamento, continuando a existir o comércio de armas de fogo no Brasil.

O que se conclui é que a atual legislação brasileira sobre as armas de fogo é suficiente para que haja o efetivo controle sobre o contingente armamentista nacional, bem como para reprimir os comerciantes e portadores de armas irregulares. Se sabe bem que a missão do Estatuto não é erradicar os crimes envolvendo armas de fogo, pois seria ingenuidade pensar que o criminoso que usa da arma para a prática delitativa a compra em estabelecimento devidamente autorizado e consegue o registro e o porte da mesma, mas ao menos tem sido suficiente para diminuir a quantidade de armas irregulares, punir com mais força os que se utilizam delas para fins ilícitos e facilitar o trabalho da polícia como um todo na repressão contra o uso indevido de armas de fogo.

3.8.1 Da posse da arma de fogo

Hoje, em nosso ordenamento jurídico, é crime *“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 que no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou responsável legal do estabelecimento ou empresa”*. É esse o texto do artigo 12 do Estatuto do desarmamento, que pune com pena de detenção, de 01 (um) a 03 (três) anos, e multa, aquele que possuir arma de fogo de uso permitido.

Importante destacar que este tipo penal se aplica somente àqueles que apenas possuem armas de fogo, sem portá-las. Possuir arma de fogo é ter ela sob seu controle e esfera de disponibilidade. Segundo o promotor paulista Renato 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”* (2009, p. 06). O tipo também criminaliza aquele que, por qualquer razão, mantém sob sua guarda, arma de uso permitido sem a devida autorização.

Convencionou-se que o porte de arma de fogo poderia se configurar, não apenas na residência do agente, mas também pacificou-se que a arma encontrada no local de trabalho do agente configura o crime de posse. Quanto à arma encontrada no veículo do agente, entretanto, a jurisprudência vem entendendo que, por mais que o veículo seja o meio com o qual este trabalha (como nos casos de táxi, ônibus e etc), a conduta que se caracteriza é a do porte, tendo em vista o transporte da arma. Nesse sentido:

PORTE DE ARMA DE FOGO - ARMA APREENDIDA NO INTERIOR DE VEÍCULO - TÁXI - CONFIGURADO - INAPLICÁVEL ANALOGIA EM RELAÇÃO AO LOCAL DE TRABALHO - Não se pode confundir posse de arma de fogo com o porte de arma de fogo, já que com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. O porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho. - O espírito do

Estatuto do Desarmamento, como o próprio nome diz, é desarmar. Assim, a melhor interpretação é a restritiva, pois visa a resguardar a segurança da população. - Não se pode estender ao automóvel a condição de local de trabalho, sendo o veículo mero instrumento para a realização do labor de taxista, razão pela qual fica impossibilitada a desclassificação do delito. - O local de trabalho, mencionado no art.12 da Lei nº 10.826/03, deve ser considerado como ponto fixo, não abarcando a figura do veículo de táxi, bem móvel que, por essência, encontra-se sempre em deslocamento. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.05.664134-3/001, Rel. Des.(a) Evandro Lopes da Costa Teixeira, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/09/2010, publicação da súmula em 06/10/2010).

Hoje, a regra em nosso ordenamento jurídico é que qualquer cidadão pode obter uma arma, desde atenda aos requisitos previstos em lei. O artigo 4º do Estatuto prevê que para adquirir arma de fogo o cidadão deverá declarar porque precisa possuir uma arma de fogo, além disso, deverá atender a uma série de requisitos, tais como a apresentação de certidão negativa de antecedentes criminais, um comprovante de ocupação lícita e residência certa e a comprovação de capacidade técnica e psicológica para o manuseio de arma de fogo.

O artigo 12 do Decreto nº 5.123/04, que regulamenta a Lei 10.826/03, dispondo sobre os requisitos para a compra, o registro e o porte de armas de fogo, traz em seu artigo 12, além das mesmas condições estabelecidas no artigo 4º da Lei 10.826, a necessidade de o candidato a proprietário de arma de fogo possuir, no mínimo, vinte e cinco anos de idade. O órgão competente para o deferimento ou indeferimento, e expedição da autorização de compra de arma é o SINARM.

Além de autorização para a compra, toda arma de fogo, exceto as obsoletas (que já não apresentam funcionamento), necessita, nos termos do artigo 3º do Estatuto e do art. 14 do Decreto 5.123 de um registro, registro esse que deverá conter dados identificadores da arma de fogo e de seu proprietário. O artigo 16 do decreto 5.123, bem como o artigo 5º da Lei 10.826 dispõe que o Certificado de Registro de Arma de Fogo (CRAF) será expedido pela Polícia Federal, e que permite a seu portador possuir arma de fogo em sua casa ou local de trabalho, desde que o possuidor seja o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

A alienação da arma de fogo por qualquer razão, seja a venda, doação, transmissão por herança, ou mesmo extravio deve ser comunicada de imediato à autoridade policial local, para que esta, por sua vez, comunique a Polícia Federal,

sob pena, inclusive, da prática de crime, se o extravio se der nas hipóteses do parágrafo único do artigo 13 da Lei 10.826.

3.8.2 Do porte da arma de fogo

A regra em nosso ordenamento jurídico é que é proibido o porte de arma de fogo no território brasileiro, salvo nas hipóteses excepcionais previstas em Lei especial ou nos dez incisos do artigo 6º da Lei 10.826. O porte de arma de fogo, diferente da posse, consiste em alguém levar consigo a arma. Damásio de Jesus define que o porte *“configura a ação de ter a arma de fogo ao seu alcance físico (nas mãos, vestes, maleta, pasta, pacote, etc). Trata-se de conduta típica permanente”*. (2005, p. 47).

O estatuto do desarmamento, em seu artigo 14, tipifica como criminoso o porte de arma de fogo, criminalizando, entretanto, um total de 13 (treze) verbos (portar; deter; adquirir; fornecer; receber; ter em depósito; transportar; ceder, ainda que gratuitamente; emprestar; remeter; empregar; manter sob sua guarda e ocultar), fazendo do artigo 14 do Estatuto um chamado tipo misto alternativo, uma vez que a prática de qualquer uma destas condutas com arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, configura a o ilícito previsto no artigo 14 do Estatuto.

Sobre a diferença entre a posse e o porte de arma de fogo, merece transcrição o trecho de uma decisão proferida pelo Ministro do STJ Felix Fischer:

Não se pode confundir posse de arma de fogo com o porte de arma de fogo. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. O porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho. (STJ. HC 53.144/PR. Rel: Min. Felix Fischer 5º Turma, julgamento: 26/05/2006).

O tipo fala em autorização, mas que autorização é essa a ser concedida para quem pretende portar arma de fogo? Trata-se do porte. O porte de

arma é um documento que autoriza seu possuidor a transitar com sua arma de fogo à seu alcance, e, como para portar a arma, o cidadão primeiro deve possuí-la, o porte prescinde o devido registro da arma.

O artigo 10 do estatuto dispõe que a autorização para o porte será concedida pela Polícia Federal, somente após a autorização do SINARM. Para a concessão dessa autorização, conforme estipula o artigo 10, §1º do Estatuto, o cidadão deve demonstrar a efetiva necessidade de portar a arma de fogo, bem como preencher todos os requisitos necessários para a aquisição da arma, além de, evidentemente, estar em uma das hipóteses legalmente previstas.

A autorização para o porte, por razões lógicas, é muito mais restrita de se conseguir e fácil de se perder do que a autorização para a compra e o registro. A autorização para o porte pode ser concedida com limitações temporal e territorial, de forma que pode-se conceder autorização para porte por apenas determinado período de tempo, ou apenas em determinada faixa territorial. Se for concedida a autorização com limitação temporal, findo o período da concessão o possuidor da arma pode pleitear nova autorização. Além disso, o §2º do artigo 10 da Lei 10.826 prevê que a autorização será tornada automaticamente ineficaz se seu portador for detido em estado de embriaguez ou sob o efeito de substâncias químicas ou alucinógenas.

Além das regras acima explicadas, tanto a Lei 10.826/03 quanto o decreto regulamentador nº 5.123/04 trazem uma série de outras normas para casos mais específicos quanto à concessão, uso e cassação da autorização para o porte de arma de fogo, além de que existem inúmeras outras questões a serem debatidas quanto ao tipo previsto no artigo 14 da Lei 10.826/03, entretanto, assim como no tópico da posse, nossa explanação será sintética, apenas para servir de ponte para o entendimento de nosso tema principal: o porte de arma de fogo desmuniada.

Importante, por fim, ressaltar, que o artigo 16 do mesmo estatuto faz referência também ao porte, mas este das armas de fogo de uso restrito das forças armadas e policiais.

3.8.3 Arma, acessório e munição

A Lei 10.826 faz nítida e clara diferenciação entre arma de fogo, acessório e munição. Os artigos 12, 14, 16, 17 e 18 trazem em seu texto as seguintes expressões “arma de fogo, acessório ou munição”, de maneira que a Lei os diferencia, porém, pune da mesma forma aquele que interage de maneira ilegal com qualquer dos três objetos.

O conceito de arma de fogo é conferido legalmente, pelo Decreto nº 3.665/2000 que dispõe em seu artigo 3º, XIII, que arma de fogo é *“arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil”*.

Dessa forma, há de se entender que a Lei 10.826 não tem nenhuma aplicabilidade sobre qualquer arma que não possua as características descritas no referido dispositivo legal, de forma que arco e flecha, besta, espingardas de pressão, armas de choque e tantas outras armas similares às de fogo não são encobertas pelo manto legal do Estatuto, aplicando-se para esses casos, subsidiariamente, o disposto no artigo 19 da Lei das Contravenções Penais.

Dentre as armas de fogo, temos de diferenciar, assim como faz a Lei, as de uso permitido das de uso restrito. As armas de fogo de uso permitido são, nos termos do artigo 10 do Decreto nº 5.123/04, aquelas que pessoas físicas ou jurídicas em geral podem utilizar, de acordo as normas do comando do Exército. As armas de fogo de uso permitido são aquelas que qualquer cidadão, possuindo a autorização para a compra e o registro, pode possuir.

A arma de fogo de uso restrito, em sentido contrário, é aquela que é *“de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do exército”*, conforme previsão do artigo 11 do mesmo Decreto regulamentador. Como

se percebe de uma simples leitura do dispositivo, estas, diferente das de uso permitido, somente podem ser adquiridas por algumas pessoas específicas, que devem estar previamente autorizadas pelo Comando do exército.

O acessório de arma também possui definição legal, contida no artigo 3º, II do Decreto 3.655/00, que prevê caracterizar acessório de arma qualquer artefato que, uma vez acoplado à arma de fogo, confira ao atirador a possibilidade de um melhor desempenho, possibilite a modificação de algum efeito secundário do tiro, ou mesmo a modifique de qualquer forma o aspecto visual da arma de fogo. Nesse sentido, pode-se entender como acessório qualquer objeto que se pode unir a arma de fogo e que lhe possibilitará maior eficiência ou modificação de sua aparência. Exemplos de acessórios comumente usados são a mira telescópica, o silenciador ou o remuniador.

O conceito de munição é fornecido legalmente, pelo artigo 3º, LXIV do Decreto nº 3.665/00, como sendo *“artefato completo, pronto para carregamento e disparo de uma arma, cujo efeito desejado pode ser: destruição, iluminação ou ocultamento do alvo; efeito moral sobre pessoal; exercício; manejo; outros efeitos especiais”*. Conceituada a munição, há de se atentar ao fato de que, somente se considera como tal, o artefato que está pronto para carregamento e disparo, ou seja, o projétil já completamente montado e apto a produzir os efeitos descritos na Lei. Nesse sentido, entendemos que, o cidadão que é pego, por exemplo, com pólvora e cartuchos vazios, se não houver indícios de que esteja fabricando ou comercializando ilegalmente munição, comete conduta atípica.

Muito embora os artigos 12, 14 e 16 façam diferença entre acessório e munição de uso permitido e de uso restrito, a Lei não traz qualquer definição ou diferenciação quanto a estes, ficando imbuída, portanto, a doutrina, de criar tal definição. O que se vem entendendo é que vale a regra geral aplicada às armas de fogo quanto ao uso permitido ou uso restrito, qual seja: “de uso permitido” é aquela cuja utilização é permitida a pessoas físicas ou jurídicas de maneira geral, de acordo com as normas do Exército, enquanto que “de uso restrito” é aquela que somente pode ser possuída pelas Forças Armadas, por instituições de segurança pública, ou por pessoas físicas ou jurídicas devidamente habilitadas, devendo todas ser previamente autorizadas pelo Exército.

Importante é essa diferenciação entre uso permitido e uso restrito, uma vez que aquele que estiver portando acessório de uso permitido, por exemplo, enquadra-se no tipo previsto no artigo 14 do Estatuto do Desarmamento, podendo ser penalizado com reclusão de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa, enquanto que aquele que porta acessório de uso restrito tem sua conduta subsumida no tipo disposto no artigo 16 da mesma Lei, podendo ser penalizado com reclusão de 03 (três) a 06 (seis) anos e multa.

Por fim, concluímos que os tipos penais de posse ou porte de arma de fogo de uso permitido ou restrito (arts. 12, 14 e 16), bem como os crimes de comércio ilegal (art. 17) e tráfico internacional de armas de fogo (art. 18) constituem tipos mistos alternativos, uma vez que aquele que praticar qualquer dos verbos descritos nos tipos, e com qualquer dos objetos materiais nele descritos (arma, acessório ou munição) estará incurso no respectivo tipo penal. A Lei pune com o mesmo rigor aquele que, por exemplo, porta arma, acessório, ou munição, cabendo ao magistrado, no momento da dosimetria penal, levando em consideração as circunstâncias do crime previstas no artigo 59 do Código Penal, sopesar a periculosidade da conduta e punir com maior ou menor rigor o fato. Não há que se punir com o mesmo rigor, por exemplo, aquele que carrega um rifle e aquele que carrega apenas um único projétil do mesmo calibre, muito embora estejam incursos no mesmo tipo penal.

Segundo esse mesmo entendimento, independente do número de armas acessórios ou munições que o requerido porte, por exemplo, não há que se falar em mais de um crime, sequer em crime continuado, uma vez que o tipo penal não se refere ao número de armas, acessórios ou munição, além do que, houve uma única conduta e uma singular lesão a um único bem jurídico, a segurança pública. Dessa forma também, aquele que porta uma arma, um acessório e uma munição, por exemplo, será punido por um único crime, o de porte de arma de fogo, de uso permitido ou restrito, dependendo da natureza do artefato. Nesse caso também, fica ao prudente critério do magistrado dosar a pena de acordo com a periculosidade da conduta praticada. Nesse sentido entende o STJ:

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE. TRANSPORTE DE VÁRIAS ARMAS DE FOGO DE GROSSO CALIBRE (7), ALÉM DE MUNIÇÕES E CARREGADORES. ART. 16 DA LEI 10.826/03.

CONFIGURAÇÃO DE CRIME ÚNICO. PRECEDENTES DA 5a. TURMA DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, TÃO-SOMENTE PARA AFASTAR O CONCURSO FORMAL E FIXAR A PENA DO PACIENTE EM 6 ANOS DE RECLUSÃO

(MÁXIMO LEGAL) E 120 DIAS MULTA, EM REGIME INICIAL FECHADO.

1. Segundo a jurisprudência da 5a. Turma deste STJ, o crime de porte de mais de uma arma de fogo, acessório ou munição não configura concurso formal ou material, mas crime único, se ocorrido no mesmo contexto, porque há uma única ação, com lesão de um único bem jurídico: a segurança coletiva. Precedentes: HC 105.910/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJU 28.10.08; HC 44.829/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 29.09.05; é fora de dúvida que a pluralidade de armas indica a prática de conduta de elevada periculosidade a justificar aumento de pena, mas não enseja a multiplicação de delitos, de sorte a se ter uma infração para cada arma portada.

2. O alto grau de potencialidade lesiva das armas transportadas, a quantidade de munições e acessórios (1 espingarda, 3 submetralhadoras, 1 carabina semi-automática, 1 fuzil semi-automático, 2 rifles semi-automáticos e 1 metralhadora, bem como mais de 2.000 munições de grosso calibre e carregadores), além de o crime ter sido praticado em plena luz do dia, são circunstâncias desfavoráveis suficientes para se fixar a pena base no máximo cominado (6 anos de reclusão), e o regime inicial fechado, não merecendo qualquer tipo de alteração.

3. Ordem parcialmente concedida, tão-somente para reconhecer a existência de crime único na hipótese e excluir da pena do paciente o acréscimo que decorrem do reconhecimento do concurso formal; a reprimenda corporal deverá ser resgatada em regime inicialmente fechado, apesar da pena fixada no mínimo legal, tendo em vista a fundamentação na sentença condenatória.” (STJ. HC 194697/SP. Rel: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. T5 – Quinta Turma. Julgamento: 14/06/2011).

Importante ressaltar, por fim, que para que se aplique o princípio da alternatividade, exige-se que as condutas estejam tipificadas no mesmo dispositivo, por exemplo, aquele que porta arma de fogo e raspa sua numeração, responderá por dois crimes diferentes, o artigo 14 *caput* e artigo 16, parágrafo único inciso II, uma vez que, nessa situação, existem condutas diversas, lesando por duas vezes bem jurídico penalmente tutelado.

Verifica-se, assim, que existe grande polêmica acerca dos tipos penais envolvendo as armas de fogo, mormente em virtude da complexidade dos tipos, que, para serem adequados, devem conter dados técnicos tanto das áreas específicas e administrativas que regulamentas as armas de fogo quanto da própria seara penal.

4 DA PROTEÇÃO À SEGURANÇA PÚBLICA

Há, até hoje, muita discussão na doutrina quando se trata da natureza jurídica dos crimes de arma de fogo. Há um consenso, entretanto, quanto ao bem jurídico tutelado por essa norma, a doutrina é unânime em dizer que quando se trata dos crimes previstos na Lei 10.826, o bem jurídico tutelado é a incolumidade pública.

Antes de qualquer coisa é necessário que se entenda o que é bem jurídico. Os doutrinadores em consenso entendem como fundamental o estudo do bem jurídico, uma vez que, de acordo com nosso ordenamento jurídico, o direito penal é a *ultima ratio* do Direito, e somente pode se despertar seu interesse quando houver lesão significativa a bem jurídico penalmente tutelado.

Após o estudo de diversos conceitos e definições de bem jurídico, chega-se à conclusão de que o mais completo e sintético seria o conferido por Francisco de Assis Toledo, que define bens jurídicos como “*valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou lesões efetivas*”. (1994, p. 127).

Entretanto, ainda no estudo de bem jurídico, é importante destacar a diferença existente entre bem jurídico e bem jurídico-penal. Bem jurídico, conforme acima explanado, é todo valor ao qual o direito oferece tutela; de maneira diversa, bem jurídico-penal é um valor ao qual, além do ordenamento jurídico em geral, o direito penal também oferece tutela. O direito penal, diferente do direito de maneira geral, se preocupa apenas com bens jurídicos mais significantes, como vida, patrimônio, integridade física, integridade moral, paz pública e etc., além de que, de acordo com os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, que regem o direito penal, e serão adequados a nosso estudo mais a frente, só despertam o interesse do direito penal lesões significativas a estes bens jurídicos, de forma que lesões não tão significativas são fatos atípicos penalmente, podendo ser solucionadas nas demais searas do ordenamento jurídico.

Dentre os bens jurídicos – ou bens jurídico-penais – acima citados, um dos mais relevantes à manutenção do Estado é a segurança pública. Nossa

Constituição Federal traz, no caput seu artigo 5º, um rol de cinco direitos fundamentais essenciais, que merecem especial tutela do direito, são esses: vida, liberdade, igualdade e segurança. Como nossa Lei Maior possui caráter programático, o legislador infraconstitucional deve criar normas para atender às demandas constitucionais.

Para conferir tutela à segurança, garantida constitucionalmente, o legislador editou uma série de leis penais que possuem como bem jurídico-penal tutelado a segurança pública. Como segurança pública não se deve entender a segurança de cada um dos indivíduos de uma sociedade, mas sim a segurança da sociedade em si, a segurança coletiva, de modo geral. Nesse sentido leciona o sempre elucidativo Damásio de Jesus:

A incolumidade pública não resulta, pois, da soma das garantias físicas individuais dos membros que compõem a coletividade. A locução se refere ao nível de segurança pública no que tange às relações sociais. Diz respeito ao estado (nível) de bem-estar físico da população no que respeita à circulação social. Realmente, o nível de segurança dos integrantes do corpo social é algo mais que a segurança física de cada um. Esse nível é garantido pela Constituição Federal e pela legislação ordinária. Cuida-se de interesse de relevante importância, uma vez que o cidadão, enquanto membro do corpo social, tem direito a um nível coletivo de segurança diferente da garantia individual. (2005, p. 10/11).

Ademais, proteger a incolumidade pública é conferir a toda a sociedade um nível de “macroproteção”, uma vez que, de maneira secundária e indireta, protege-se também os demais valores tutelados constitucionalmente, tais como a vida, a liberdade, o patrimônio, a paz pública, dentre outros.

O legislador infraconstitucional cumpriu com sua missão. Dentre as normas criadas para a proteção da segurança pública, talvez a que mereça maior destaque seja a que é objeto de nosso estudo, uma vez que a Lei 10.826 veio na tentativa de diminuir a facilidade de acesso da população em geral às armas de fogo, bem como de aumentar consideravelmente o nível de fiscalização e punição de quem possui arma de fogo sem autorização, buscando, pela via oblíqua, diminuir os crimes que eram praticados através do uso das armas de fogo, tais como roubos, seqüestros ou homicídios. O legislador tentou proteger a segurança pública, para,

com isso, proteger diversos outros bens jurídico-penais. A *ratio legis* é das mais nobres, e a Lei veio no momento certo.

5 DA ARMA DE FOGO DESMUNICIADA

Após a edição e entrada em vigor da Lei 10.826/03, uma série de situações fáticas passou a surgir e causar conflitos quanto à interpretação da Lei ou sua adequação à constituição, mesmo entre as grandes mentes do direito penal brasileiro. Questões polêmicas, e de difícil solução, tais como o debate quanto à tipicidade ou não do porte de arma de brinquedo; da arma de fogo que é inapta a produzir disparos, ou da munição ou arma que são obsoletas; armas que, embora portadas, estavam fora do alcance ou fora de acesso ao portador; a arma com finalidade meramente decorativa, ou que é tida como relíquia de família; a arma desmontada; o desconhecimento da lei; o porte por moradores de áreas rurais; e, por fim, a discussão que causou maior relevância e desconforto em todo o âmbito jurídico, a questão da arma de fogo desmuniçada, ou acessório ou munição, sem qualquer arma de fogo.

Quanto ao porte ou mesmo à simples posse de arma de fogo sem munição, a doutrina e a jurisprudência vêm se digladiando há certo tempo. Existem correntes com argumentos plausíveis e defendidas por pensadores de peso, tanto alegando a tipicidade, quanto a atipicidade da conduta.

Essencialmente existem duas correntes no que se refere ao tema, a primeira, que se vê majoritária entre a doutrina defende, em apertada síntese, que a arma de fogo, mesmo sem munição é de grande perigo para toda a sociedade, e, seu porte, por si só, já gera perigo, e, por isso, lesão efetiva à segurança pública, devendo se levar em consideração também o potencial amedrontador que possui uma arma de fogo, que é, por sua própria natureza, letal. Além disso, argumenta que os tipos previstos nos artigos 12, 14 e 16 do Estatuto referem-se separadamente à arma, acessório e munição, de forma que não se exige a presença de mais de um destes para que se configure o crime.

Essa corrente é amplamente defendida por nomes de peso dentro da doutrina, tais como Renato Flávio Marcão (2003, p. 74/77), Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 87), Roberto, Roberto Junior e Fabio Delmanto (2006, p. 640) e César Dario Mariano da Silva (2005, p. 95). Também existem posicionamentos

nesse sentido dentro do Superior Tribunal de Justiça (quinta turma), e do próprio Supremo Tribunal Federal (primeira turma), vejamos:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. POTENCIAL LESIVO DA ARMA COMPROVADA POR PROVA PERICIAL. TIPICIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Para configurar o crime de porte de arma de uso permitido, previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, mostra-se irrelevante o fato de a arma não conter munição.

2. O delito de porte ilegal de arma é considerado como de perigo abstrato, não sendo obrigatória a existência de um resultado naturalístico para que haja sua consumação.

3. A mera conduta de trazer consigo arma de fogo é suficiente para que a conduta seja considerada típica.

4. Ordem denegada. (STJ, HC 201714/MT. Rel: Min. Jorge Mussi. T5 – Quinta Turma. Julgamento: 04/10/2011).

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/2003). TIPO NÃO ABRANGIDO PELA ATIPICIDADE TEMPORÁRIA PREVISTA NOS ARTIGOS 30 E 32 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. VACATIO LEGIS ESPECIAL OU ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA RESTRITA À POSSE DE ARMA DE FOGO INTERIOR DE RESIDÊNCIA OU LOCAL DE TRABALHO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA OU PERIGO ABSTRATO. TUTELA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA PAZ SOCIAL. ORDEM DENEGADA. 1. A atipicidade temporária ou vacatio legis especial prevista nos artigos 30 e 32 da Lei nº 10.826/2003 restringe-se à posse de arma de fogo no interior de residência ou local de trabalho, não se aplicando ao crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da mesma Lei). Precedentes: HC 96383/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 15/4/2010; HC 93188/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 5/3/009; HC 94213/MG, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ de 5/2/09; HC 88291/GO, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 21/8/2008. 2. In casu, a denúncia formalizada contra o paciente narra que este detinha e transportava a arma em via pública, mais precisamente no interior de veículo automotor, tratando-se, portanto, de conduta em tese tipificada como porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei nº 10.826/2003), e não como posse, que se limita ao interior da residência ou do local de trabalho. 3. A conduta de portar arma de fogo desmuniada sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar configura o delito de porte ilegal previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, crime de mera conduta e de perigo abstrato. 4. Deveras, o delito de porte ilegal de arma de fogo tutela a segurança pública e a paz social, e não a incolumidade física, sendo irrelevante o fato de o armamento estar municiado ou não. Tanto é assim que a lei tipifica até mesmo o porte da munição, isoladamente. Precedentes: HC 104206/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/8/2010; HC 96072/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 8/4/2010; RHC 91553/DF, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJe de 20/8/2009. 5. Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada, cassada a liminar para que o processo retome o seu trâmite regular.”(STF, HC 88757/DF. Rel: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgamento: 06/09/2011).

Uma outra linha de pensamento, menos respaldada pela doutrina em geral, entretanto, de igual peso para todos os pensadores jurídicos nacionais e, inclusive, internacionais, entende que o porte da arma de fogo sem munição, muito embora seja conduta formal e, até mesmo, normativamente típica, é materialmente atípica, uma vez que sem que haja munição e arma juntos não há lesão, nem sequer potencialidade lesiva a qualquer bem jurídico penalmente tutelado, por isso, de acordo com os princípios da lesividade e da intervenção mínima do direito penal, não há que se falar em crime nessas hipóteses.

Uma outra linha de pensadores do direito penal defende esse posicionamento, tais como Damásio E. de Jesus (2005, p. 54) e Luiz Flávio Gomes (2004, s.p) – acesso em 07 de fev. de 2012). Existem, também, posicionamentos favoráveis a esta corrente de pensamento, tanto no STJ (sexta turma), quanto no STF (segunda turma), vejamos:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Na linha da orientação da Sexta Turma desta Corte, o fato de a arma de fogo estar desmuniçada afasta a tipicidade do delito de porte ilegal de arma de fogo.

2. Ordem concedida para, com base no art. 386, III, do CPP, absolver a paciente da acusação que lhe é dirigida por porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.” (STJ, HC 124907/MG. Rel: Min. Og Fernandes. T6 – Sexta Turma. Julgamento: 06/09/2011)

EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime. Arma de fogo. Porte ilegal. Arma desmuniçada, sem disponibilidade imediata de munição. Fato atípico. Falta de ofensividade. Atipicidade reconhecida. Absolvição. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 10 da Lei n° 9.437/97. Voto vencido. Porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, sem que o portador tenha disponibilidade imediata de munição, não configura o tipo previsto no art. 10 da Lei n° 9.437/97. (STF, HC 99449/MG. Rel: Min. Ellen Gracie e p/ acórdão Min. Cezar Peluso. Segunda Turma. Julgamento: 25/08/09).

De acordo com o acima explanado, o que se percebe é que nem doutrina nem jurisprudência pátrias chegaram a um consenso quanto ao tema em debate, e, justamente por isso, ele se mostra tão interessante e necessário. Nos próximos tópicos passaremos a estudar os princípios e linhas de pensamento que dão norte ao tema, para ao final concluir quanto à tipicidade ou não da conduta em discussão.

6 DOS CRIMES DE ARMA DE FOGO COMO CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Os crimes por nós debatidos são os previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei 10.826/03. Todos esses crimes são classificados pela doutrina, de maneira unânime, como crimes de perigo abstrato, uma vez que não exigem a ocorrência de ofensa efetiva a bem jurídico para sua configuração.

Essa característica dos citados crimes é argumento de força pela defesa da tipicidade do porte ou posse de arma de fogo desmuniada, de maneira que faz-se essencial que aqui esmiucemos essa característica, para que possamos compreender melhor o tema sob uma ótica técnica e conclusiva. Por essa razão, nosso próximo tópico é justamente sobre essa classificação.

6.1 Dos Crimes de Perigo e dos Crimes de Dano

A doutrina, de maneira muito diversificada, classifica e diferencia os crimes de diversas formas, para facilitar seu estudo, sua compreensão e sua aplicação prática. Por exemplo, quanto à existência de resultado naturalístico (aquele que é perceptível no mundo externo), os crimes são divididos em três: crimes materiais, nos quais existe necessariamente um resultado externo, que ocorre após a prática da conduta; os formais, nos quais é previsto o resultado externo pela lei, mas sua ocorrência não é exigida para a caracterização do tipo e os crimes de mera conduta, que não prevêm nem exigem qualquer resultado naturalístico; para a ocorrência do crime basta a prática da conduta.

A classificação criminológica que nos interessa para o debate e a verticalização de nosso tema é aquela criada através da diferenciação entre crimes de dano e crimes de perigo.

Para a compreensão dessa classificação é preciso que se compreenda que os crimes podem produzir dois tipos de resultados diferentes: o resultado naturalístico, que ocorre no mundo real, e o resultado jurídico, que ocorre somente no mundo ideal. Enquanto o resultado naturalístico se refere à lesão de coisas ou pessoas, o resultado jurídico da conduta equivale à lesão ou perigo de lesão a qualquer bem jurídico-penal.

Em um crime de homicídio, por exemplo, o resultado naturalístico que se espera é a morte do ofendido, que pode ser facilmente percebida no mundo externo, pelo uso dos sentidos, enquanto que o resultado jurídico existente é a extinção do bem jurídico vida, lesão essa que ocorre no plano ideal, do mundo jurídico. Nesse mesmo sentido, quando ocorre o crime de furto, por exemplo, o resultado externo é a subtração da coisa, enquanto que o resultado jurídico é a lesão ao patrimônio da vítima.

Importante que se ressalte que o resultado jurídico (perceptível no mundo jurídico apenas) é, nada mais nada menos, do que a manifestação jurídica do resultado naturalístico, da modificação externa do mundo (perceptível no mundo real, pelos sentidos), ou seja, o resultado jurídico é corolário e consequência lógica da ocorrência do resultado naturalístico. Sempre que houver resultado naturalístico haverá um resultado jurídico, mas a recíproca não é verdadeira.

Vejamos, por exemplo, o crime de lesão corporal. Nesse crime há evidentemente um resultado naturalístico, qual seja, as lesões causadas ao ofendido, de maneira que como consequência inevitável desse resultado externo, há o resultado jurídico, que é a lesão à integridade física da vítima. De maneira completamente diversa, no crime de ato obsceno, previsto no artigo 233 do Código Penal, há resultado jurídico, qual seja, a lesão ao pudor público, muito embora não haja qualquer resultado naturalístico (modificação do mundo externo). Dessa forma, percebemos que ambos os resultados (naturalístico e jurídico) são conexos, possuem uma ligação estreita, mas não são, de qualquer forma, dependentes um do outro.

Para que se entenda corretamente o instituto do resultado jurídico do crime, é necessário que se tenha em mente os conceitos de bem jurídico e bem jurídico-penal, que já foram abordados em tópico anterior. A questão principal é que se entenda que para que haja crime, necessariamente haverá de ocorrer o resultado

jurídico. Por mais que o crime seja formal, ou de mera conduta (crimes que não exigem resultado naturalístico), para a caracterização de conduta típica, o resultado jurídico sempre deverá ocorrer, sob pena de violação ao princípio da ofensividade, que será mais profundamente estudado em tópico posterior.

Os crimes de dano exigem para sua consumação que haja efetiva lesão a algum bem jurídico-penal. O resultado jurídico da conduta típica de qualquer desses crimes deve, obrigatoriamente, causar efetiva lesão a bem penalmente tutelado. Ney Moura Teles (2004, p. 232), de forma elucidativa ensina que *“Crime de dano é o que se consuma com a produção de um resultado, que é a modificação do mundo externo causada pela conduta”*.

É impossível que haja crime sem a ocorrência de resultado jurídico. De acordo com a mais acertada doutrina, o fato típico (indício de crime) é composto por quatro elementos, sejam estes conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. Muito embora no momento não nos convenha verticalizar tal estudo, há de se destacar que qualquer conduta que não possua resultado (mesmo que somente jurídico) não será, de qualquer forma, típica.

Resultado jurídico, então, é a ofensa ou perigo de ofensa a bem jurídico penalmente tutelado. Nesse sentido, inclusive, é a disposição do artigo 13 do Código Penal, que, ao dispor sobre o nexo de causalidade, trouxe o seguinte preceito: *“O resultado, de que depende a existência do crime”*. Dessa forma, conclui-se que a Lei exige a ocorrência de um resultado para que haja fato criminoso. Evidente que o resultado exigido não pode ser o naturalístico, tendo em vista que vários crimes sequer são capazes de gerar tal modificação fática, de forma que se reconhece a necessidade da ocorrência de resultado, ao menos jurídico, para a ocorrência de crime.

O crime de dano, ou de lesão é aquele no qual a conduta resulta em lesão efetiva a algum bem jurídico-penal. A modalidade de resultado jurídico presente nesses crimes é a ofensa concreta. O tipo não se contenta com o simples perigo de lesão ou ameaça a direito, mas exige a efetiva lesão, sob pena de configuração de mera tentativa (art. 14, II do Código Penal) ou de algum outro tipo penal. É a classificação da maioria dos tipos previstos em nosso Código Penal, tendo em vista que na maioria das vezes a simples ameaça de lesão a bem jurídico-penal é insuficiente para atingir o interesse do Direito penal, a *ultima ratio* dentro do

ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o princípio da intervenção mínima do Direito penal, que será estudado oportunamente.

De outra banda, existem os crimes de perigo, nos quais a modalidade de resultado jurídico existente é a simples ameaça a direito, o simples perigo de lesão a bem jurídico-penal. O conceito de crime de perigo é bem trazido por Cezar Roberto Bitencourt, que diz que:

Crime de perigo é aquele que se consuma com a simples criação de perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. Nesses crimes, o elemento subjetivo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente. (2000, p.146).

Nos crimes de perigo não pode haver lesão efetiva a bem jurídico-penal, sob pena de configurar-se outro tipo penal. Nos crimes de perigo há apenas o perigo de lesão, perigo este que é suficientemente significativa ao ponto de despertar o interesse penal. Importante ressaltar que a intenção nos crimes de perigo deve ser apenas de causar perigo (dolo direto de criar uma situação perigosa a bem jurídico-penal). Por mais que não haja efetiva lesão a bem jurídico e que o resultado jurídico permaneça no campo do perigo, se a intenção inicial, incutida no campo da conduta do agente, for de criar o resultado lesão (leia-se lesão jurídica), haveria que se falar em tentativa – que ocorre quando o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente -, ou, ainda, em desistência voluntária ou arrependimento eficaz – quando o agente, voluntariamente, desiste da prática criminosa, ou impede que o resultado se produza -, tendo em vista a intenção de lesionar e a não ocorrência da lesão.

Daí surge a importância de diferenciar o crime de lesão tentado do crime de perigo consumado. A linha que diferencia essas duas espécies de infração penal é muito tênue, uma vez que o resultado jurídico em ambos os casos é quase o mesmo, qual seja: a simples exposição de perigo do tipo penal. O método para diferenciar um do outro é a verificação do *animus* do agente na conduta. Se tinha a intenção de lesionar o bem jurídico é crime de lesão tentado, agora, se tinha a intenção de apenas colocá-lo em perigo, será crime de perigo consumado.

Os crimes de perigo propriamente ditos podem ser encontrados em nosso Código Penal no Capítulo I do Título VIII da Parte Especial do Código Penal, que é onde se encontram dispostos, por exemplo, os crimes comuns em nosso cotidiano, como incêndio (art. 250), explosão (art. 251), inundação (art. 254), desabamento ou desmoronamento (art. 256) e outros tantos menos usuais. Os tipos de risco são mais comuns, entretanto, nos crimes contra o meio ambiente, ou ainda contra a ordem econômica, onde teme-se tanto a lesão ao bem jurídico-penal tutelado pela norma – que, justamente por ser mais amplo, é mais sensível do que os outros bens jurídico-penais -, que o legislador optou por criminalizar o simples perigo de lesionar tais bens.

Além destes crimes acima citados, que são conhecidos por “de perigo”, nos quais o perigo da conduta é coletivo (comum, difuso), o Código Penal ainda elenca alguns crimes de perigo individual, no qual o risco à vida ou à saúde afeta somente a um determinado indivíduo, como por exemplo no caso dos crimes dispostos no capítulo III do título I da parte especial do Código Penal, onde estão elencados crimes como o perigo de contágio venéreo (art. 130), perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132), exposição ou abandono de recém-nascido (art. 134), dentre outros.

6.2 Dos Crimes de Perigo Abstrato e de Perigo Concreto

Uma vez tendo em mente o conceito de crime de perigo, é necessário destacar que este, por sua vez, pode ser subdividido em duas espécies, quais sejam, os de perigo *concreto* e os de perigo *abstrato*. Nos primeiros, a conduta praticada pelo agente, por mais que não lesione qualquer bem jurídico-penal, o coloca em um risco concreto, a conduta do agente cria uma situação de risco efetivo ao bem jurídico-penal. Nos crimes de perigo concreto, a chance de que haja uma ofensa a direito é grande. Por outro lado, na segunda espécie, não há perigo efetivo, é a lei que reconhece e incute o perigo em uma conduta. Nos crimes de perigo abstrato, o legislador entende que o simples fato de praticar aquela conduta já é gerador de um risco. Sobre o tema explica Bitencourt:

Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa. (2000, p. 146).

Os crimes de perigo abstratos são muitos, e comuníssimos em nosso ordenamento jurídico. Geralmente, as condutas nas quais o legislador incute uma presunção absoluta de periculosidade, são, de fato, muito perigosas, de maneira que sua simples prática é capaz de retirar a tranqüilidade, a paz social. Exemplos de crimes de perigo abstrato são os crimes de Embriaguez ao volante (art. 306 da Lei 9.503/97), Tráfico de Entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06), Formação de Quadrilha ou Bando (art. 28 do Código Penal) e, é claro, os crimes de posse (art. 12) e porte (art. 14) de armas de fogo (Lei 10.826/03).

Mais recentemente vem surgindo uma grande discussão em face da Constituição e dos princípios de ordem constitucional que envolvem os crimes de perigo abstrato. O que se vem entendendo é que tais crimes iriam além do que permite nossa ordem constitucional, punindo condutas que não causam lesão e nem ameaçam concretamente de lesão bens jurídico-penais. É esse o assunto a ser debatido em nosso próximo tópico.

6.3 Da Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato

O que parte da doutrina vem entendendo é que os crimes de perigo abstrato não protegem qualquer bem jurídico, uma vez que, nesses casos, não há nem lesão, nem perigo concreto de lesão a bem jurídico-penal, não havendo, em verdade, necessidade de tutela penal.

Segundo essa corrente, a criminalização de condutas que sequer colocam em perigo concreto bem jurídico-penal é inconstitucional, pois viola direitos e princípios fundamentais constitucionais, como os da intervenção mínima, da exclusiva proteção dos bens jurídicos, da fragmentariedade e principalmente o da

ofensividade, ou lesividade. Nesse sentido é a doutrina de Luiz Flávio Gomes (2007, s.p):

Em consonância com destacado preceito, também conhecido como princípio da ofensividade do fato, para que se cogite a ocorrência de fato punível é imprescindível que o comportamento do agente atinja concretamente o bem jurídico tutelado pela norma (*nullum crimen sine iniuria*). Nessa esteira, vê-se que o princípio da lesividade guarda intrínseca relação com a concepção dualista da norma penal, de forma que além de se exigir um desvalor da conduta, também é indispensável o desvalor do resultado naturalístico, o que só se verifica com a afetação concreta do bem jurídico.

Assim, o Direito Penal só pode atuar quando a conduta do agente ofender um bem jurídico, não sendo suficiente que essa se mostre apenas como imoral ou inadequada.

Diante todo o exposto, entendemos que, exatamente em virtude do princípio que estamos analisando, está proibida no Direito Penal a concepção de perigo abstrato, o que nos leva a concluir, a depender do caso, pela não recepção ou inconstitucionalidade das normas que a contemplam (...).

O fato de se incriminar objetivamente uma conduta, inculcando-lhe uma presunção absoluta (*jures et de jure*) de perigo, criaria, em verdade, uma responsabilização indiscriminada de quem a pratica, gerando uma verdadeira inversão do ônus da prova em matéria penal, uma vez que o Estado já presume como perigosa aquela conduta, cabendo ao acusado provar a ausência de periculosidade.

A verdade é que sempre que se fala em presunção em matéria penal deve haver um cuidado extremo, uma vez que nesse ramo do Direito se lida com bens jurídicos fundamentais, como liberdade e patrimônio. De acordo com essa linha de pensamento, o Direito penal não pode inculcar perigo em uma conduta, pode, no máximo, reconhecer a existência desse perigo, mas jamais presumi-lo, criá-lo, sob pena de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, a atuação dos crimes de perigo abstrato seria verdadeira criminalização de desobediência à norma, o que é repudiado pelo Direito penal pátrio, uma vez que não se pode falar em crime sem que haja ofensa a bem jurídico (*nullum crime sine iniuria*). Nesse sentido é o ensinamento de Daniela de Freitas Marques:

Na realidade, a tese de perigo abstrato é insustentável, porque importa em presunção absoluta de resultado. Diga-se mais: a tese do perigo abstrato é insustentável, ainda que a conduta típica contenha o perigo como elemento integrante de sua descrição, porque há violação ao princípio da causalidade e a violação à própria culpabilidade. Por último, a tese do perigo abstrato é insustentável, porque condutas de mera desobediência ou de mera infração são elevadas a tipos-de-ilícito. (2008, p.69).

Essa linha de pensamento aponta à existência de uma tendência expansionista na política criminal moderna, ao ponto de esta pender ao Direito penal do inimigo. Nos últimos anos cada vez mais condutas vêm sendo criminalizadas e tipificadas no escopo de conferir segurança à população.

O que ocorre é que a população vem se sentindo cada vez mais insegura, e, o legislador, na tentativa de conferir tranquilidade e de atender aos anseios sociais, acaba tipificando condutas que, muitas vezes não oferecem qualquer dano, ou mesmo potencial danoso, atribuindo a estas condutas um perigo automático, inexistente, abstrato.

Talvez esse medo, cada vez mais crescente na população brasileira se dê em virtude do aumento da criminalidade. Entretanto, ressalto que a chave para a atenuação da prática criminosa em nosso país não é a criação de mais tipos penais, ou o aumento da punição desses crimes. O problema da criminalidade no Brasil tem caráter histórico, e, há muito já está incutido no seio da sociedade tupiniquim.

O problema da progressão geométrica da criminalidade brasileira resolver-se-á apenas com educação, cultura e prevenção. Os tipos penais já existentes são mais do que suficientes para abarcar a maioria das situações que merecem ser perseguidas pelo Direito penal, e, inclusive, muitos tipos penais contém figuras que se mostram materialmente atípicas, que não merecem a atenção punitiva da *ultima ratio* jurídica.

O entendimento estudado é que o Direito penal vem atuando muito além do que a constituição federal lhe permite, criminalizando condutas objetivas, sem qualquer lesividade jurídica, criando os chamados crimes de perigo abstrato, que de perigosos, em verdade, não tem nada, sendo verdadeiros “simulacros de tipos penais”, nos quais o legislador cria um perigo e o imputa à conduta de maneira objetiva e até mesmo abusiva, criminalizando condutas materialmente atípicas.

Deixaremos de nos aprofundar agora nesse tema, tendo em vista a existência de capítulo posterior próprio, no qual realizaremos verticalização no estudo do citado assunto.

Apenas pequena parte da jurisprudência vem adotando essa linha de pensamento, que ainda é muito precoce e não consegue grande respaldo sequer na doutrina, talvez por suas linhas ousadas e progressistas. O que ocorre, entretanto, é que alguns poucos julgados já entendem que não se pode falar em crime de perigo abstrato, e que precisa se demonstrar ofensa para que haja crime:

Ementa: APELAÇÃO. ART. 14, CAPUT. LEI Nº 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, PRINCÍPIO DA LESIVIDADE MATERIALIDADE E AUTORIA. Restou comprovada a autoria e a materialidade do delito, tanto pelo auto de apreensão e laudo pericial de funcionamento da arma de fogo e munição, como pela confissão do réu em Juízo e depoimentos de testemunhas. TIPICIDADE DA CONDUTA. De acordo com o princípio da ofensividade, para a configuração do crime de porte ilegal de arma, mister a colocação do bem jurídico tutelado em situação de risco ou perigo concreto, ainda que a lei discipline tratar-se de crime de perigo abstrato, no qual o perigo é presumido e se consuma independentemente da produção de um resultado. No caso dos autos, o réu ocultou um revólver, calibre 38 municiado, no interior da residência de terceira pessoa. Entende-se, pois, que o bem jurídico tutelado pela norma – segurança pública -, foi colocado em situação de risco de perigo concreto. DA PENA. MANUTENÇÃO. As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram analisadas de forma adequada, sendo a reprimenda fixada dentro dos critérios da legalidade e razoabilidade, considerando-se a necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime. É de ser mantida a pena aplicada na sentença recorrida. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Criminal nº 70043815364. Terceira Câmara Criminal. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 01/12/2011) (grifei).

Essa corrente ainda é de certa forma repudiada, tanto na jurisprudência como na doutrina. A grande maioria dos doutrinadores e tribunais brasileiros, muito embora reconheça a cautela que se deve ter quando se lida com os crimes de perigo abstrato, não vê qualquer inconstitucionalidade em sua tipificação, uma vez que, segundo seu entendimento, tais crimes apresentam lesividade, não a bens jurídicos individuais como vida, patrimônio ou integridade física, mas a bens supra-individuais, como a ordem econômica, o meio ambiente, e, mais dentro de nosso contexto, a segurança pública.

O que entende essa doutrina, é que, por mais que em determinadas condutas haja mera ameaça abstrata de lesão a bens jurídicos como o patrimônio, a

vida e a integridade física quando se fala em crimes de perigo abstrato, em conduta semelhante haveria inescusável lesão a bens jurídicos sobrevalentes, tais como a segurança pública, a ordem econômica ou o meio ambiente.

É essa, aliás, a linha de pensamento da grande maioria dos tribunais pátrios, incluindo o Supremo Tribunal Federal, que, em decisão da sua Segunda Turma, entendeu que quando se fala em crime de perigo abstrato é desnecessário que se comprove o perigo concreto ou dano efetivo, uma vez que tais condutas já lesionam bens jurídicos coletivos. O Ministro Ricardo Lewandowski, decidindo quanto à periculosidade e lesividade do crime de embriaguez ao volante, como de costume, foi elucidativo e didático em seu voto, do qual tomamos a liberdade de transcrever pequeno trecho:

Com efeito, a objetividade jurídica da mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da higidez física de terceiros e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. O tipo penal de perigo abstrato, no caso sob exame, visa a inibir a prática de certas condutas antes da ocorrência de eventual resultado lesivo, garantindo, assim, de modo mais eficaz, a proteção de um dos bens mais valiosos do ser humano, que são a vida e a integridade corporal. (...). Na espécie, a proibição da conduta pela qual o paciente foi condenado objetiva, especialmente, combater e prevenir a ocorrência de delitos de trânsito que possam colocar em risco a incolumidade física ou até mesmo a vida de indivíduos da coletividade ou provocar danos patrimoniais. Nesse contexto, mostra-se irrelevante indagar se o comportamento do agente atingiu, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. (...). No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando uma concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que seja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado, e, portanto, configurado o crime. Por opção legislativa, não se faz necessária, no dispositivo sob exame, a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. Relembro, por oportuno, que, assim como o delito de embriaguez ao volante, também o crime de porte ilegal de arma de fogo classifica-se como crime de perigo abstrato, consumando-se com o simples ato de alguém portar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prescindindo a sua tipificação, por conseguinte, da demonstração de ofensividade real da conduta, o que não leva à inconstitucionalidade do referido tipo penal.” (STF, HC 109269. Rel: Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Julgamento: 27/09/2011).

Não obstante o imenso respeito e a devida vênua que temos para com a Suprema Corte, bem como para com os doutrinadores que adotam essa linha de pensamento, ousamos discordar. É que não convence a ideia de que possa haver

lesão a um bem jurídico coletivo, tal como a segurança pública, sem que haja ao menos perigo concreto de lesão a qualquer dos bens jurídicos subjacentes a ela, ou seja, qualquer dos bens jurídicos por ela tutelados, tais como a vida, a integridade física, a dignidade sexual, o patrimônio, etc.

O que parece é que esse argumento foi desenvolvido apenas como fundamento para justificar a punição dos crimes de perigo abstrato. Há de se reconhecer a inconsistência da referida justificativa, tendo em vista que, em verdade, não há qualquer ameaça concreta de lesão, mas somente um perigo abstrato, ou um “perigo de perigo”. Irrefutável que punir-se essa mera ameaça de perigo é violação direta ao princípio da ofensividade.

Admitir-se a punição de condutas que não causam lesão efetiva ou perigo concreto de lesão a bem jurídico fundamental, por mais que atenda aos anseios da sociedade de maneira geral, configura verdadeira antecipação da punição, o que viola diretamente a Constituição Federal, de maneira que não pode ser admitido pelo ordenamento jurídico o sacrifício de princípio constitucional para a tutela de simples clamor público.

Analisaremos em capítulo próprio princípios constitucionais e argumentos jurisprudenciais e doutrinários que embasam nossa linha de pensamento, demonstrando que reconhecer a tipicidade dos crimes de perigo abstrato sem que se demonstre casuisticamente a ocorrência de perigo concreto, por mais que confira, de fato, maior segurança, é verdadeiro atentado contra a Constituição Federal, tendo em vista, primordialmente, o caráter subsidiário do Direito penal.

7 DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A insignificância penal, ou, princípio da insignificância, é um postulado jurídico que possui ligação embrionária com outros importantíssimos princípios gerais do Direito, tais como o princípio da lesividade e o princípio da proporcionalidade. A ideia da insignificância penal tem ligação direta também com os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, princípios que, muito embora sejam tratados como sinônimos, como veremos, não o são.

A ideia de uma aplicação mais controlada do Direito penal surgiu com o pensamento iluminista, nas ideias de dignidade da pessoa humana e de garantia de direitos que seriam supra legais, inerentes à pessoa humana (direitos naturais, jus naturalismo). Tal princípio surgiu como uma tentativa de cessar abusos que vinham sendo cometidos em nome da justiça penal. Com o passar do tempo essa linha de pensamento foi ganhando cada vez mais força, e hoje é reconhecida de maneira unânime pela doutrina e pela jurisprudência.

Quando se fala em insignificância penal, fala-se em uma causa excludente de tipicidade, uma vez que, quando há insignificância, não há ofensa significativa a bem jurídico-penal, logo, está incompleto um dos elementos do tipo penal, qual seja, a própria tipicidade, sob seu aspecto material.

Em complemento ao princípio da ofensividade – que prevê que toda conduta, para ser criminosa, deve lesionar, ou ameaçar de lesão bem jurídico-penal – o princípio da insignificância leciona que essa lesão ou ameaça deve ser penalmente relevante, do contrário não se instiga o interesse de atuação do Direito penal. Desta forma, não havendo lesão significativa a bem jurídico-penal, não há tipicidade material, logo, não há crime.

O Direito penal, justamente por possuir recursos muito potentes e altamente restritivos, deve ser utilizado com extrema cautela. Chegou-se ao ponto de a doutrina concluir que o Direito penal deve ser a *Ultima Ratio* do ordenamento jurídico, podendo ser aplicado apenas quando houver ofensa insuportável ao bem jurídico, quando qualquer outro ramo do Direito for insuficiente para a solução do conflito. Nesse sentido:

(...) cumpre reconhecer que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (...). (STF – HC nº 106.510/MG. Rel: Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Julgamento: 22/03/2011).

O Direito penal tem legitimação, inclusive constitucional, para restringir direitos fundamentais, como liberdade e patrimônio, por isso, somente se justifica sua aplicação quando for extremamente necessária, quando for indispensável. A doutrina e a jurisprudência hoje são unânimes no entendimento de que somente se aplica o Direito penal quando fracassarem as demais searas do Direito.

Por isso, entendeu-se que quando a ofensa ao bem jurídico não for significativa, não estará presente a tipicidade da conduta, não será atizado o interesse do monstro adormecido do Direito penal, podendo o conflito ser dirimido por outros ramos do Direito que serão, sem dúvidas, menos restritivos de direitos fundamentais. Concluiu-se então que o Direito penal tem um caráter subsidiário, somente atuando quando nenhum outro ramo do Direito for capaz de solucionar o conflito. Sobre o tema mui didática é a lição de Nelson Hungria (1958, p. 178):

Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.

Como delitos insignificantes podemos citar, por exemplo, o furto de uma maçã, o porte de quantia muito ínfima de maconha, ou mesmo o dano decorrente de um simples arranhão em um veículo. São condutas que não possuem qualquer relevância social. Por mais que lesionem ou ameacem bens jurídicos, essas lesões são ínfimas, bagatelares, impassíveis de reprovação social, podendo ser resolvidas nos âmbitos administrativo ou civil.

A referida norma, é importante lembrar, já há muito está presente no direito mundial, existindo resquícios de sua existência desde a Declaração dos

Direitos do Homem e do Cidadão, que é datada de 1789, e, em seu artigo 8º prevê: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. (1789, s.p).

O princípio da insignificância, muito embora seja reconhecido de maneira unânime, atualmente não possui previsão expressa em nosso ordenamento jurídico, podendo ser aplicado e interpretado somente como corolário de outros princípios como os da legalidade, ofensividade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, possuindo respaldo no artigo 5º, §2º da Constituição Federal, que leciona a possibilidade de reconhecimento e aplicação de princípios não expressamente dispostos na Carta Maior. Hoje se entende que tal princípio está implícito em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, há de se reconhecer a existência do princípio da insignificância irradiando da própria natureza de nossa Constituição Federal, bem como da previsão do Brasil como Estado Democrático de Direito.

Irrefutável o caráter extremamente garantista de nossa Carta Maior, até mesmo porque de outra forma não poderia ser, uma vez que surgiu com Estado que insurgia após de décadas mergulhado nas densas e escuras águas da ditadura militar. Garantista que é, nossa Constituição prevê uma série de direitos inerentes ao próprio ser humano, tais como a dignidade, a individualização da penal, o devido processo legal, a proporcionalidade da pena aplicada e etc.

Tendo em mente que tais direitos fundamentais possuem um viés subjetivo, sendo prerrogativas garantidas a todo e qualquer cidadão, bem como que o Brasil, ao se proclamar Estado Democrático de Direito, submete o ente público às regras por ele criadas, entende-se, em consequência, que o Estado deve respeitar os direitos e garantias fundamentais de seus membros, sendo limitado por esses direitos e garantias. Assim, o que se co que o Estado deve tanto atuar positivamente para garantir tais prerrogativas, como atuar negativamente para não violá-las, e é justamente aí que se encaixam a insignificância e a intervenção mínima, bem como o caráter subsidiário do Direito penal, reconhecidamente violador de direitos.

O mesmo entendimento é adotado na Itália, onde se argumenta que o princípio da insignificância pode ser deduzido de outros dispositivos constantes da Constituição, como por exemplo do artigo 13 da Carta Magna italiana, que prevê a inviolabilidade da liberdade pessoal, e, que, segundo a doutrina italiana, quis, também, limitar a criminalização de condutas de acordo com a necessidade e a proporcionalidade. Na Alemanha, de mesmo modo, o princípio é consagrado e muito respeitado, porém, ainda implícito, encontrando respaldo apenas no artigo 1º de sua Lei Fundamental, que prevê ser sagrada a dignidade da pessoa humana, garantia que deve ser respeitada e protegida por qualquer autoridade pública (LUIZI, 2003. p. 39).

É importante destacar nesse ponto de nosso estudo, a diferença entre os princípios da insignificância, da intervenção mínima e da fragmentariedade. Muito embora tais princípios estejam naturalmente ligados e apontem todos na mesma direção, eles possuem cargas normativas diversas, tendo cada um deles aplicabilidade em um âmbito diverso do Direito penal, senão vejamos.

O ordenamento jurídico, de maneira geral, tutela uma infinidade de bens jurídicos, utilizando-se para tanto de todos os seus ramos, como o Direito civil, administrativo, ambiental, tributário, e etc. Ao Direito penal, entretanto, somente se autoriza a intervenção em alguns poucos casos, aqueles que envolvem bens jurídicos mais frágeis, ou de maior importância para o ser humano, são, como vimos, os bens jurídico-penais.

O responsável pela seleção de bens jurídicos que se tornarão bens jurídico-penais é o princípio da intervenção mínima. Através desse princípio o legislador seleciona os bens de maior importância para a sociedade e lhes confere proteção de ordem penal. Sobre esse princípio leciona com a ordinária propriedade Rogério Greco:

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mudanças da sociedade, que com sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado eram de maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores. (GRECO, 2008, p. 49).

Uma vez selecionados os bens jurídico-penais, através do princípio da intervenção mínima do Direito penal, surge um outro princípio, o da

fragmentariedade, que nada mais é do que consequência da intervenção mínima. Dizer que o Direito penal tem um caráter fragmentário é dizer que ele conferirá proteção apenas a uma pequena parcela de valores sociais, apenas aos bens jurídicos mais importantes à sociedade. Segue a diferenciação feita por Greco:

A fragmentariedade é, como já foi dito, uma consequência da adoção dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, que serviram para orientar o legislador no processo de criação dos tipos penais. Depois da escolha das condutas que serão reprimidas, a fim de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez criado o tipo penal, aquele bem por ele protegido passará a fazer parte do pequeno mundo do direito penal. A fragmentariedade, portanto, é a concretização da adoção dos mencionados princípios, analisados no plano abstrato anteriormente à criação da figura típica. (2008, p. 62).

A insignificância, de maneira diversa aos dois princípios anteriores, não se aplica no momento de criação do tipo penal, mas somente quando este já fora criado e está em plena vigência. O princípio da insignificância tem a força de retirar a tipicidade (material) de crimes que mesmo perfeitamente típicos, naquela situação fática não lesionaram ou ameaçaram de lesão, de maneira significativa, bem jurídico-penal. Por isso é importante ressaltar que o princípio da insignificância somente pode ser aplicado na prática quando a conduta descrita como crime já é formalmente típica e já foi realizada. Destaca-se, aqui, a importância da aferição casuística da insignificância penal.

A desobediência desses preceitos basilares do Direito penal leva, de maneira invariável, à hipertrofia penal que foi citada em capítulo anterior. O legislador passa a criminalizar condutas que são insignificantes ao Direito penal, expandindo e muito seu âmbito de aplicação, o que além de violar direitos fundamentais como a dignidade, o direito à intervenção mínima e o direito à não incriminação sem significância, gera injustiça.

A descontrolada expansão do Direito penal e a criminalização excessiva de condutas podem levar a uma “inflação legislativa” que teria efeitos semelhantes aos da inflação monetária, quais sejam: a desvalorização das leis, e a sua conseqüente ineficácia preventiva. A verdade é que com a aplicação desenfreada do Direito penal, há um esvaziamento de seu conteúdo preventivo, ou seja, o Direito penal perde seu poder intimidador, e, com isso, sua eficácia, isso sem

falar nas violações diretas a direitos e garantias fundamentais. (Carnelutti, S.D. p. 178, *apud* LUISI, p. 42).

O professor Luiz Luisi conta que na Europa, entre as décadas de 40 e 70, a “inflação penal” era tão grande que o Direito penal passava por uma situação de risco, chegando-se ao ponto de o Estado realizar campanhas pela descriminalização de alguns tipos penais, aplicando os princípios da intervenção mínima e da bagatela, na tentativa de resgatar a natureza subsidiária e a própria eficácia do Direito penal. Segue um pequeno trecho da obra do autor, narrando o processo de inflação e posterior deflação criminal legislativa na Itália:

Na Itália o esforço de deflação penal começa em 1967 com a Lei nº 317 de 03 de maio, prossegue com as Leis nº 950 de 09 de outubro de 1967 e Lei nº 706 de 24 de dezembro de 1965, culminando com a Lei nº 681 de 1981, que revogou as leis anteriores. Essa lei, - a de nº 689 de 1981, determinou a transformação dos pequenos delitos em infrações administrativas. Despenalizou praticamente todos os ilícitos penais em que se previa a aplicação de pena pecuniária. E também descriminalizou uma série de tipos previstos no Código Rocco, como o do artigo 687 que previa como delito o consumo de bebidas alcoólicas em tempo de venda não consentida, e o do artigo 683 que tipificava o não recebimento de moedas que tinham curso legal. Também foram objeto de descriminalização uma série de figuras contravencionais relativas a circulação estradal bem como normas incriminadoras relativas a segurança pública. Mas além dessa desinflação penal através da transformação desses irrelevantes ilícitos penais em ilícitos administrativos, se realizou algo importantíssimo na Itália, ou seja, se estabeleceram os critérios que devem orientar o legislador para que elabore tipos penais. Este instrumento de disciplina de orientação do legislador penal foi elaborado por uma série de jovens e talentosos juristas, salientando-se dentre eles os professores Francesco Palazzo, da Universidade de Florença e Emilio Dolcini, da Universidade de Milão. Estas normas foram formalizadas através de circulares do Conselho de Ministro. A primeira datada de 19 de dezembro de 1983 se chama “critéri orientativi per La scelta fra sanzione penale e sanzione amministrative”. É datada de 05 de fevereiro de 1986. Fixa critérios orientadores para a escolha entre delitos e contravenções e para a elaboração de novos tipos penais, segundo as circulares referidas, são o da proporção e da necessidade. Em primeiro lugar para que se possa elaborar um tipo penal, dispõe as circulares mencionadas, - é necessário que o fato que se pretende criminalizar atinja valores fundamentais, valores básicos do convívio social, e que a ofensa e a esses valores, a esses bens jurídicos, seja de efetiva real gravidade. E por outro lado, é indispensável que não haja outro meio, no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal. Ou seja: é preciso que haja necessidade inquestionável e inalterável de tutela penal. Condição, portanto, para a criação de um novo tipo penal é que o bem jurídico a tutela seja de relevância superlativa para o convívio social, e que a forma em que o fato o violenta seja realmente grave. Não se pode ignorar o igual tratamento dado pela doutrina alemã à mesma matéria. (2003. p. 44 a 46).

O princípio da fragmentariedade, por sua vez, traz uma ideia de Direito penal como um ramo extremo, mais intervencionista do direito. Segundo este princípio apenas umas poucas e selecionadas condutas, que causem violações de extrema gravidade devem ser tuteladas pelo Direito Penal. Trata-se de verdadeiro corolário do princípio da intervenção mínima. Sobre ele merece destaque a lição de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 86):

Fragmentariedade significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal que, por sua vez, constitui somente parcela do ordenamento jurídico. *Fragmento* é apenas a parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como *fragmentário*, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual.

O que se conclui é que os princípios da insignificância, da intenção mínima do Direito penal e da fragmentariedade, por mais que não possuam previsão legal, são amplamente aceitos em nosso ordenamento jurídico e em outros ao redor do mundo, tendo em vista sua essencialidade para que se mantenha o caráter subsidiário, repressivo e preventivo do Direito penal.

7.1 Critérios Para Aplicação da Insignificância

Quando se fala em crime insignificante, ou infração bagatela própria, como já vimos, se fala em causa supra legal descriminalizante, mais especificamente em causa excludente da tipicidade sob seu aspecto material. Tal condição é unânime em toda a doutrina e jurisprudência, entretanto, o que há tempos vinha causando discussão e controvérsia sobre o tema era a aplicação desse princípio nos casos em concreto.

Em um primeiro momento, para conferir segurança jurídica, tentou-se objetivar a aplicação desse princípio, impondo-se, por exemplo, nos crimes contra o patrimônio, valores mínimos a serem subtraídos para que não houvesse exclusão da

tipicidade pela insignificância. Chegou-se ao ponto de a jurisprudência atrelar a aplicação do princípio da insignificância única e exclusivamente ao valor do salário mínimo, calculando a significância ou não do dano com base nesse critério.

Com o passar do tempo, conforme o estudo quanto ao princípio foi se aprofundamento, sua aplicação veio se tornando mais criteriosa. Os tribunais começaram a perceber que a utilização de um valor objetivo como parâmetro para a exclusão da tipicidade, muitas vezes, acabava por gerar injustiça. Condutas que eram lesivas e ofensivas acabavam por não ser consideradas criminosas em virtude do montante subtraído e condutas insignificantes acabavam por ser criminalizadas.

Concluiu, ao final, a doutrina e a jurisprudência que não se pode taxar as hipóteses de aplicação do postulado da insignificância, devendo permitir que o hermeneuta, no caso em concreto, afira com profundidade a existência de significância criminal ou não.

Por fim, para conferir parâmetros para a aplicação do referido postulado, o Supremo Tribunal Federal, em consonância com parte da doutrina, apontou quatro requisitos que devem estar presentes na situação fática para que se possa aplicar a descriminalizante. Segundo o Pretório Excelso, somente se configura infração bagatela quando estiverem presentes concomitantemente os seguintes requisitos: a) Mínima ofensividade da conduta; b) Ausência de periculosidade social da ação; c) Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e d) Inexpressividade da lesão jurídica causada. Nesse sentido segue a jurisprudência do Supremo sobre o tema:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA: AUSÊNCIA DE CUMULATIVIDADE DE SEUS REQUISITOS. PACIENTE REINCIDENTE. EXPRESSIVIDADE DO COMPORTAMENTO LESIVO. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009) 2. O princípio da insignificância não se aplica quando se trata de paciente reincidente, porquanto não há que se falar em reduzido grau de reprovabilidade do comportamento lesivo. Precedentes: HC 107067, rel.

Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/5/2011; HC 96684/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 23/11/2010; HC 103359/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ 6/8/2010. 3. In casu, a vantagem ilicitamente obtida mediante a utilização de cheque furtado tinha valor próximo à metade do salário mínimo, que era de R\$ 300,00 conforme Lei 11.164/2005, mercê de o paciente ser reincidente em crimes contra o patrimônio, consoante afirmado na sentença condenatória, e ostentar extensa ficha criminal na qual arrolados vários processos e inquéritos policiais instaurados com o fito de apurar crimes de estelionato, falsificação de documentos, recepção e delitos de trânsito, tudo a evidenciar que a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto servirá de estímulo à contumácia delituosa. 4. Ordem denegada. (STF – HC 108056/RS. Rel: Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgamento: 14/03/2012).

Importante demonstrar que esse entendimento vem sendo aceito e aplicado de maneira unânime pelos tribunais brasileiros. Desta maneira, o STF delimitou e direcionou a aplicação do princípio da insignificância, conferindo-lhe as devidas margens e interpretando-o, a nosso ver, de maneira adequada, pois, uma vez tido como norma, o princípio vincula, sendo devida a exclusão da tipicidade da conduta sempre que ele for considerado presente, por isso, necessária a máxima cautela quando se tratar dele, tendo em vista seu poder, capaz de fulminar o *jus puniendi* do Estado.

Importante aqui, e, por fim, ressaltar, que, por mais que o princípio da insignificância seja aplicado, no mais das vezes, em crimes contra o patrimônio, é possível sua aplicação em crimes de outras naturezas, como por exemplo nos crimes ambientais, senão vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE (ART. 40 DA LEI Nº 9.605/95). CORTE DE UMA ÁRVORE. COMPENSAÇÃO DO EVENTUAL DANO AMBIENTAL. CONDUTA QUE NÃO PRESSUPÕS MÍNIMA OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRDEM CONCEDIDA.

1. É de se reconhecer a atipicidade material da conduta de suprimir um exemplar arbóreo, tendo em vista a completa ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

2. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial para reconhecer a atipicidade material da conduta trançar a Ação Penal nº 002.05.038755-5, Controle nº 203/07, da Vigésima Quarta Vara Criminal da comarca de São Paulo. (STJ – HC 128556/SP. Rel: Min. Maria Thereza de Assis Moura. T6 – Sexta Turma. Julgamento: 31/05/2011).

Decisão recente da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, em Habeas Corpus de relatoria do Ministro Dias Toffoli (HC nº 110.475), entendeu, também, ser aplicável o princípio da insignificância nos crimes de porte para uso pessoal de drogas (artigo 28 da Lei 11.343/06).

O que concluímos é que, presente qualquer dos requisitos acima expostos, todo tipo de crime pode ser considerado insignificante, deixando de ser típico. Entretanto, ausente qualquer dos requisitos expostos pelo Supremo, não há que se falar em bagatela ou atipicidade material.

7.2 Insignificância Penal e Intervenção Mínima nos Crimes de Arma de Fogo

Quanto aos crimes de arma de fogo, assim como em qualquer outro tipo penal, há de se reconhecer a possibilidade de aplicação da insignificância penal, desde que preenchidos os requisitos determinantes trazidos pela jurisprudência.

A verdade é que não há qualquer óbice genérico ao reconhecimento da atipicidade material da conduta por sua insignificância. Se na análise do caso concreto estiverem presentes os pressupostos para a caracterização da infração bagatelar, não excluir a tipicidade do crime será evidente violação à constituição, configurando-se clara coação ilegal, com possibilidade de cerceamento à liberdade de locomoção, tendo em vista que pode o condenado chegar a ser preso.

Se a prisão chegar a ocorrer efetivamente em virtude da não exclusão do crime insignificante, pode-se configurar, inclusive, crime de abuso de autoridade, previsto no artigo 3º, alínea “a” da Lei nº 4898/65. Importante aqui salientar que tal coação à liberdade de locomoção pode ser sanada por meio de Habeas Corpus.

A jurisprudência, entretanto, vem se negando a reconhecer a possibilidade de aplicação do postulado da insignificância nos crimes de porte de arma de fogo, por entender que a periculosidade inerente à conduta é incompatível com a aplicabilidade da referida causa excludente do crime, pois ela, por si só, afastaria os requisitos da mínima ofensividade da conduta e da ausência de periculosidade social da ação. Nesse sentido:

PENAL - PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO - ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO - NÃO CARACTERIZAÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - AUSÊNCIA DE ARMA DE FOGO - IRRELEVÂNCIA - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - RECURSO NÃO PROVIDO. - A conduta daquele que porta uma munição de uso restrito não é escusável ao abrigo do erro sobre a ilicitude do fato se o agente é freqüentador assíduo do submundo do crime e, portanto, conhecedor da proibição do porte de arma ou munição de uso restrito. - O alto grau de reprovabilidade da conduta de quem porta uma munição de uso restrito bem como a potencial capacidade lesiva do objeto, afastam a aplicação do princípio da insignificância, sendo certo que ao utilizar o termo ""munição"" no singular, o legislador pretendeu a caracterização da conduta mesmo em face do porte de um único cartucho. - O crime de porte ilegal de arma de fogo, acessórios e munições é de perigo abstrato, bastando o oferecimento de potencial poder de lesão. (TJMG - Apelação Criminal 1.0460.10.004177-7/001, Rel. Des.(a) Júlio Cezar Guttierrez, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 31/08/2011, publicação da súmula em 14/09/2011).

APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES - ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE RISCO - IMPOSSIBILIDADE - TIPICIDADE DO DELITO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO PREVISTO EM LEI - CONDENAÇÃO MANTIDA - CONDUTA NÃO ABARCADA PELA 'ABOLITIO CRIMINIS' TEMPORÀRIA - RECURSO NÃO PROVIDO. I - Para a configuração do crime descrito no art. 14, 'caput', da Lei nº 10.862/03, basta o simples porte da arma ou munição, não havendo que se falar em ausência de risco. II - Impossível o reconhecimento do princípio da insignificância, que, além de não ser previsto em nosso ordenamento jurídico, implicaria no desprestígio da função preventiva da pena e estimularia a reiteração delituosa. III - A descriminalização prevista nos arts. 30 a 32 do Estatuto do Desarmamento, que diz respeito aos 'possuidores e proprietários de armas de fogo', tornou atípica somente a figura da posse irregular de arma de fogo ou munição, e não a de porte. (TJMG - Apelação Criminal 1.0090.09.025269-4/001, Rel. Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 30/11/2010, publicação da súmula em 18/02/2011).

Há, entretanto, escassa e antiga (ainda da época da Lei 9.437/97) jurisprudência no sentido da admissão da exclusão da tipicidade penal em virtude da aplicação do princípio da insignificância nos casos envolvendo a posse de arma de fogo. Nesse sentido:

Lei de armas. Princípio da insignificância. Art. 10, "caput", da lei 9437/97. Morador de área adjacente a médio centro urbano que mantém em casa arma de fogo sem registro. Aplicação. Admissibilidade. Perda do instrumento: necessidade. Admite-se a aplicação do princípio da insignificância, que exclui a tipicidade, na hipótese em que morador de área adjacente a médio centro urbano mantém sob sua guarda, em casa, arma de fogo de uso permitido, mas sem autorização legal, porque a posse, em tais circunstâncias, além de ostentar lesão mínima, já que não chega a representar um risco para a coletividade, faz-e necessária como medida de segurança, remanescendo, porém, a consequência da infração

administrativa consubstanciada na perda da arma. (TAcrim/SP, 15ª Câ., AC 1192739/2, rel. Décio Baretto, julgamento: 25/05/2000).

8 DO DIREITO PENAL DA OFENSIVIDADE

Um dos mais importantes e mais atualmente debatidos princípios norteadores do Direito penal é o da ofensividade. Em tópicos anteriores de nosso estudo, por diversas vezes nos reportamos ao citado princípio, principalmente porque este possui ligação estreita e umbilical com outros postulados por nós estudados, como o da insignificância, da fragmentariedade e da intervenção mínima.

Esse princípio serve como base sólida para fundamentar a teoria que pretendemos discutir no presente estudo, ao entender como atípica a conduta de portar arma de fogo desacompanhada de munição. Segundo essa linha de pensadores, o simples fato de possuir ou carregar arma, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, mas sem sua respectiva munição não ofende significativamente qualquer bem jurídico-penal, por isso, tal conduta é materialmente atípica, por ausência de ofensividade ou periculosidade.

Para que se entenda tal princípio, é necessário, antes disso, que se analise o crime (fato típico) sob um aspecto material. Segundo o penalista italiano Giuseppe Bettioli, sob o aspecto material, crime é *“todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”*. (1977, p. 241).

Segundo esse conceito, entende-se como crime, sob o aspecto material, toda conduta que viola, que ofende bens jurídicos tutelados pelo Direito penal. Tal conceito é que dá esteio ao princípio da ofensividade, que por nós será estudado adiante, e que é um dos princípios limitadores do Direito penal. São limitadores pois, o legislador, ao editar a Lei penal, deve sempre se atentar a estes princípios. Nesse sentido ensina Ney Moura Teles:

Com base nesses conceitos, pode-se concluir que, para o legislador definir certo fato humano como crime, deve, previamente, verificar se o mesmo é daqueles que lesionam bens jurídicos, ou pelo menos expõem-nos a grave perigo de lesão, e se tais lesões são de gravidade acentuada, de modo a serem proibidas sob a ameaça da pena criminal. Do contrário, não poderá o legislador considerá-las crime. (2004, p. 153).

Como previamente descrevemos, então, o princípio da ofensividade, ou lesividade, tem como ideia mor a de que não haverá crime quando não houver lesão ou perigo de lesão a bem jurídico penalmente tutelado, devendo-se, aqui, ressaltar, também, em vista a ausência de interesse do Direito pena nesses casos, em virtude do já citado princípio da intervenção mínima.

No presente capítulo estudaremos de maneira mais aprofundada o referido princípio, conferindo-lhe especial atenção, tendo em vista que ele será, também, a base de todo o presente estudo.

8.1 Conceito

O princípio da ofensividade, ou lesividade, é norma antiga no Direito e em nosso ordenamento jurídico, tendo origem no período iluminista. Surgiu, em um primeiro momento, para impedir que condutas que fossem apenas moralmente reprováveis fossem tidas como criminosas. Por mais que a moral e o Direito andem de mãos dadas, um não se confunde com o outro. O referido princípio leciona que o Direito penal, como visto no capítulo anterior, é a mais pesada arma do Estado, possuindo um alto nível de coercitividade, e, justamente por isso, deve atuar minimamente. (GOMES, 2002, p. 39-41).

O Estado não tem o direito de criminalizar as condutas que bem entender. Somente podem ser consideradas como criminosas condutas que ofendam de maneira significativa bens jurídico-penais, apenas quando for de tal maneira intolerável a ofensa, o Estado se legitima a ofender, também, bens jurídicos do primeiro ofensor.

Segundo o referido princípio, uma conduta somente pode ser tipificada e ameaçar impor pena a quem a pratique, quando essa sanção for estritamente necessária, é daí que vem a expressão "*nullum crime sine iniuria, nulla Lex sine iniuria*" (não há crime sem ofensa e nem lei sem ofensa) (GOMES, 2002, p. 34-39).

Daí, concluímos que a criminalização de condutas deve ser a exceção, e não a regra, como, infelizmente, vem sendo em nosso país ultimamente. Quando

uma conduta é reprovável socialmente, entretanto não ofende de maneira significativa qualquer bem jurídico-penal, o Estado deve utilizar-se de ferramentas outras, que não o Direito penal para eliminá-la. O Estado deve educar para eliminar condutas reprováveis, a educação, pensamos, é a chave para se mudar um país. Não se muda a consciência de toda uma nação criminalizando condutas e punindo seus autores, mas sim educando sua população, fazendo com que o indivíduo reconheça e respeite a norma, porque compreende seu valor, e não por medo da pena a ser imposta.

Além disso, o Estado possui outras armas, menos violadoras de direitos fundamentais, que, se corretamente aplicadas, no mais das vezes, são capazes de solucionar o problema sem que haja a necessidade da intervenção penal. Muitas vezes a aplicação de sanções administrativas, ou mesmo a reparação civil, podem ser suficientes, tanto para reparar eventual dano, quanto para cessar o perigo da conduta, ou mesmo punir. O que é incontroverso na doutrina é que o Direito penal deve ser sempre a exceção, nunca a regra.

O princípio da ofensividade não possui previsão expressa em nosso ordenamento jurídico, entretanto, é fácil percebê-lo de maneira implícita no próprio texto constitucional. Nossa Carta Maior é indiscutivelmente muito garantista, e prevê um Estado laudo, de pluralismo político e religioso, que garante direitos pessoais, sociais e coletivos, protegendo a liberdade em todas as suas vertentes (física, sexual, de expressão, religiosa, política), garantindo a todos o devido processo legal e a aplicação de penas proporcionais e estritamente necessárias.

A Constituição Federal de 1988, não por mera leviandade, ficou conhecida como a Constituição Cidadão, pois, após mais de vinte anos de totalitarismo absolutista militar, nos quais cidadãos eram perseguidos, presos, condenados, mortos, seqüestrados e exilados de seu próprio país sem qualquer direito à defesa ou processo e em virtude de perseguição política, trouxe a previsão de um Estado Democrático de Direito, que se limita às suas próprias normas e princípios, governado pelo povo e para o povo, o tão sonhado país daqueles que lutaram contra a ditadura, e de todos os brasileiros em geral, onde somente se pode punir quando esta medida se mostrar imprescindível, e após o devido processo legal.

Nossa Constituição protege, de maneira incessante, o direito à liberdade, ao patrimônio e à integridade física e moral, de maneira que, ninguém pode lesionar tais direitos, sob pena de agir em violação à norma. Segundo esse entendimento, o próprio Estado, quando se presta a punir, como ofende tais direitos fundamentais, somente poderá fazê-lo quando for estritamente necessário. Toda nossa estrutura constitucional traz indícios do princípio da lesividade, que, mesmo não possuindo dispositivo próprio que o traga com palavras concretas, está inequivocamente cristalizado em nosso ordenamento jurídico a nível constitucional, logo, ao lado de princípios mores, como a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a intervenção mínima e tantos outros que limitam a atuação estatal para garantir a plena liberdade e dignidade àqueles que a ele se submetem.

O que se conclui de uma análise interpretativa teleológica do texto constitucional é que o princípio da ofensividade é incido ao próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que limita o poder do Estado de punir, garantindo aos cidadãos a não atuação estatal-penal quando não for intolerável a lesão ou perigo. O princípio da lesividade, é, em verdade, norma constitucional, enquadrada a título de princípio, com fulcro no artigo 5º, §2º da Constituição Federal. Por isso entendemos que há de se falar em *direito fundamental da ofensividade*, uma vez que à todos deve ser garantido que somente se punirá quando houver efetiva ofensa ou perigo desta.

Todos os direitos e garantias individuais possuem um duplo viés interpretativo, pois devem ser analisados sob as dimensões positivas e negativas. Positivamente, o Estado deve atuar para assegurar a existência de tal direito à todos os cidadãos, e, negativamente, o Estado deve se abster de praticar qualquer conduta que possa lesionar tais direitos, é por isso que, como veremos a seguir, o Estado é cerceado, limitado por esse *direito fundamental da ofensividade*. De acordo com nossa forma de ver, por ser direito fundamental, a ofensividade não admite restrição, apenas ampliação, por isso não se pode, de maneira alguma, passar por cima do referido princípio, por qualquer que seja a justificativa.

Em nível infraconstitucional também podemos anotar a existência do princípio da lesividade em diversos momentos. Em nosso Código Penal, por exemplo, o legislador estipulou, em seu artigo 13, que a existência de crime depende, inexoravelmente, da existência de resultado, de maneira que evidencia-se

que o legislador penal quis expor que quando não houver resultado – jurídico, é claro – não há que se falar em crime, uma vez que não haverá ofensa ou ameaça de ofensa a bem jurídico-penal.

Nessa mesma toada, no artigo 17 do diploma repressivo brasileiro, o legislador disse que será isenta de pena a tentativa de prática criminosa que, por ineficácia absoluta do objeto ou impropriedade absoluta do meio, tornar impossível a ocorrência do crime. Aqui, também, de maneira clara, o legislador quis mostrar que, quando não houver lesão ou ameaça de lesão efetiva a bem jurídico-penal, o Estado não pode atuar. Por mais que as condutas sejam moral e socialmente reprováveis, e que se demonstre de maneira insofismável o *animus damini* do agente, é isenta de pena a conduta que não lesionar ou causar perigo a bem jurídico penal.

Importante ressaltar que, por mais que se assemelhe ao princípio da intervenção mínima, a lesividade penal dela se distingue, possuindo carga normativa e finalidade diversa. Sobre o tema leciona Rogério Greco:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais serão as condutas que *não* poderão sofrer os rigores da lei penal. (2008, p. 53).

Para melhor esclarecer sobre o Direito penal da ofensividade, trazemos a didática lição de Nilo Batista (1996, p. 92-94), que diz existirem, essencialmente, quatro funções no referido princípio, quais sejam: proibir a criminalização de atitude volitiva, ou de pensamento; vedar a incriminação de conduta que não lesione bens de outros que não seu próprio autor; proibir a criminalização de estados ou condições existenciais; e vedar a incriminação de condutas que não ofendam ou ameacem de ofensa qualquer bem jurídico. Passaremos agora a explicar de maneira sintética cada uma das vertentes do referido princípio.

A vedação à criminalização de atitude interna, ou simplesmente volitiva, se presta a impedir que se incrimine o sentimento, o pensamento, a raiva, o amor, ou qualquer outra forma de manifestação mental que não se exteriorize, que

não tenha qualquer reflexo no mundo das coisas. Tal proibição se justifica sob a égide do princípio da lesividade, porque é impossível que atos internos causem qualquer tipo de lesão ou perigo de lesão, de maneira que, por mais que sejam moralmente reprováveis, jamais poderão ser tipificados criminalmente, justamente por essa razão, dentro do *iter criminis* não se punem os atos de cogitação e preparatórios, punindo somente atos que tenham, ao menos iniciado, a execução do crime.

Também é vedado em nosso ordenamento jurídico que se incrimine condutas que não lesionem bens de terceiros. O indivíduo pode lesionar seus próprios bens jurídicos o quanto quiser, pois são inerentes à sua pessoa, e, justamente por isso, tem o direito de dispor da maioria deles. O Direito penal não se presta a tutelar interesse privado, não se presta a aconselhar ou impedir que o sujeito se ofenda, justamente por isso não pune de qualquer forma a auto lesão, o suicídio (ou tentativa deste), o dano de coisa própria e etc. Tais condutas, por mais que possam gerar repercussão no mundo exterior e despertar o interesse de outras searas do Direito, como a civil e administrativa, são incapazes de atirar o gigante adormecido que é o Direito penal.

A proibição à incriminação de estados ou condições existenciais diz respeito ao ser. Não se pode punir alguém por ser o que é, principalmente porque o Direito penal deve reprimir fatos e não indivíduos. Não se admite em nosso modelo de Direito penal que se puna uma pessoa por ser alta, baixa, negra, branca, gorda, magra ou pelo simples fato de portar determinada doença ou características físicas. O fato de o indivíduo ser como é, por si só, não pode ser criminalizado.

Por fim, o Direito penal da ofensividade também não pode incriminar condutas que não ofendam ou causem perigo de ofensa a qualquer bem jurídico. Nesse sentido (colocar citação).

Como veremos no tópico a seguir, com fundamento no princípio da ofensividade (ou lesividade) desenvolve-se uma nova concepção de delito, que exige, para a caracterização de conduta típica, não apenas o desvalor da ação, mas também o desvalor do resultado, ou seja, a lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico penalmente tutelado.

8.2 Da Teoria Constitucionalista do Delito

Essa nova concepção de crime parte de uma ideia de aproximar cada vez mais o direito penal da Constituição Federal e das normas nela dispostas, por isso, fundamenta-se, também, no princípio da ofensividade – que, como vimos, tem suas origens no texto da Constituição – para a configuração de fato típico.

No decorrer dos anos, várias foram as teorias para conceituar o que seria delito: correntes clássicas, naturalistas, funcionalistas, neoclássicas, reducionistas, finalistas e etc. O conceito de crime tornou-se tão complexo que até hoje não há um exato consenso quanto a este.

Atualmente, principalmente, acreditamos, fundamentada na nova onda do neoconstitucionalismo, um novo conceito de crime, o conceito do delito constitucional, segundo o qual a tipicidade penal seria composta pela soma de três elementos: tipicidade formal (subsunção da conduta ao tipo), tipicidade material (ou normativa) (desvalor da conduta e do resultado) e tipicidade subjetiva (o animus do agente quando da prática delitiva). (GOMES e MOLINA, 2007, p. 232/233).

Como podemos perceber, tal teoria encontra-se intimamente conectada em uma relação de dependência com o postulado da ofensividade, uma vez que para esta, sem a ocorrência de resultado jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão) não haveria crime. Para essa teoria, não basta a mera desobediência ao texto legal para a configuração de conduta típica, tendo em vista a própria finalidade do tipo: a proteção de bem jurídico.

Sobre o tema merece transcrição um trecho da obra do doutrinador italiano Arturo Rocco (1913, p. 147):

(...) é impossível conceber uma norma jurídica e uma obrigação jurídica que não servem à tutela de um interesse ou de um bem da vida, individual ou supraindividual, e, em consequência, uma violação de uma norma jurídica e de uma obrigação jurídica que não se reconduz a uma lesão ou ao menos a uma ameaça de um interesse ou a um bem jurídico, é dizer, a um dano ou a um perigo de dano em sentido jurídico (...); [recorde-se] que o dever jurídico é o meio que utiliza o Estado para tutelar de maneira preventiva um bem ou

interesse humano individual ou social, contra as manifestações de vontades, é dizer, ações ou omissões humanas, danosas ou perigosas ao bem ou interesse protegido.

Por fim, sobre a nova e técnica teoria constitucionalista do delito, bem como conceituando o próprio princípio da ofensividade, Luiz Flávio Gomes (2007, p. 193) ensina que:

O delito, portanto, não pode ser unicamente uma ação ou omissão dolosa ou imprudente e ilícita. Segundo a perspectiva do Direito penal da ofensividade, a ação ou omissão penalmente relevante é tão-só a que causa uma ofensa (lesão ou perigo) ao bem jurídico. O delito não se fundamenta, por conseguinte, exclusivamente na ação, senão sobretudo no resultado (em sentido jurídico, não naturalístico).

E se a ação lesiva (concretamente ofensiva) é a base do delito, não há dúvida que não pode constituí-lo jamais simples manifestação de uma vontade contrária a uma obrigação jurídica, que se esgota na ação. Para a existência do delito, para além da presença de uma ação ou omissão (uma conduta), também se faz necessário um resultado jurídico, que consiste numa perturbação (intolerável) do bem tutelado, isto é, de uma liberdade alheia.

Assim, o que se conclui é que a ausência de ofensividade na conduta do agente, por mais que seja esta formalmente típica, implica, necessariamente em atipicidade desta, por ausência de tipicidade material.

8.3 Da Dupla Aplicação do Princípio da Ofensividade

O princípio da ofensividade, como forma de limitar a atuação punitiva estatal, deve ser considerado principalmente em dois momentos. Primeiramente, no momento da elaboração da norma, a título de política criminal, e, em seguida, quando da aplicação da Lei ao caso concreto, já em matéria de Direito penal.

O Direito penal possui, primordialmente, dois âmbitos de aplicação, a saber, de um lado o âmbito da delimitação do punível e do não punível, o poder conferido ao legislador para ameaçar de aplicação de pena a prática de determinada conduta (*jus puniendi*), e, de outra banda, o poder estatal de aplicação e execução

da pena, poder exercido pelo Estado-juíz, e que depende da existência de lei prévia (princípio da legalidade) (*Jus poenale*).

Segundo esse entendimento, tanto o legislador, quando da elaboração da norma penal incriminadora, quanto o juiz, quando de sua aplicação, devem reportar-se ao princípio da lesividade, sob pena de agirem em desacordo com a própria Constituição Federal. Aqui merece transcrição um trecho da obra do professor Luiz Flavio Gomes sobre o tema:

Em outras palavras: *dupla* é a função do princípio da ofensividade no Direito penal: (a) função *político-criminal* (momento em que se decide pela criminalização da conduta) e (b) função *interpretativa ou dogmática* (instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito penal). A primeira função do princípio da ofensividade constitui um limite ao direito de punir do Estado (ao *ius puniendi*). Está dirigida ao legislador. A segunda configura o limite ao Direito Penal (ao *ius poenale*). Está dirigida ao intérprete e ao juiz (ao aplicador da lei penal). De qualquer modo, impõe-se enfatizar que não são duas funções estanques (e incomunicáveis). Ao contrário, são complementares. Tanto assim que, quando o legislador não cumpre com seu papel de criminalizar a conduta em termos ofensivos a um bem jurídico, essa tarefa se transfere (improrrogavelmente) ao intérprete e ao juiz. (2002, p. 28).

Advém daí, então, o raciocínio de que, em um primeiro momento, cabe ao legislador selecionar quais bens jurídicos irá tutelar sob o manto do Direito penal, tornando-os bens jurídico-penais (princípio da fragmentariedade). Após, ainda no âmbito legislativo, deve-se selecionar, de maneira muito cuidadosa, quais condutas ferem ou oferecem perigo significativa a esses bens jurídico-penais, a ponto de poderem ser criminalizadas (princípio da ofensividade).

Por fim, após criada a norma, cabe ao hermeneuta da Lei novamente analisar, no caso em concreto, se aquela conduta, de fato, respeita os princípios limitadores do Direito penal, de modo que, em havendo falha do legislador, cabe ao intérprete – principalmente ao intérprete-juiz – excluir do âmbito de incidência do Direito penal aquela conduta, fazendo verdadeiro Juízo de valor de sua legitimidade. É essa, basicamente, a receita para a criação de tipos penais constitucionais.

É com base nesse princípio que parte da doutrina, como vimos em capítulo anterior, critica os tipos penais de perigo abstrato, que punem antes mesmo de haver qualquer lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico-penal. A doutrina alemã, inclusive, conferiu a tais tipos penais o título de

Vorfelddriminalisierung, que significa “criminalização no âmbito prévio” (DE PAZ, 1999, p. 12). Entretanto não há de se esquecer que quando se fala em Direito penal, e em conduta típica, se fala em chance de lesão possivelmente irreparável a bens jurídicos, por isso, sempre que se falar em Direito penal, há a necessidade de o Estado conferir, não somente tutela repressiva-punitiva, mas também certo nível de tutela inibitória, para que sejam protegidos bens jurídicos fundamentais, sob pena de omissão estatal. Estudaremos com muito mais profundidade tal tema em capítulo próprio.

8.4 Da Lesividade no Direito Comparado

A lesividade no Direito penal não é instituto exclusivo de nosso ordenamento jurídico, muito pelo contrário, adveio do Direito comparado, e, é lá, ainda, que ela encontra seus maiores expoentes. A seguir, veremos como tal princípio se desenvolveu e teve aplicabilidade prática nos ordenamentos da Itália e da Espanha.

Na Itália existe previsão expressa a nível infraconstitucional do princípio da ofensividade, nos artigos 1º e 49.2 do Código Penal italiano (s.d, s.p). O artigo 1º traz a previsão do princípio da legalidade, prevendo que nenhum fato poderá ser punido sem que seja antes previsto em Lei (*Nessuno può essere punito per un fatto che non sai espressamente preveduto como reato dalla legge, né com pene che non siano da essa stabilite*). O artigo 49.2, por sua vez, traz expressa previsão ao crime impossível, excluindo a punibilidade do crime quando for absolutamente ineficaz o meio ou impróprio o objeto, à semelhança da Lei brasileira. A Lei italiana, entretanto, fez expressa alusão à necessidade de dano ou perigo de dano na conduta (*La punibilitá è altresì esclusa quando per la inidoneità dell’azione o per la inesistenza dell’oggetto di essa, è impossibile l’evento danoso o pericoloso*).

Do trecho desses dois dispositivos extrai-se que, pela Lei italiana, nenhum fato poderá ser punido sem que antes esteja previsto na Lei (*nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege*) e que o Direito penal não irá punir se o fato não

for capaz de gerar evento danoso ou perigoso (*nullum crimen sine iniuria*), traduções expressas dos princípios da legalidade e da ofensividade.

Há discussão, entretanto, na doutrina italiana, quando à possibilidade de se reconhecer a ofensividade a nível constitucional. A doutrina e a jurisprudência italianas há muito já haviam reconhecido de maneira unânime a necessidade de lesividade para que se caracterizasse a tipicidade, de maneira que, para que se falasse em tipicidade material, deveria haver um “fato ofensivo típico”. Por isso, na Itália, ao juiz é remetida a missão de analisar pormenorizadamente, cada situação a fim de aferir sua ofensividade, principalmente quando se fala em crimes de perigo abstrato, ou vago. (GOMES, 2002, p. 46/56)

Luiz Flávio Gomes, em sua obra sobre a ofensividade, traz didática e concisa lição sobre a visão italiana da lesividade e sua presença na Constituição, inclusive como princípio fundamental ao Estado Democrático de Direito, fazendo ainda uma comparação com o Direito brasileiro, vejamos:

No Estado em que a soberania pertence ao povo (art. 1.2 da Constituição italiana) [cf. art. 1º, parágrafo único, da nossa CF], todo o poder emana dele e a justiça se administra em seu nome (art. 101.1)[cf. arts. 1º e 2º da CF brasileira], o Direito penal não pode perseguir objetivos transcendentais e o delito não pode consistir em violação de preceitos divinos; reconhecida a igualdade de todos os cidadãos diante da lei, sem distinções de sexo, raça, língua, religião, opinião política, condições pessoais e sociais (art. 3.1)[cf. art. 3º, IV, e art. 5º. Da CF], assim como o direito de todos os cidadãos de expressar livremente seu pensamento (art. 21.1)[cf. art. 5º, inc. IV da CF] e a igualdade e liberdade religiosa (art. 8.1) [cf. art. 5º, incs. VI, VII e VIII], a Constituição demarca um Estado plural, laico, fundado no valor da tolerância; em um Estado tal, o Direito penal não pode ser instrumento de imposição coativa de uma particular visão política, religiosa ou ética e o delito não pode por isso mesmo configurar mera violação de uma norma ética ou religiosa ou mero dissenso político; uma Constituição que contempla a dignidade humana como princípio cardinal (art. 3.1)[cf. art. 1º, da CF] impede a concepção de um Direito penal que reduza o homem a um ‘objeto’ sujeito a tratamento para castigar uma suposta anti-socialidade e, curialmente, um modelo de delito formalizado como mero ‘sintoma de periculosidade’ ou ‘anti-socialidade individual’; o reconhecimento, por último, do homem como portador de direitos invioláveis (art. 2)[cf. art. 5º; da CF] demarca uma relação entre o indivíduo e a autoridade antiética à condição de completa sujeição, que é típica do Estado totalitário; o legislador penal [bem como o intérprete e o aplicador da lei] não pode, por isso mesmo, contemplar o delito como mera desobediência, violação de um dever de fidelidade, mera intenção rebelde, etc. (GOMES, 2002, p. 55).

No Direito espanhol, o princípio da ofensividade também é contemplado tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional, e lá, a

Suprema Corte sempre reconheceu a incidência da lesividade sobre toda e qualquer norma penal, de maneira que, não havendo ofensa, não haveria crime. Inclusive, essa mesma corte, na decisão 111/1993, expôs a ideia da dupla influência da ofensividade, que deve incidir tanto sobre o criador da norma (legislador), quanto sobre seu aplicador (juiz). (GOMES, 2002, p. 57).

O que concluímos é que a lesividade é princípio vigente em diversos outros ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, inclusive e especialmente naqueles que inspiraram a legislação penal brasileira, como o italiano. O reconhecimento desse princípio é medida inevitável, se busca-se tutelar direitos e garantias individuais e atuar de maneira legítima nos ditames do Estado Democrático de Direito.

Tribunais superiores de todo o mundo vêm reconhecendo a incidência do princípio estudado, inclusive o nosso, como já mencionamos anteriormente, e, justamente por isso, um estudo aprofundado desse princípio merece ser feito por qualquer aplicador do Direito, e, principalmente por nós, que estudamos e defendemos a atipicidade da arma de fogo desmuniada por ausência de ofensividade da conduta.

8.5 Ofensividade Versus Periculosidade

Quanto à ocorrência de resultado jurídico, existem, essencialmente dois modelos de Direito penal, o da ofensividade e o da periculosidade. O Direito penal da ofensividade exige para a ocorrência do crime o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, de forma que, para haver crime, deve haver conduta e resultado jurídico danoso. Entretanto, o dano trazido pela teoria da ofensividade é tão somente a ofensa concreta ou perigo concreto de lesão. Essa corrente de pensamento não admite crime quando houver perigo somente no plano abstrato (GOMES, 2011, s.p).

A teoria da periculosidade, de outra banda, admite a ocorrência de crime, mesmo quando houver perigo abstrato. Também exige ofensa concreta ou

perigo para o crime, entretanto, admite que o perigo seja abstrato, presumido pelo legislador. Os dois modelos penais divergem apenas no que tange à possibilidade ou não da ocorrência de crimes de perigo abstrato, sem que haja violação ao princípio da ofensividade, que, como vimos, encontra respaldo na legislação ordinária e na própria Constituição Federal (GOMES, 2011, s.p).

De acordo com essa diferenciação trazida pelo professor Luiz Flavio Gomes, nosso grande aliado no estudo da lesividade, concluímos que o Direito penal da ofensividade se aproxima mais do tipo penal constitucional do que o da periculosidade, que se contenta com o tipo legal, ou seja, aquele que traz o crime tão simplesmente como a conduta descrita em Lei. Por isso, entendemos que o ideal seria que se adotasse a teoria da ofensividade, que se adéqua à nossa Constituição, abrindo, é claro, exceções em casos extremos, para que não se chegue ao extremo de julgar inconstitucionais todos os crimes de perigo abstrato.

Como já argumentamos e justificamos em capítulo anterior, não vemos qualquer ilegalidade ou ilegitimidade em criminalizar condutas nas quais haja perigo presumido, ou abstrato, desde que em tal conduta haja, de fato, perigo, levando em consideração os princípios da intervenção mínima e da culpabilidade. Deve ser conferida ao juiz a possibilidade de realizar em Juízo casuístico sobre as situações que lhe vierem para julgar, podendo buscar, caso a caso, a existência de perigo em cada conduta, mesmo que abstrato. Nesses casos, como pregamos, o hermeneuta deve valer-se sempre da proporcionalidade.

É que não se afigura razoável permitir que determinadas condutas, que não causam lesão, ou causam lesão pouco significativa à bens jurídico-penais sejam tuteladas pelo Direito penal. De outra banda, existem condutas que, por mais que não causem dano, ou mesmo perigo concreto a determinado bem jurídico, por sua potencialidade destrutiva, sob a ótica da proporcionalidade, devem ser reprimidas desde já pelo Direito penal, buscando sempre proteger o cidadão.

8.6 Da Ofensividade do Porte de Arma de Fogo e da Atipicidade Material da Conduta

Quando se fala em armas de fogo é inevitável que se reconheça a existência de um perigo ínsito. As armas de fogo foram feitas única e exclusivamente para vulnerar, para ofender, para destruir. Mesmo que de maneira defensiva, ou com fins humanitários, a arma de fogo é, indiscutivelmente, meio idôneo e destruir, e, como vimos, tem um potencial destrutivo gigantesco, sendo capaz de ceifar a vida em uma fração de segundos, com o simples puxar de um gatilho.

Como vimos no tópico referente ao direito de posse e de porte das armas de fogo, o Estado regulamenta de maneira rigorosa essas permissões, de modo que apenas poucas pessoas no Brasil podem, legalmente, possuir armas de fogo em suas casas ou locais de trabalho, e, menos pessoas ainda podem portá-las consigo. Lembramos que existe ainda uma série de limitações quanto a esse porte, das quais, as principais já citamos.

A verdade é que as armas de fogo têm um grande potencial destrutivo, podendo ser usadas de maneira positiva ou negativa, o que dependerá de quem as manuseia. Segundo esse entendimento é inevitável reconhecer o alto nível de periculosidade na simples existência da arma de fogo, tanto é que o Estado cerceou o direito fundamental da propriedade, proibindo o porte de tal objeto, e criminalizando tal conduta.

Impossível, assim, que não se reconheça a periculosidade de arma de fogo, periculosidade essa tão grande que é capaz de lesionar a segurança pública, bem jurídico penalmente tutelado, e, em virtude dessa violação, despertar o interesse penal do Estado.

Há de se reconhecer, entretanto, que o imenso potencial destrutivo da arma de fogo advém única e exclusivamente da possibilidade e realização de disparos por meio desta. A arma de fogo só é perigosa se puder produzir disparos, do contrário, há tanto perigo nesta quanto em qualquer outro pedaço de metal. Tanto

é assim, que a jurisprudência já tem reconhecido a atipicidade da arma de fogo inapta a produzir disparos, justamente por ausência de lesividade. Nesse sentido:

1. De acordo com o entendimento firmado no âmbito desta Sexta Turma, tratando-se de crime de porte de arma de fogo, faz-se necessária que a arma seja eficaz, vale dizer, tenha potencialidade lesiva. 2. No caso, a arma foi apreendida e periciada. Entretanto, o laudo técnico apontou a sua total ineficácia, vale dizer, descartou, por completo, a sua potencialidade lesiva. 5. Ordem concedida para absolver o paciente do crime de porte ilegal de arma de fogo” (STJ, Habeas Corpus nº 122.181/ES, rel. Min. Og Fernandes. T6 - Sexta Turma. DJe de 25/10/2010).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA E ENFERRUJADA. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL. ATIPICIDADE. Inexistindo exame pericial atestando a potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida, resulta atípica a conduta consistente em possuir, portar e conduzir arma de fogo desmuniada e enferrujada. Recurso provido. (STF – RHC nº 97.477/RJ. Rel: Min. Ellen Gracie. Rel. Para Acórdão: Min. Eros Grau. Segunda Turma. Julgamento: 29/09/2009).

Quando se fala em arma desmuniada ou em munição desarmada, reconhece-se ser impossível a realização de disparo, uma vez que este somente se concretiza com a presença destes dois elementos: arma de fogo apta e munição. Ausente qualquer um destes, ausente está também a possibilidade de efetuar disparos, e, em consequência, a lesividade, o que proíbe terminantemente a incidência penal sobre tal conduta, sob pena de inconstitucionalidade.

Justamente por esse motivo é que se deve reconhecer a atipicidade da arma de fogo desmuniada. É que nessa situação é impossível a ocorrência do disparo, que é o evento danoso ou perigoso. Não desconhecemos que o crime é de perigo abstrato e de mera conduta, e que os crimes de posse e porte de arma de fogo são diferentes do crime de disparo de arma de fogo, previsto no artigo 15 do Estatuto, mas, ainda assim, há de se reconhecer a ausência de perigo que desperte o interesse do Direito penal nesta conduta, tendo em vista a ausência de qualquer possibilidade de resultado danoso destes objetos.

Logo que ingressamos nos estudos do Direito penal, uma das primeiras perguntas que nos é feita é justamente essa: “O que é Crime?”. De imediato aprendemos que o crime pode ser visto essencialmente sob três óticas: formal, material e analítica.

Para nosso estudo, o que interessa é que saibamos a conceituação formal e material de crime. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, crime, sob o aspecto formal é o delito *“definido sob o ponto de vista do Direito positivo, isto é, o que a lei penal vigente incrimina (sub specie júris), fixando seu campo de abrangência”* (2005, p. 252). De outra banda, para Heleno Cláudio Fragoso, crime sob o aspecto material nada mais é do que *“a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena”* (1991, p.145).

Dessas definições conclui-se que para que determinada conduta seja criminosa, esta deve ser, ao mesmo tempo, descrita e amoldada na Lei penal, e, violadora de bem jurídico penalmente tutelado. Dessa maneira, por mais que a conduta de possuir ou portar arma de fogo sem munição, ou mesmo a munição sem a arma de fogo possa configurar conduta típica sob o aspecto formal, uma vez que prevista em Lei, tal conduta jamais se afigurará como criminosa sob uma análise material, uma vez que não lesiona nem expõe a perigo (sequer abstrato) bens jurídico-penais.

É com base nesses conceitos de tipicidade material, crime de perigo abstrato e nos princípios da intervenção mínima e da ofensividade que afirmamos ser atípica materialmente a conduta de possuir ou portar arma desmuniçada ou munição desarmada, em virtude da ausência de lesividade da conduta.

Analisaremos mais verticalmente a questão posteriormente, onde veremos que há o interesse do Direito em reprimir tal conduta, apenas não o interesse penal, e que a atuação penal nesses casos configuraria antecipação extrema da criminalização, o que fere os princípios acima citados, e, por consequência, alcança a inconstitucionalidade.

9 DA ANTECIPAÇÃO DA PUNIÇÃO

Neste capítulo, de maneira geral, abordaremos um fenômeno que se mostra cada vez mais presente em nossa sociedade e em nosso ordenamento jurídico. É uma espécie de antecipação da punição, uma atuação exagerada do Direito penal, em âmbitos que, em tese, não lhe competiriam, isso, para conferir uma falsa ideia de segurança à população, que se encontra cada vez mais mergulhada na atual sociedade globalizada e imersa em uma noção de risco constante, muitas vezes influenciada pelo poder da mídia.

O que perceberemos no decorrer de nosso estudo é que essa super atuação do Direito penal para além de seus limites fixados pela Constituição configura verdadeiro abuso de direito por parte do Estado, violando direitos individuais e fundamentais, configurando verdadeiro atentado contra a Constituição Federal.

9.1 Da Sociedade do Risco

Para entendermos o que a doutrina denominou como “Sociedade do Risco”, antes de qualquer outra coisa é preciso que entendamos a que risco se referem os pensadores, de maneira que se mostra necessária uma conceituação do vocábulo risco.

A melhor definição para a palavra risco, sem sombra de dúvidas, é a de perigo. Risco é a chance que há de que algo aconteça, entretanto, esse algo que tem probabilidade de ocorrência é algo negativo, algo que pode causar dano, algo perigoso, arriscado. Quando se fala em probabilidade de ocorrência de coisas positivas, fala-se apenas em chance, em possibilidade. Associa-se então a palavra risco com a palavra perigo, de modo que entendemos como sendo a probabilidade de superveniência de fato negativo.

Uma vez que se tenha em mente esse conceito, claro, sintático e vulgar, de risco, entende-se também que estes são comuns, e inerentes à existência humana. É impossível que se fale em vida sem que se fale em risco. Por mais que mínimos, os riscos estiveram, estão, e sempre estarão presentes na vida humana, de maneira geral, em todo e qualquer ato e mesmo no simples fato de existir.

Ocorre que, quando se vive em sociedade, os riscos tendem a se maximizar, tendo em vista o alto nível de contato com seres vivos, pessoas e coisas. A verdade é que, quanto maior for o nível de relação entre as matérias existentes no mundo, maior será o risco, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de resultados negativos, possibilidade esta que surge justamente em virtude dessa nova interconexão de coisas, possibilidade que antes não existia.

É fácil perceber isso quando se analisa o tema sob um contexto histórico e concreto. Após a revolução industrial, por exemplo, houve o aumento da tecnologia de que dispunha o ser humano, um aumento nos níveis de produção e uma geração imensa de novos empregos, o que resultou numa vinda muito grande de pessoas do campo para a cidade (êxodo rural), fazendo aumentar de maneira mastodônica o número de habitantes das cidades. Ocorre que as cidades ainda não possuíam infra-estrutura suficiente para suportar tamanho número de moradores, de maneira que muitos destes acabaram por ficar sem empregos, sem moradia e até mesmo sem alimentação, vivendo verdadeiramente às margens da sociedade.

Com o colossal número de pessoas sem emprego, sem moradia fixa, sem alimento e geralmente sem ocupação, é evidente que aumentaram também a criminalidade, a prostituição e a mendicância, uma vez que foram estas as formas que as pessoas encontraram para se manter vivas naquele ambiente novo e hostil que eram as cidades da época da primeira revolução industrial. Além disso, merece destaque o fato de que, com o grande contingente de trabalhadores e a insuficiência de vagas nas empresas para suprir essa demanda, os patrões aproveitavam para exigir de seus trabalhadores muito mais do que seus corpos podiam suportar, pagando-lhes muito menos do que o que seria justo. Horas infundáveis de trabalho, trabalhos forçados, trabalho infantil, ambientes insalubres, e isso tudo em troca de remuneração que muitas vezes era insuficiente até mesmo para a alimentação daquele dia.

A consequência lógica dessa série de fatores não poderia ser outra que não o aumento no número de doenças, mortes, pragas, crimes, mortalidade infantil e etc. A verdade é que, por mais que tenham surgido inúmeros benefícios a toda a sociedade com o advento da revolução industrial, esta, sem sombra de dúvidas, foi também a causadora de um aumento colossal nos riscos sociais.

O mesmo fenômeno aconteceu e vem acontecendo, mais recentemente, com o advento dos meios de comunicação em massa e com a globalização. Atualmente as pessoas tem grande facilidade em encontrar outras pessoas, as notícias se espalham pelo mundo todo em uma fração de segundos, e a conexão entre raças, culturas, povos e religiões diferentes tornou-se algo comum. No século XXI as distâncias diminuíram, bem como o tempo.

Hoje é possível se atravessar o globo terrestre em questão de horas, os continentes estão infinitamente mais próximos, não fisicamente, é claro, mas em questão de acessibilidade. Nos dias atuais existem tecnologias nunca antes imaginadas pelo homem, e que mudam com extrema velocidade e de maneira violenta, de modo que aquilo que hoje é a última tecnologia, amanhã já pode ser algo completamente obsoleto.

Essa facilidade de obtenção de informações e de acesso à tecnologia exige muito do ser humano. O profissional que não se mantiver a todo tempo atualizado e informado se torna obsoleto, ultrapassado, de maneira que, não na mesma intensidade da época da revolução industrial, mas, em menor escala, os empregadores exigem esforços extremos de seus empregados, sob pena de estes não se encaixarem no dinâmico e ríspido mercado de trabalho do século XXI.

Como consequência, assim como na revolução industrial, há um número grande de desempregados, que não conseguem encontrar meios lícitos para sustentar sua família, o que, somado ao ócio e ao fácil acesso à informação e aos meios e instrumentos mais atuais, invariavelmente leva ao aumento da criminalidade, principalmente nos grandes centros, nos quais a população já é muito maior do que a infraestrutura do local pode ordinariamente suportar, e só tende a aumentar. A isso se soma a insuficiência de funcionários do Estado (policiais, juízes, escreventes, promotores) para prevenir e reprimir a criminalidade, bem como a corrupção de alguns destes, a falha no setor educacional brasileiro, dentre diversos outros fatores que não são o tema principal de nosso estudo.

Com essa nova revolução tecnológica pela qual passa a humanidade, expandem-se as fronteiras para a criminalidade, surgem novos tipos penais que antes seriam impensáveis, que encontram arrimo justamente nessa facilidade de comunicação e acesso a informação que se tem nos dias atuais. São os crimes contra a ordem tributária, crimes contra a ordem econômica, crimes virtuais, dentre tantos outros.

Não se pode olvidar que a expansão tecnológica aumentou também a toda a cadeia de produção, de modo que hoje a produção é muito maior do que há dez anos atrás, há cem anos atrás. Esse aumento constante dos níveis de produção e essa busca desenfreada pelo desenvolvimento econômico resulta, também, em um dos maiores males do século XXI: os danos ao meio ambiente.

Apenas há pouco tempo o ser humano começa a se preocupar com a proteção do meio ambiente, que engloba uma série infindável de objetos, e que vem sendo tão violado nos correntes dias. Seja por meio do desmatamento desenfreado da vegetação mundial, pela poluição dos ares, dos mares, dos rios, nascentes e fluviais, pela caça clandestina, pela poluição e destruição do solo, a verdade é que hoje em dia existem incontáveis maneiras de se prejudicar o meio ambiente, tudo sob a justificativa do desenvolvimento econômico e social.

O que podemos concluir dessa breve e sintática história é que os riscos são, de fato, inerentes à vida, entretanto, estes se potencializam muito com o advento de novas tecnologias, que proporcionam a conexão entre os elementos físicos, sociais e psicológicos do planeta e da raça humana, de maneira que se percebe facilmente uma relação forte, direta e proporcional entre desenvolvimento tecnológico e riscos.

Grande parte desses riscos que surgem com o aumento da tecnologia surge justamente na tentativa (vã) do ser humano de eliminar ou mesmo diminuir riscos anteriormente existentes. É o que se percebe, por exemplo, com o desenvolvimento das grandes indústrias, dos automóveis, remédios e até mesmo nucleares, que surgem para auxiliar as pessoas em seu dia a dia, para curar doenças e etc., mas que, por si sós, acabam gerando novos riscos à sociedade. Nesse sentido ensina Marta Rodriguez de Assis Machado:

De outro lado, estabelece-se uma segunda distinção entre riscos controláveis e riscos incontroláveis. Se a modernidade criou mecanismos para dominar a natureza e controlar perigos e riscos, acabou dando causa ao surgimento, acabou dando causa ao surgimento de outros riscos, que escaparam do controle de suas instituições. (2005, p. 37).

Na sociedade moderna, que, como vimos, cada vez mais se enche de riscos em virtude do desenvolvimento tecnológico desenfreado, da superpopulação e de diversos outros fatores, existem, então, essencialmente, dois níveis de risco, a saber, aqueles que existem por natureza na órbita da vida humana e aqueles que são criados pelo próprio ser humano, justamente na tentativa de impedir os primeiros.

O grande problema nessa criação de riscos pelo ser humano é que estes riscos – os criados pelo homem – são de difícil controle, uma vez que estes apresentam uma natureza mais sofisticada e estão muito mais permeados no tecido social do que os primeiros. Esse segundo tipo de risco acaba por se tornar tão comum à sociedade quanto o primeiro, a diferença entre ambos é que o Estado não consegue eliminar esse segundo tipo de risco.

É o caso, por exemplo, das armas de fogo. Como vimos no primeiro capítulo de nosso estudo, as armas foram desenvolvidas, inicialmente, como uma forma de proteger o ser humano, protegê-lo de animais perigosos, de outros grupos humanos, para ajudá-lo a caçar, e, mais recentemente, para prevenir e reprimir a criminalidade. Entretanto, como se percebe facilmente, a finalidade das armas de fogo nos dias atuais foi completamente desvirtuada, uma vez que pessoas as usam como instrumento para a prática criminosa. É o potencial destrutivo – e, também protetivo – criado pelo homem sendo usado contra si mesmo.

As armas de fogo são um claro exemplo do que citamos acima, pois foram criadas para mitigar riscos naturais à existência humana, entretanto, as próprias armas de fogo se tornaram um risco muito maior, risco esse que o Estado brasileiro, hoje, não consegue controlar.

Nesse ínterim, há, ainda, de se reconhecer dois momentos essenciais nessa sociedade do risco, o da criação desses riscos e o do reconhecimento da existência desses riscos pela sociedade. A partir do momento em que a sociedade reconhece a existência desses riscos aquela sociedade industrial passa a ser uma

sociedade do risco, que vive apavorada e em uma constante tentativa de elidir tais riscos. Esse fenômeno é nomeado pelo sociólogo Ulrich Beck (1997, p. 12) de “modernização reflexiva”. Sobre o tema, explica Marta Rodriguez de Assis Machado:

A reflexibilidade refere-se à transição autônoma, indesejada e despercebida do modelo da sociedade industrial para o da sociedade de risco. Sendo assim, pode-se dizer que o principal aspecto desse mecanismo de transição é exatamente sua irreflexão e sua não-intencionalidade – aliás, para Beck, é exatamente a abstração dos fenômenos causais que conduz à sociedade do risco (2005, p. 31).

9.2 Da Publicidade dos Riscos: Os Efeitos da Mídia na Sociedade do Medo

Como já dissemos antes, um dos efeitos inarredáveis da globalização é o aumento no potencial informativo do mundo. Hoje, um fato ocorrido na Índia se torna conhecido aqui no Brasil em questão de minutos. Hoje todo o mundo conhece – ou pode conhecer – a situação econômica, social, e até mesmo criminológica de cada país no globo terrestre, tomando ciência, assim, dos riscos inerentes a cada parte do globo.

No Brasil, especialmente nos últimos, anos a mídia vem tomando uma postura odiosa, disseminando informações de maneira completamente desregrada e sem a menor preocupação com o conteúdo daquilo que é divulgado, sem qualquer atenção ao rigor das informações, isso tudo em uma busca insanável pelos pontos na tabela IBOPE.

Não se desconhece, nem se intenta aqui, de qualquer maneira, atentar contra o princípio constitucional da liberdade de pensamento e da liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX da Constituição), entretanto, há de haver bom senso por parte dos veiculadores de informação midiáticos. Grandes redes televisivas, de imprensa escrita e até mesmo de rádio vêm usando a violência e a criminalidade como verdadeiro produto de venda, propagando informações de maneira exagerada e dramática, incitando de maneira negativa a opinião pública, o que acaba resultando em situações indesejadas, nas quais a visão popular se torna massa de modelar perante essa informação midiática desregrada.

É o que se observa em casos polêmicos e emblemáticos, que foram muito explorados pela mídia e que, sem sombra de dúvidas, renderam às grandes redes televisivas bons níveis de audiência. É o caso, por exemplo, o caso do ex-goleiro do time do Flamengo, Bruno, acusado de matar e ocultar o cadáver da ex-namorada, Elisa Samúdio; o caso Nardoni, no qual pai e madrasta foram acusados de arremessar a menina Isabela da janela de um prédio; da enfermeira goiana que matou seu cachorro com pancadas na frente do filho. Tais casos, evidentemente, foram de situações extremas, de violência desmedida e que abalaram toda a sociedade nacional, entretanto, será que são mesmo tão raros? Tamanha publicidade não teria sido joguete midiático para prender a atenção do telespectador? Fica a dúvida.

A verdade é que a mídia exerce forte influência sobre a população – especialmente a brasileira – e, justamente por isso, sua responsabilidade é grande. O fenômeno que se observa atualmente é que toda a sociedade, por intermédio da mídia, quer, agora, tornar-se julgadora, e pior, legisladora dos crimes de grande repercussão. É o que Marta Rodriguez de Assis Machado chama de *“novos gestores atípicos da moral coletiva”* (2005, p. 89). Nesse ponto, merece transcrição o trecho de um artigo publicado pelo sempre lúcido Luiz Flavio Gomes:

O comportamento da mídia, que retrata a violência como um "produto" de mercado, é decisivo (para a propagação do referido vírus). É muito difícil, nos dias atuais, ver o "populismo penal legislativo" desgarrado da mídia. Mídia e "populismo penal" acham-se umbilicalmente ligados. Essa relação incestuosa é tão evidente que dá até para prever alguns capítulos dessa novela. Na próxima agitação midiática envolvendo um menor de idade, o Senado vai fazer andar a sua ideia (o seu projeto) de redução da maioria penal. Referido projeto já foi aprovado na CCJ do Senado. Está parado, só aguardando uma nova onda midiática. Há momentos certos para se praticar o "populismo penal". Essa é uma arte que os "bons" legisladores (eleitores, claro) sabem utilizar muito bem.

A criminalidade (e a persecução penal), assim, não somente possui valor para uso político (e, especialmente, para uso "do" político), senão que é também objeto de autênticos melodramas cotidianos que são comercializados com textos e ilustrações nos meios de comunicação. São mercadorias da indústria cultural, gerando, para se falar de efeitos já notados, a banalização da violência (e o conseqüente anestesiamiento da população, que já não se estarrece com mais nada) (GOMES, 2009, s.p).

Nesse ponto, a todo momento a mídia critica a atuação estatal. As leis estão erradas, os juízes, promotores e delegados estão errados (isso quando não

são corruptos), tudo se torna um grande caos. Por mais que se reconheça que o sistema persecutório brasileiro não é dos melhores, também há de se reconhecer que não é dos piores, e está evoluindo. O que ocorre é que existem questões legislativas e jurídicas que são atropeladas pela mídia em geral e desconhecidas pela população brasileira, o que leva a uma crítica desenfreada – e, muitas vezes destituída de razão - ao Direito penal brasileiro.

Nesse contexto, Boaventura de Souza Santos, em sua obra *“A crítica da razão indolente”* descreve muito bem, e de maneira, inclusive, poética, a sensação de angústia, caos e medo que se forma na atual *“sociedade do risco”*:

Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de descontinuidades na vida e nos projectos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão freqüentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica (2000, p. 41).

Essa situação caótica, passada pela mídia e reconhecida e absorvida pela sociedade acaba retirando o crédito da população no Estado, o que só faz crescer mais ainda essa sensação de insegurança, que diminui cada vez mais o crédito no ente estatal. É um verdadeiro ciclo vicioso, que mantém a população brasileira nesse constante estado de alerta, o que Ulrich Beck denomina como *“sociedade do medo”* (1998, p. 56).

9.3 Da Abstrativização dos Bens Jurídicos

Como já abordamos em capítulo anterior, bens jurídico-penais são aqueles valores especialmente considerados e primados pela sociedade de modo que ganham a atenção especial do Direito penal, a *ultima ratio* normativa. No advento dessa moderna sociedade do risco, na qual permanece um constante clima de insegurança e acaba havendo um maior descrédito na autoridade estatal, faz-se necessário que o Direito penal alcance novas fronteiras para garantir a efetiva proteção.

Com os riscos cada vez mais ampliados e desmaterializados que surgem na sociedade do risco, passam a se destacar, também, bens jurídicos e até mesmo bens jurídico-penais que antes não demandavam a tutela penal do Estado, é o caso do meio ambiente, das relações de consumo, da ordem financeira e etc. A tendência é justamente de, cada vez mais, se ampliar os limites dos bens jurídicos tutelados pela esfera penal, sob pena de ter-se como ineficaz sua atuação.

Com o já citado aumento dos riscos, surge também uma potencialização dos mesmos, que têm alcance a nível municipal, estadual, nacional e até mesmo global, dependendo da intensidade com que se operam os riscos. Para que se puna tais riscos e evite-se os resultados danosos, se faz necessária essa verdadeira *desmaterialização* dos bens jurídicos (MUSSIG, 2002, p. 169/208).

Com essa abstrativização dos bens jurídicos, o Estado acaba se tornando um Estado preventivo, que busca, a todo custo, evitar a ocorrência de riscos. Não retiramos as razões estatais para tentar evitar os perigos que circundam o seio social, essa é uma função única e exclusivamente incumbida ao próprio Estado. O que ocorre é que a ferramenta utilizada pelo Estado não é a ideal. O Direito penal, como vimos, é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, e não pode ser usado como arma para evitar a ocorrência de riscos sociais, trabalho que deveria pertencer exclusivamente ao Direito administrativo ou civil.

Esse fenômeno é muito bem explicado por Baratta, que o intitula *dinamização dos bens jurídicos*:

Dinamización de los bienes jurídicos posee por lo menos dos significados: em primer lugar, um desplazamiento em la relación entre Estado y sociedad em relación com la producción y protección de bienes jurídicos. En el modelo del Estado liberal clásico, el Estado de la certeza del Derecho, los substratos reales de los bienes jurídicos son producidos em la sociedad civil, preconstituidos em relación com las funciones públicas. En el Estado de la prevención, los bienes jurídicos por proteger son, cada vez más, “bienes” producidos por el Estado mismo, conciernen a infraestructuras, complejos administrativos y funciones que tienen que ver com la actividad del Estado y de los entes públicos.

En segundo lugar, el Estado de la prevención asume por si mismo, ampliamente, La distribución de los bienes producidos em la sociedad civil, el control de su producción, así como la administración de los riesgos que acompañan a la producción. la administrativización del Derecho penal em el sentido de la tendencia de las normas y de las decisiones penales a devenir accesorias a norma y funciones administrativas, constituye entonces, sólo um aspecto de una administrativización general del Estado. De garante de la certeza del Derecho (o sea de las reglas del juego y del espacio jurídico em el que se realizan las relaciones de producción e los relativos conflictos). El Estado se transforma em garante de la seguridad de los bienes, administrador de los riesgos anexos a la producción de ellos y de los conflictos que los acompañan.

El segundo aspecto de la transformación de los sistemas penales indicado por el término “dinamización de los bienes jurídicos”, hace relación al desarrollo de técnicas de imputación de responsabilidad penal que anticipan la esfera de punibilidad a fases anteriores de la conducta em las cuales no se há realizado todavía uma lesión efectiva de bien tutelado (BARATA, 199, p. 37-55).

Essa nova visão de bem jurídico como imaterial e abstrato fuge completamente da visão tradicional que estudamos anteriormente, uma vez que lá se tutelava um bem material, palpável, como vida, patrimônio, integridade física, e etc. e aqui, de modo diverso, tutelam-se bens genéricos, coletivos, de interesse de todo o corpo social. Há de se entender que essa nova “super proteção” estatal têm resultados, no mais das vezes, bons, de utilidade social, mas, em não raras vezes, extrapola-se os limites do Direito penal, tendo em vista a extrema *sensibilidade* desses novos bens jurídicos de ordem coletiva.

9.3.1 Da sensibilidade dos bens jurídicos

Existem bens jurídicos que, por sua própria natureza, são mais sensíveis à condutas humanas, de maneira que se ofendem com maior facilidade, enquanto que outros bens jurídico-penais, estes mais resistentes, raramente se

ofendem, havendo de se reconhecer uma variação natural na resistência oferecida por esses bens jurídicos. Há, assim, uma maior facilidade na ocorrência de crimes – entenda-se aqui crime como a conduta descrita em lei que ofende significativamente bem penalmente tutelado – que atentam contra aqueles bens mais sensíveis do que quando se ataca aqueles de maior resistência.

Bens jurídicos como a vida, por exemplo, muito dificilmente serão ofendidos, pois esta possui caráter altamente resistente. A vida só se ofende quando há a efetiva morte ou a demonstrada tentativa de matar (nesse caso é imprescindível a demonstração da intenção homicida). A integridade física, por outro lado, por mais que seja bem da mesma natureza da vida, uma vez que ambos tutelam a pessoa, se ofende com maior facilidade, é mais sensível. Qualquer tipo de agressão física é capaz de ofender a integridade física, ou mesmo a incolumidade pessoal. Desde um simples tapa no rosto (contravenção penal de vias de fato, prevista no artigo 21 do Decreto-Lei 3.688/41) até um disparo de arma de fogo (desde que não haja a vontade de matar) são capazes de lesionar a incolumidade pessoal do indivíduo, reconhecendo-se, entretanto, diversos níveis de violação ao bem (na contravenção penal não chega a violar-se a integridade física ou a saúde, pois caso houvesse tal violação configurar-se-ia o crime de lesão corporal, previsto no artigo 129 do Código Penal).

Para que se entenda melhor o instituto que aqui desenvolvemos, pode-se analisar, por exemplo, a diferença dos crimes contra a dignidade sexual daqueles que atentam contra a liberdade sexual. A dignidade sexual é prevista no título VI do Código penal, e é bem jurídico complexo (que engloba, em si, outros bens jurídicos mais restritos), ou, macro bem jurídico, pois dentro dela estão presentes outros bens jurídicos, como o pudor público, o ultraje, os costumes, a incolumidade sexual do menor e até mesmo a liberdade sexual do menor.

A dignidade sexual, justamente por ser mais ampla, se lesa com maior facilidade do que a liberdade sexual, que é mais restrita. Ora, em se praticar qualquer das condutas previstas entre os artigos 213 e 234 do Código penal se estará lesionando a dignidade sexual, já a liberdade sexual, refere-se somente ao direito de escolha quanto à com quem, quando, de que forma e com que frequência o indivíduo irá manter relação sexual. Esse bem jurídico-penal, mais resistente, somente se ofende quando for tolhido um desses direitos específicos do indivíduo.

Atualmente, as únicas condutas previstas em nosso ordenamento jurídico que ofendem a liberdade sexual são as descritas entre os artigos 213 e 217-A. Por mais que se reconheça a reprovabilidade de qualquer conduta que atente contra a dignidade sexual, é mister reconhecer também, a distinção dos bens jurídicos por ela englobados.

Mais focados no tema central de nosso debate, apontamos agora, bens jurídico-penais que são extremamente sensíveis e que se ofendem com maior facilidade. Nesse contexto estão, no mais das vezes, bens jurídicos de interesse difuso, como a ordem econômica, o meio ambiente, as relações de consumo e mesmo a segurança pública, tema já anteriormente abordado.

Esses bens jurídicos, justamente por serem muito mais amplos, ofendem-se com grande facilidade. São bens que adquiriram o status de penais há pouco tempo, como vimos, com esse novo processo de desmaterialização dos bens jurídicos. No caso do meio ambiente, por exemplo, dentro dele protege-se a fauna, a flora, os rios, o solo, o ar, e etc., de maneira que, qualquer conduta que atente contra qualquer desses signos, atentará, também, contra o meio ambiente, ofendendo-o diretamente.

No caso da segurança pública, como vimos, esta diz respeito, não à segurança de todos e cada indivíduo em conjunto, mas sim, à incolumidade da sociedade de maneira geral, de um ente maior, coletivo, de maneira que, qualquer conduta que atente contra a segurança desse ente social, atentará contra a segurança pública. Havendo insegurança social já estará ofendido este bem jurídico, e, então, a conduta responsável pela referida ofensa, será possivelmente criminosa, desde que presentes os demais elementos do tipo penal.

O que concluímos com esse estudo, ainda pioneiro, da sensibilidade dos bens jurídico-penais é que, quando mais amplo o bem, maior sua sensibilidade, principalmente quando se fala em bens jurídicos complexos, porque, quando o bem jurídico é classificado como complexo, ele é sobreposto a outros mais específicos, de modo que, ofendido qualquer destes bens mais restritos, estará, inarredavelmente, se lesando o bem mais amplo. A recíproca, entretanto, não é verdadeira.

Ofendendo-se a flora nacional, por exemplo, evidente que se ofende ao meio ambiente, entretanto, ofendendo-se a fauna, embora se lese o meio ambiente (mais amplo, continente), não há qualquer lesão à flora (mais restrito, contido), por isso, imprescindível que se reconheça uma maior sensibilidade lógica nos bens jurídico-penais mais amplos e uma conseqüente resistência naqueles mais específicos.

Por isso, propomos, aqui, uma classificação que, embora básica, possui grande importância para a compreensão do tema. Trata-se de classificação tríptica dos bens jurídico-penais quanto à sua sensibilidade. De acordo com nossa classificação existem bens jurídico-penais: I) Resistentes são os bens que dificilmente serão lesionados, tendo em vista sua especificidade, que gera uma natural resistência; II) São os bens sensíveis. É aqui que se encontra a grande maioria dos bens jurídicos, que, nem são tão específicos a ponto de poucas condutas humanas os atingirem, e nem são tão amplos que poderiam ser lesados com mera desobediência normativa, e, por fim, III Hipersensíveis são os bens jurídicos mais sensíveis em nosso ordenamento jurídico. Condutas, muitas vezes simples, e destituídas de resultado naturalístico, por exemplo, são capazes de ofendê-los. É o caso dos macro bens jurídicos, ou bens jurídicos de interesse difuso, que, na grande maioria das vezes, acabam sendo complexos.

Importante aqui salientar que, em qualquer das três espécies de bens jurídicos, mas, especialmente quando se falar em bens hipersensíveis, deve-se atentar à legalidade e principalmente à intervenção mínima e à insignificância, aferindo sempre se estão presentes os requisitos para sua aplicação, conforme abordado em capítulo anterior, uma vez que, mesmo que haja ofensa ao bem jurídico-penal, se essa ofensa não for significativa, a conduta, ainda assim, será atípica materialmente, passando a mera infração administrativa, ou mesmo ilícito civil.

Por fim, não há que se confundir a sensibilidade dos bens jurídico-penais com a especial vulnerabilidade de certos indivíduos. Em nosso estudo, a maior ou menor sensibilidade (ou vulnerabilidade) é do bem jurídico objetivamente tutelado, não de seus titulares, até mesmo porque muitos bens jurídicos são vagos (não possuem titular específico).

De modo diverso, quando se fala em vulnerabilidade ou hipossuficiência da pessoa tutelada pela norma penal, está a se referir a indivíduo específico, com peculiar condição de fraqueza, o que acontece, por exemplo, nas relações de consumo, onde o consumidor é parte mais fraca (Código de Defesa do Consumidor), ou mesmo nas relações domésticas envolvendo violência contra a mulher (Lei Maria da Penha. Por mais que a tutela das referidas Leis seja de caráter geral (a todas as pessoas que possuem a condição especial de consumidor ou mulher no âmbito doméstico), ela se refere a indivíduos, não a bens jurídicos. Por mais que indivíduos sejam, naturalmente titulares de bens jurídicos, os conceitos não se confundem. A vulnerabilidade do indivíduo é propriamente subjetiva, enquanto que a sensibilidade dos bens jurídicos é de caráter objetivo.

9.4 Do Direito Penal Simbólico

O que a doutrina conceitua como Direito penal simbólico é justamente esse uso da máquina pública, mais especificamente do Direito penal, para reprimir cada vez mais condutas, na tentativa de mostrar serviço e, principalmente, conquistar o coração da população, os eleitores.

Em nosso país, como bem sabemos, o poder pertence ao povo e é por ele exercido por meio de seus representantes legais, que são escolhidos por eleições diretas (democracia). Ocorre que esse sistema representativo democrático, como todo sistema de exercício do poder, possui alguns pontos fracos. No Brasil, por exemplo, é público e notório que não se elege legisladores por sua honestidade e probidade ou por sua competência, mas sim por sua habilidade dialética e de convencimento, por sua popularidade.

Justamente por isso – e assim deve ser, infelizmente, em um sistema nos quais os legisladores são eleitos e representam o povo – o legislador acaba sendo muito influenciado pela opinião popular na elaboração legislativa. O legislador penal, infelizmente, acaba criando novos tipos penais baseado no pensamento dessa nova sociedade do medo, que se influencia muito fácil pelos veículos

mediáticos, o que acaba resultando em um Direito penal muito mais rígido, com menos limites, e até mesmo violador de alguns Direitos e garantias fundamentais.

O Direito penal simbólico tem como ideologia a criminalização de condutas que não deveriam estar sob o âmbito do Direito penal, condutas que, por mais que perturbem a paz social, não demandam o interesse do gigante adormecido do Direito penal. Ocorre que os legisladores, que, na maioria das vezes desconhecem, ou simplesmente ignoram os princípios da intervenção mínima do Direito penal, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da ofensividade, da culpabilidade, e tantos outros que são tão caros ao Estado Democrático de Direito, simplesmente criminalizam novas condutas a seu bel prazer, ferindo de morte os ideais iluministas pelos quais o povo tanto lutou.

Nesse sentido leciona Silva Franco:

Os meios de comunicação de massa começaram a atuar, movidos por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando a ideia de que seria mister, para removê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou determinados tipos de delinqüentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda de tradicionais garantias do próprio Direito Penal ou do Direito Processual Penal (1994, p. 32-34).

O povo justifica a utilização dessa medida com afirmativas tolas e que se aproximam do totalitarismo, tais como “bandido não tem direito”, “para mim, bandido tem é que morrer” e “o Estado tem que nos proteger dos bandidos a qualquer custo”. Entretanto, esquece-se que a ideia de criminoso, ou de “bandido” é subjetiva e vem se alterando com muita freqüência com o passar do tempo.

Se criminoso é quem pratica conduta criminosa, e quem define quais condutas criminosas é o legislador, que representa o povo, é o próprio povo quem escolhe quem serão ou não os “bandidos”, e, na medida que se expande cada vez mais e mais o âmbito de aplicação do Direito penal, mais e mais condutas serão criminosas e mais e mais bandidos existirão. É mais um ciclo vicioso dessa odiosa onda de hipertrofia legislativa criminalizadora trazida pela sociedade do medo.

O direito penal simbólico, ou simbolismo penal, consiste então, basicamente, nessa expansão do âmbito de criminalização de condutas, que acaba, no mais das vezes, extrapolando os limites constitucionais de atuação do Direito

penal, de acordo com princípios por nós já estudados. Essa ampliação punitiva e expansão legislativa são consequência dessa abstrativização e dinamização dos bens jurídico-penais, que, por sua vez, advém diretamente do surgimento dessa nova sociedade do risco, ou, sociedade do medo.

Esse método legislativo e esse medo social acaba sendo de muito interesse aos aspirantes a cargos eletivos, que fazem campanhas de “tolerância zero à criminalidade” e de eliminação da “bandagem”, transbordando populismo. Nessa toada, merece transcrição um trecho da obra de Santoro Filho:

Uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente, entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alardeiam, da criminalidade. (2000, p. 132-133).

Esse sistema penal foi muito forte nos Estados Unidos da América, na década de oitenta. A título de exemplo, podemos citar a política das “Janelas Quebradas”, encabeçada por James Q. Wilson e Geroge Kelling, e que preceituava que, se uma janela, de uma fábrica ou escritório, é quebrada, imediatamente deve ser reparada e sancionado o criminoso, do contrário, logo as demais pessoas poderiam pensar que não havia quem se preocupasse com aquele lugar e zelasse por sua paz, o que faria com que novos criminosos quebrasse mais e mais janelas, ampliando a sensação de impunidade e aumentando, cada vez mais a criminalidade, o que culminaria, por fim, com o abandono daquele bairro pelas pessoas de bem, deixando-o à revelia, nas mãos dos criminosos (MORAES, 2011, p. 211-212).

Esse movimento, eminentemente simbólico e populista influenciou na criação de outros movimentos igualmente simbólicos e populistas, tais como as políticas, também norte americanas, de “Tolerância Zero” e “*Law and Order*”, que tinha como características aquelas por nós já citadas como base do movimento simbólico, tais como a aplicação da legislação penal e a redução de garantias penais e processuais penais.

Aqui no Brasil, alguns autores apontam como norma de caráter fortemente simbólico a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). Para Dotti, por

exemplo, na década de noventa, no Brasil, houve forte influência do movimento *Law and Order*, com a criação de inúmeras leis com estas características, como as Leis 8.072/90; 9.078/90; 9.029/95; 9.455/97, e tantas outras (2004, p. 25-26).

Ocorre que, esse simbolismo penal deve ser evitado, não apenas pelo legislador, mas por todo e qualquer operador do Direito, especialmente pelo Juiz, quando da aplicação da Lei ao caso concreto.

É que o Poder Judiciário, por ser o único dos três poderes que não possui representantes eleitos pelo povo, não deve respeito diretamente ao povo, mas sim à Constituição. O poder judiciário, de maneira geral, é o guardião das Leis e, principalmente, da Constituição Federal, não podendo este se deixar levar por ondas populistas, criminalistas e simbólicas, devendo sempre atuar estritamente de acordo com a Constituição, mesmo que essa não seja a vontade de quase todos, ou mesmo de todos os cidadãos de um país. Por isso se diz que o Poder Judiciário tem uma função *contramajoritária* (BARROSO, 2011, p. 385-386). O professor Luís Roberto Barroso bem explica no que consiste essa função *contramajoritária*:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargos de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder que seja desempenhado por agentes público selecionado com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservados das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.[...]. Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, essa possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional n. 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo exposto, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como contramajoritário: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular. (BARROSO, 2011, p.385 e 386).

Embasados nesse fundamento é que dizemos e fundamentamos que o Poder Judiciário não pode se deixar levar pelo pensamento popular, muito pelo

contrário, deve seguir as orientações e nortes trazidos pela Constituição Federal, mesmo que isso implique ir contra toda a população nacional. É o que determina a própria Carta Maior.

9.5 Da Antecipação e da Superantecipação da Punição

Como vimos nos capítulos anteriores, o legislador contemporâneo, utilizando-se do simbolismo penal, acaba por expandir a aplicação do Direito penal, e essa ampliação, muitas vezes, acaba levando-o a criminalizar condutas que até podem vir a ser criminosas, mas, de fato, ainda não o são, é o que a doutrina alemã vem chamando de *Vorkfeldkriminalisierung* (Criminalização no âmbito prévio) (CAVALCANTI, 2005, p.187).

Como antecipação da punição, então, entende-se a criminalização desenfreada de condutas que, em verdade, não deveriam ser tratadas como criminosas, pois não possuem os pressupostos para serem considerados ilícitos penais, tendo em vista os princípios da intervenção mínima e da ofensividade.

Certas condutas, hoje tipificadas em nosso ordenamento, violam mortalmente ambos os princípios, uma vez que criminalizam condutas que não causam qualquer resultado naturalístico, no escopo de justamente prevenir esse resultado. É nesse momento que o legislador cria um resultado jurídico, para que se possa punir aquele ato criador de riscos.

Então, como dito acima, o ato de punir uma conduta geradora de riscos com fim de evitar a ocorrência de dano é o que se chama de antecipação da punição. Em nosso estudo, desenvolvemos uma nova classificação para casos excepcionais, onde não basta dizer que houve mera antecipação punitiva, casos nos quais há uma *super* antecipação da punição.

Esse tipo de criminalização em âmbito extremamente prévio (ou, como convenciamos chamar, *super* antecipação) se dá nos casos em que o legislador, ao invés de punir riscos para evitar resultados (antecipação da punição), quer evitar os próprios riscos, usando da ferramenta do Direito penal, e então ele acaba

punindo a conduta que gera somente a probabilidade de ocorrência de riscos (riscos dos riscos), na tentativa de evitar qualquer tipo de perigo, para, assim, evitar a ocorrência de dano, utilizando-se de técnica de prevenção indireta.

Ora, não se olvida que a função do Estado é justamente retirar da sociedade qualquer tipo de risco, e, inclusive, entendemos legítimo o uso do Direito penal na antecipação punitiva, caso contrário, crimes gravíssimos como o tráfico de drogas e o próprio porte de arma de fogo seriam considerados atípicos, o que resultaria em imensa omissão estatal na proteção de seu povo, tendo em vista a extrema gravidade em torno dos citados delitos.

É que quando se faz um Juízo de valores sobre o tema, observa-se legítima a utilização do Direito penal para punir os crimes de perigo abstrato de maior gravidade. O que a hermenêutica exige para que se chegue a essa consagrada conclusão é que se faça uma ponderação de valores, que se analise o tema sob a ótica do postulado normativo da proporcionalidade, e que façamos isso atentos ao seu duplo viés: *ubermassverbot* (proibição de excesso) e *untermassverbot* (proibição à proteção deficiente) (SARLET, 2007).

Essa nova ótica do postulado da proporcionalidade prega que este não deve ser analisado unicamente sob a ótica da proibição de excesso de atuação do Estado, mas também vedando a omissão estatal em conferir proteção a seus membros. Prega-se, então, que todo e qualquer ato do Estado deve alcançar a tênue linha entre o excesso e a omissão, alcançando, somente assim, a proporcionalidade, e, conseqüentemente, a constitucionalidade.

Na situação em tela, quando se pondera os bens jurídicos em debate: ofensividade, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade e segurança coletiva, se verifica que a lesão aos direitos fundamentais do ser humano é tão pequena, e o nível de segurança coletiva alcançado com tais tipos penais é tão relevante, que é razoável que se criminalize tais condutas, aqui, a balança do Direito alcançou o equilíbrio, mesclou os princípios em debate e chegou à finalidade máxima do Direito: pacificação social. A norma, aqui, atinge seu fim.

Inobstante tal entendimento quanto à punição no âmbito prévio, na medida em que a punição se afasta do resultado naturalístico da conduta, a lesão aos princípios constitucionais se torna cada vez maior e a proteção à segurança

pública se torna cada vez menor, por isso, no caso da *super* antecipação punitiva, entendemos não estar presente a mesma proporcionalidade. É que nessa situação, os danos causados pela norma ultrapassam, e muito, os benefícios por ela trazidos, por isso, tais tipos penais, além de violarem os princípios da ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da culpabilidade e da subsidiariedade, também violam o princípio da proporcionalidade, e, por todas estas violações, são inconstitucionais.

Mais restritos ao âmbito das armas de fogo, de pronto reconhece-se que as condutas de posse e porte de arma de fogo são verdadeiras *vorkfeldkriminalisierung*, assim como o são todos os crimes de perigo abstrato, por isso, como já dissemos, não chegamos ao extremo de entender como inconstitucionais os crimes de posse ou porte de arma de fogo, ou mesmo qualquer outro crime de perigo abstrato, pois adotamos e recebemos os fundamentos acima expostos, bem como pelos fundamentos já trazidos pelos tribunais superiores, no sentido de que, nesses casos, tutela-se o bem coletivo e não o individual, havendo aí a lesão jurídica necessária para que haja tipicidade material.

Ao nosso ver, não se pode afastar a tipicidade de todos os crimes de perigo abstrato simplesmente por nestas condutas não haver perigo concreto, uma vez que compreendemos que nestes casos há uma tutela de bens jurídicos supra individuais, que, por sua própria natureza, são mais sensíveis, se lesionando com uma maior facilidade do que os bens de natureza individual. Por isso, nestes casos em que o bem jurídico for de extrema valia e tiver alto nível de sensibilidade, se mostra razoável a punição em âmbito prévio.

Há de se reconhecer, entretanto, que entender como típica a conduta de possuir ou portar arma de fogo sem munição ou mesmo a munição ou acessório separados da arma de fogo configuraria verdadeira *super* antecipação da punição, situação que foge aos limites do proporcional, e, por isso, não pode ser considerada constitucional, por violação expressa a todos os princípios acima citados, todos de ordem constitucional.

Como já vimos em tópico anterior, o magistrado, em virtude de sua função *contramajoritária* de guardião da Constituição, não pode se deixar levar pela opinião da mídia e do povo, devendo apenas respeitar e zelar pelos valores constitucionais. Insofismável que na presente situação, o que ocorre é a pressão

populacional pela tipicidade da conduta. A população, de maneira geral, entende absurdo o entendimento de atipicidade da arma de fogo pelo “simples” fato de estar desmuniada. Ocorre que o magistrado, que bem conhece os princípios constitucionais, sabe – ou deveria saber – que, ao considerar típica tal conduta, estará rasgando a Constituição Federal, e contribuindo para esse abuso estatal.

Além disso, ressalta-se o dever de o juiz aferir sempre a lesividade da conduta que a ele chega para aplicação da lei ao caso concreto, tendo em vista a função interpretativa do princípio da ofensividade, já citada anteriormente em nosso trabalho, transcrita da obra do Professor Luiz Flávio Gomes (2002, p. 28).

9.6 Do Postulado da Proporcionalidade

O princípio (ou postulado normativo) da proporcionalidade, desde os primórdios do Direito penal sempre foi muito debatido e questionado. Tal princípio baseia-se na ideia de que toda pena deve ser proporcional à gravidade do delito cometido. Quanto mais grave o delito, mais grave deve ser a sanção à ele cominada. Em nosso estudo tentaremos não nos aprofundar nesta vertente do referido postulado normativo, tendo em vista sua imensa verticalidade, bem como não ser esta a principal seara de nosso estudo.

Entendemos que não se pode permitir que tal princípio seja utilizado apenas como parâmetro para a fixação da pena, mas que deve ser utilizado também no nascedouro da tipicidade penal, qual seja, no poder legislativo, quando da criminalização de condutas, e, em caso de falha deste, no poder judiciário, quando da aplicação da lei ao caso concreto (subsunção da conduta ao tipo).

Como já vimos anteriormente, de acordo com a teoria constitucionalista do delito, que se complementa com os princípios da intervenção mínima e insignificância, não há tipicidade penal sem que haja relevante lesão ou perigo de lesão a bem jurídico, de modo que, deve aplicar-se neste momento, também, o postulado da proporcionalidade, a fim de aferir-se o real significado da palavra *relevante*.

Para o juízo de valor necessário à aferição do preenchimento do critério da proporcionalidade, o professor Ingo Wolfgang Sarlet (2005, s.p.) trouxe a ideia de três outros subcritérios a serem avaliados, segundo ele:

Para efeito dos desenvolvimentos posteriores, quando discutiremos alguns exemplos extraídos da jurisprudência pátria, há que lembrar a circunstância – já amplamente difundida entre nós e portanto também aqui apenas sumariamente referida - de que na sua aplicação como critério material para a aferição da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, o princípio (ou postulado, se assim preferirmos) da proporcionalidade (na sua função precípua como proibição de excesso) desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente, a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele (s) determinado (s) meio (s), b) da necessidade ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade, tal como prefere Gomes Canotilho) e c) a proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva), já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional,

Desse modo, de acordo com a doutrina apresentada pelo magistrado gaúcho, para que seja proporcional determinada medida restritiva, como, por exemplo a tipificação de determinada conduta como criminosa, deve, antes, aferir-se se tal medida mostra-se adequada ao fim ao qual se destina, ou seja, conferir proteção social, se ela se mostra necessária, se outras medidas menos restritivas não seriam capazes de alcançar o mesmo fim, e, ao fim, se ela se mostra razoável, se é esta a justa medida ao caso em concreto.

No caso da tipicidade da arma de fogo desmuniçada ou da munição desarmada, ao que nos parece, entender como típica tal conduta seria ir contra o postulado da proporcionalidade, uma vez que não se preenche, aí, o subcritério da necessidade, tendo em vista que, como defenderemos a seguir, é bem possível que simples sanção administrativa seja suficiente à tutelar o bem jurídico ali protegido, sem que haja invasão injusta na esfera individual do cidadão.

Além disso, nosso ordenamento jurídico recentemente “importou” do direito alemão o que se vem denominando como uma dupla face do princípio da proporcionalidade.

De acordo com essa linha de pensamento, a proporcionalidade deve pautar-se não apenas na ausência de excesso por parte do Estado, mas também na ausência de omissão deste, que deve garantir efetivamente os direitos e garantias fundamentais previstos em sua Carta Maior. Sobre o tema ensina Lênio Streck (2005, p. 180):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente do excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Assim, o que pretendemos explicar com esta breve dissertação acerca do princípio da proporcionalidade em sua dupla vertente é que, quando se fala em proporcionalidade ou em relevância proporcional do resultado jurídico é este o juízo de ponderação que se deve realizar: se a sanção penal para aquele caso em concreto é adequada, necessária e razoável, isso levanto em conta sempre o duplo viés interpretativo de proibição de excesso e proibição de deficiência.

9.7 Do Abuso do Direito de Punir

No início dos tempos as pessoas viviam em bandos, ou mesmo sozinhas, mas sem que houvesse qualquer organização, ou mesmo regras impostas para aquele grupo, de maneira que cada um fazia o que bem entendia. A justiça era privada, cada ser ou grupo fazia sua justiça de maneira individual. Com o passar do

tempo, o homem passa a conviver em grupos cada vez maiores, surgindo a necessidade de líderes para comandar tais grupos, bem como de regras, para que se mantivesse a paz dentro dos grupos, eis que aí surge o *contrato social* (ROUSSEAU, 1999).

O contrato social nada mais é do que um pacto tacitamente firmado por todo e qualquer cidadão, no qual este abre mão de parte dos seus direitos individuais, e aceita ser governado por um ente supra-individual, o Estado. A partir desse momento, o homem abre mão do direito de fazer justiça com suas próprias mãos, conferindo somente ao Estado o direito de punir qualquer indivíduo pela transgressão de qualquer das regras daquele Estado, é o que ficou conhecido como *jus puniendi*.

Surge aí então um binômio “dever/direito”. É que, a partir do momento que o Estado positiva suas regras e impõe modelos de condutas a serem seguidos, cominando sanções a quem não os seguir, surge o dever de todo membro do Estado de respeitar tais normas, e, no exato momento do desrespeito da norma, surge a pretensão (direito) do Estado de aplicar a sanção legalmente prevista ao agente transgressor.

Ao analisar o Direito penal sob essa ótica contratualista, não restam dúvidas de que a relação entre Estado e seus membros é a mesma de um contrato multilateral e sinalagmático. Isso porque envolve vários contratantes (Estado e todos os seus membros) e porque à todos são impostas obrigações: os membros tem a obrigação de respeitar todas as normas estatais, pagar tributos e etc., e ao Estado é dada a obrigação de conferir condições mínimas para vida, dignidade, segurança e respeitar os direitos individuais de todo cidadão.

Se o Estado não cumpre com sua parte no contrato, qualquer cidadão tem o direito de exigir que esta seja cumprida, como efetivamente acontece, quando se exige, por exemplo, o fornecimento de remédios, transporte, educação e alimentos da rede pública. De outra banda, se o cidadão desrespeita a norma estatal, o Estado tem o direito de impor-lhe sanção, nos exatos termos da Lei (princípio da legalidade), que é o contrato firmado entre as partes.

O Estado possui uma série de ferramentas legítimas para fazer valer suas normas, bem como para conferir aos cidadãos os direitos que lhes foram

conferidos pelo contrato social, dentre estas ferramentas encontramos, principalmente, as Leis e outros tipos normativos, previstos no artigo 59 da Constituição Federal. O Direito é, sem dúvida, o meio para exigir o cumprimento do contrato social por qualquer das partes.

Dentro da “caixa de ferramentas” que é o Direito, o Estado possui diversos mecanismos que podem por ele ser utilizados, tais como o Direito civil, o Direito administrativo, o Direito tributário, o Direito previdenciário, e, lá, no fundo dessa grande caixa, bem guardado, em um compartimento especial, encontra-se a mais violenta arma que o Estado detém para fazer valer suas regras, o Direito penal, que, como já dissemos inúmeras vezes, é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, sendo legítima sua utilização somente quando as outras “ferramentas” estatais já não forem o bastante.

Ao povo também foi conferida semelhante “caixa de ferramentas” (Direito), entretanto, nesta, as ferramentas são diferentes, são direitos individuais, sociais e coletivos, ferramentas que o povo teve de lutar muito para conseguir, foram inúmeras as batalhas, tais como, por exemplo, as revoluções iluministas, que culminaram com a declaração dos Direitos do homem e do cidadão, e, mais especificamente no Brasil, a luta pela democratização na época da ditadura militar, que culminaram com a Constituição Cidadã de 1988, dentre tantas outras que não nos compete aqui citar.

As ferramentas que o povo possui são, também, escudos, formas de limitar certas armas do Estado. Dentre estas, podemos citar os princípios limitadores do Direito penal, tais como a legalidade, a culpabilidade, a pessoalidade, a intervenção mínima e a lesividade. Para que não haja inadimplemento contratual por qualquer das partes, é necessário que se use as ferramentas e escudos de maneira moderada, sempre com a boa-fé exigida, e atentos à proporcionalidade.

Ocorre que muitas vezes o Estado falha em conferir ao cidadão as tutelas que lhe foram prometidas. No caso em debate, podemos observar a segurança pública. O alto índice de criminalidade e impunidade em nosso país tem origem em diversos fatores, e raízes mais profundas do que se imagina. Poderíamos “gastar” centenas, até milhares de páginas discorrendo sobre o tema, apontando motivos sociológicos, filosóficos e estruturais para o aumento da criminalidade no Brasil, entretanto, este não é o tema de nosso estudo.

O que se passa é que, muitas vezes, o Estado, ao observar uma falha sua em conferir prestação social, acaba usando uma ferramenta muito extrema, que, embora seja de mais fácil utilização, e, aparentemente mais eficaz, viola os “escudos” (direitos individuais) do cidadão, o que é desrespeitoso não apenas à Constituição Federal, mas à toda ordem democrática e ao próprio contrato social.

No caso da segurança pública, é evidente que as falhas encontram-se nos fatores que permitem que a criminalidade tenha início e se propague cada vez mais. Claro que nessas situações o ideal seria prevenir, evitando a ocorrência da prática delitiva, e não apenas remediar, punindo o delinqüente. E o Estado, inclusive, já reconheceu isso, e, cada vez mais, tenta impedir a prática criminosa. O problema é que a ferramenta utilizada vem sendo a errada.

Como vimos no tópico anterior, o Estado tem antecipado a punição para determinados tipos de crimes, impondo sanção a condutas que não lesam bens jurídico-penais. É a forma que o Estado encontrou de evitar a prática criminosa, conferindo uma falsa sensação de segurança e tentando mostrar que se esforça para o cumprimento de sua parte do contrato (Direito penal simbólico).

Não obstante a diminuição da criminalidade em virtude desta punição, ela se mostra ilegítima. É que, como já dissemos, para condutas que não lesionam bens jurídicos e nem os colocam em risco, não é necessário o uso da ferramenta mais forte do Estado, o Direito penal. No caso do posse ou porte de arma desmuniçada, por exemplo, é flagrante o abuso do Direito de punir ao se sancionar criminalmente tais condutas, o que se percebe facilmente com um simples juízo de valores.

É legítimo que o Estado viole liberdade, patrimônio, incolumidade física e até mesmo mental, impondo pena a quem tem ou anda com arma de fogo sem munição? Ora, não me parece. É que a arma de fogo desmuniçada não apresenta qualquer lesividade a bens jurídico-penais, vejamos.

A arma sem munição, ou esta segunda sem a arma é tão eficaz para lesionar a vida ou a integridade física quanto um martelo, ou mesmo uma rocha. O grande potencial destrutivo da arma está, justamente, em sua utilização para o disparo de projéteis, e, se esta não pode disparar tais projéteis, qual seu potencial lesivo à vida ou à saúde? Mínimo, tão mínimo que não desperta o interesse do

Direito penal. Portar arma de fogo sem munição é tão perigoso à vida quanto portar um pedaço de pau.

A tese defendida pelos tribunais superiores (STJ e STF) para declarar a tipicidade da conduta também não merece prosperar. Os tribunais superiores entendem, em apertada síntese, que é típica a posse ou porte de arma desmuniada porque esta, por mais que não gere qualquer perigo à vida ou à incolumidade física, lesiona efetivamente a segurança pública, bem jurídico supra-individual, e, de acordo com nossa classificação, hiper sensível.

Tal tese é válida tão somente para defender a constitucionalidade e legitimidade dos crimes de perigo abstrato em geral, nos quais, como vimos, o Estado pune os riscos para evitar os resultados (antecipação da punição), o que se legitima tendo em vista o grande risco de dano à bens jurídico-penais; entretanto, não pode servir de esteio para legitimar a atuação penal sobre a possibilidade de ocorrência de riscos, ou seja, para punir simples risco de riscos (Super antecipação), pois aqui, na arma sem munição, não há qualquer lesão, ou mesmo perigo de lesão à segurança pública. Nesse sentido ensina Bianchini:

(...) a antecipação de tutela penal, por meio da criminalização de atos preparatórios, comumente conhecidos como crimes-obstáculos, possui caráter excepcional e só se justifica quando se estiver diante de bens de categoria muito elevada e, ainda assim, desde que a descrição realizada na conduta típica seja inequívoca. Este tipo de punição visa a prevenir ações indubitavelmente lesivas ou perigosas, mediante a punição de atos idôneos para a comissão de outros crimes. (BIANCHINI, 2002, p. 73).

Quanto ao argumento de que a qualquer momento a arma desmuniada pode ser acoplada à munição, é válido tal argumento, entretanto, deve utilizar-se da lógica para sua interpretação. Enquanto a arma estiver desmuniada não há que se falar em crime, uma vez que não há ofensa ou perigo ofensa a qualquer bem jurídico-penal, agora, a partir do momento em que se coloca a munição na arma, ou que o agente tem esta a seu alcance, surge o alto potencial lesivo da arma de fogo, tendo em vista a possibilidade de disparo (agente causador de dano), e, como consequência inarredável, desperta-se o interesse do Direito penal. Nesse momento há tipicidade.

Importante aqui ressaltar, que para que haja tipicidade não é necessário que a munição esteja efetivamente inserida na arma de fogo, basta que esta esteja ao alcance do agente. Seria totalmente ilógico exigir que a munição esteja junto da arma para se conferir tipicidade à conduta, chegando-se ao ponto de entender atípica a conduta daquele que porta arma de fogo nas mãos e a munição nos bolsos. É fato que, em tendo o agente alcance imediato à ambas: arma e munição, há perigo à segurança pública, entretanto, enquanto o agente não tiver acesso imediato a esses dois bens, o perigo não estará presente.

É que o potencial lesivo narrado aqui não advém da arma de fogo, por si só, mas sim do disparo desta. O disparo da arma de fogo é que tem alto potencial destrutivo, de maneira que o Estado, para evitar o dano (disparo), pune o simples risco (posse ou porte da arma). Não obstante, para que haja disparo de arma de fogo, é indispensável a presença de dois elementos, quais sejam: arma e munição. Enquanto o agente não dispuser (tiver a seu alcance ao mesmo tempo) de arma e munição, é impossível o disparo, havendo mero risco de possibilidade de disparo, de modo que não se legitima punir, através do Direito penal, quem pratica tal conduta.

Punir penalmente aquele que detém a arma sem munição ou vice-versa, sob o argumento de que este pode, eventualmente, dispor do outro elemento necessário ao disparo (munição ou arma), seria puni-lo por meros atos de cogitação, ou atos internos, que ainda não se exteriorizaram, o que rasga ao meio o princípio da lesividade, conforme vimos em capítulo específico. Nesse ponto, merece transcrição um apontamento feito por Günter Jakobs sobre o tema:

Em outros termos, o Direito Penal de um Estado de liberdades não trata do controle dos aspectos acerca do interno somente é permitida para a interpretação daqueles fenômenos externos que já são, de qualquer modo, perturbadores. Se tais formas de conduta são tomadas como motivo para investigar o contexto subjetivo, com a mesma justificativa – ou, para dizer em termos mais precisos, com a mesma falta de justificativa -, poderia ser tomado qualquer outro motivo arbitrário: suspeita-se da existência de maus pensamentos, mas posto que não seria legítimo isso ser valorado, por si só, como uma perturbação, toma-se algo socialmente adequado como pretexto. (JAKOBS, 2003, p. 118-119)

E que não se fala em punição pelo potencial intimidador da arma de fogo, que, mesmo que sem munição, causa arrepio a quem a vê, possuindo alto potencial coercitivo. Se fosse esse o entendimento, haveria de se punir também

aquele que possui ou porta arma de brinquedo, ou mesmo aquele que venda a vítima e afirma possuir arma de fogo, pois tais condutas, embora destituídas de qualquer lesividade, são capazes de fazer crer existir a possibilidade de disparo, e causam medo. Entretanto, felizmente, tal argumento não encontra arrimo, mesmo na doutrina mais severa.

Argumentar-se-á, aqui, que pregamos uma legalização da posse e do porte de arma de fogo, o que não é verdade, pelos motivos que agora exporemos.

Como vimos exaustivamente, o Direito penal é a arma extrema do Estado, justificando-se seu uso apenas em situações extremas. Não há qualquer lesividade na conduta de portar arma desmuniada, logo, não há extremismo que legitime o uso do Direito penal. Não obstante, o Estado não pode deixar de reprimir tal conduta. Quem porta arma de fogo, mesmo desmuniada, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, viola texto expresso de Lei, e deve ser punido, apenas não pelo Direito penal.

Pregamos a criação de sanção administrativa para tanto, tal como a apreensão da arma de fogo, e até mesmo a imposição de multa e impossibilidade para adquirir o registro ou porte de arma de fogo. São meios igualmente eficazes para impedir que pessoas adquiram armas de fogo sem o registro ou porte e não violam direitos fundamentais, como acontece quando se usa o Direito penal.

Nesse sentido, aliás, já houve decisão do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, extinguindo a ocorrência do crime por ausência de risco social (no caso foi aplicado o princípio da insignificância), mantendo-se, entretanto, a sanção administrativa decorrente do ilícito. Tal decisão já foi anteriormente transcrita neste estudo, entretanto, entendemos oportuna sua nova transcrição nesta fase da obra, para que se mostre como pode ser eficaz e aplicável a tese aqui defendida:

Lei de armas. Princípio da insignificância. Art. 10, "caput", da lei 9437/97. Morador de área adjacente a médio centro urbano que mantém em casa arma de fogo sem registro. Aplicação. Admissibilidade. Perda do instrumento: necessidade. Admite-se a aplicação do princípio da insignificância, que exclui a tipicidade, na hipótese em que morador de área adjacente a médio centro urbano mantém sob sua guarda, em casa, arma de fogo de uso permitido, mas sem autorização legal, porque a posse, em tais circunstâncias, além de ostentar lesão mínima, já que não chega a representar um risco para a coletividade, faz-e necessária como medida de

segurança, remanescendo, porém, a consequência da infração administrativa consubstanciada na perda da arma. (TAcrim/SP, 15ª Câmara, AC 1192739/2, rel. Décio Baretto, julgamento: 25/05/2000).

Essa sanção não penal, aliás, já existe no Estatuto do Desarmamento, que prevê, em seu artigo 25, que todas as armas apreendidas em desacordo com determinação legal ou regulamentar serão encaminhadas ao Comando do Exército para a destruição ou doação para órgãos de segurança pública ou às próprias forças armadas.

Ora, tal sanção administrativa já não seria suficiente para reprimir a conduta de possuir ou portar arma desmuniada? A nós evidencia-se que sim, tendo em vista a já citada desnecessidade de aplicação de sanção penal nesses casos, tendo em vista a ausência de lesividade da conduta e conseqüente ausência de tipicidade material da mesma. A conduta é atípica por ausência de ofensa a bem jurídico-penal, e a Lei não pode lhe conferir tal tipicidade.

Não se confundem as idéias de tipicidade formal e tipicidade material. A primeira é a descrição da conduta em Lei penal e a ameaça de lhe aplicar pena, enquanto que a segunda diz respeito à conduta que viola de maneira significativa bem jurídico-penal. Por isso, por mais que a Lei disponha expressamente que será crime possuir ou portar arma, acessório ou munição, mesmo que separadamente (o que não o faz), tal Lei seria hábil apenas a conferir tipicidade formal à conduta, jamais tipicidade material, que somente pode existir da valoração da ofensividade natural da conduta.

O brasileiro tem a estranha mania de pensar que se a tutela conferida não for a penal não há tutela efetiva, torna-se autorizada tal conduta pela Lei, ou que há omissão estatal. Ocorre que, pela própria natureza subsidiária e extremista do Direito penal, na maioria das situações, o ideal é que se use do Direito administrativo, e não do penal, até porque este segundo pode acabar sendo mais barato e mais eficaz para o Estado. São inúmeras as vantagens para que se utilize da sanção administrativa na situação em debate. Acreditamos que o único óbice para tanto ainda é a ultrapassada mente do povo brasileiro, que é representado por legisladores tão, ou mais, ultrapassados.

A contrário do que, infelizmente, ocorre em nosso país, entendemos que o Direito penal não pode ser visto como a única ferramenta de que dispõe o Estado, pois tal visão “*supõe uma expansão **ad absurdum** da outrora **ultima ratio** e, principalmente porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito penal um fardo que ele não pode carregar*”. (SÁNCHEZ, 2002, p.61).

É que não cabe ao Direito penal educar a população, incutindo em suas mentes a necessidade de obediência à norma, bem como não cabe ao Direito penal evitar que se adquira arma de fogo ou mesmo que se ande acima da velocidade. Tais imposições são sim funções estatais, mas toda atinentes ao Direito administrativo, até mesmo porque é impossível se educar mediante o emprego de sanção penal. O legislador acaba preferindo sancionar determinada conduta para reprimi-la do que investir em educação básica ou mesmo em informação ou atuação de entes administrativos para reprimi-la. Evidencia-se, então, um uso desmedido do Direito penal, um verdadeiro **abuso do direito de punir**.

Evidente o abuso por parte do Estado ao punir a conduta de possuir ou portar arma desmuniada, tendo em vista a natureza extrema do Direito penal, que, ao ser utilizado em situações como estas, deixa de ser a *ultima ratio* e passa a se tornar a *única ratio*. Passa-se por cima do princípio da intervenção mínima, que passa a ser verdadeira *intervenção máxima*, como bem ensina Sánchez (2002, p. 133).

O Direito penal, muito embora seja, no mais faz vezes, mais barato e mais rápido, confere apenas uma sensação aparente de solução do problema (segurança pública, ou, mais precisamente, ausência desta), que, na verdade, não fora sequer tocado, tendo em vista suas raízes profundas e estagnadas no seio social. O que se conclui, assim, é que o uso do Direito penal no caso da arma desmuniada, além muito violador a princípios e direitos constitucionais, se mostra ineficaz na repressão aos crimes que envolvem armas de fogo, justamente por isso, se mostra desproporcional e flagrantemente inconstitucional punir tal conduta, sob pena de verdadeiro abuso do *jus puniendi* conferido ao Estado.

O abuso de direito, como se sabe, gera descumprimento do acordo avençado, justamente por isso, caso o Estado aja desta forma, aplicando pena a quem possui ou porta arma de fogo sem munição ou munição sem arma, o cidadão

que tiver violado seus direitos tem ativada, imediatamente, a pretensão de exigir que se cumpra o contrato social, e a ferramenta para tanto é o *Habeas Corpus*, remédio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição.

Conforme prevê o próprio texto constitucional, o *Habeas Corpus* é cabível “*sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*”. Deste modo, quando o Estado agir com o abuso de seu direito/poder de punir (*Jus puniendi*) haverá, para a proteção do cidadão, o direito individual e fundamental ao *Habeas Corpus*, ferramenta da “caixa de Direitos” do cidadão para garantir que o Estado cumpra com o contrato social, agindo em respeito à legalidade, sem qualquer tipo de abuso.

CONCLUSÃO

Ao final de nosso breve estudo, concluímos que as armas de fogo são itens com um extremo potencial destrutivo, idealizados com o fim de proteger o ser humano, entretanto, esse potencial altamente destrutivo, que é usado inicialmente para proteção, pode ser usado também para a ofensa desregrada a bens jurídicos fundamentais, para a prática criminosa, bem dizer.

Nosso ordenamento jurídico reconhece esse alto potencial destrutivo que é inerente às armas de fogo e, já há muitas décadas, criminaliza a conduta de possuir ou portar arma de fogo sem o devido registro ou porte. Hoje, em nosso ordenamento, tais crimes são de perigo abstrato e de mera conduta, de maneira que o simples fato de possuir ou portar a arma, por si só, já configura ofensa à segurança pública, que, por ser um bem jurídico supra individual, é muito mais sensível do que os bens jurídicos individuais, e, em virtude dessa maior sensibilidade, se ofende com grande facilidade.

Os tipos previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei 10.826/03 são os que incriminam as condutas de posse e porte de arma de fogo de uso permitido e restrito. Tais tipos lecionam que será crime aquele que possuir ou portar arma, acessório ou munição. Não obstante, entendemos que aquele que tiver consigo qualquer desses itens, de maneira isolada, não comete conduta típica.

É que a ofensividade inerente à arma de fogo vem justamente de seu potencial para produzir disparos. A arma de fogo inapta a disparar não passa de um pedaço de ferro, e é tão lesiva quanto um. Essa mínima periculosidade da arma desmuniada ou da munição desarmada, como vimos, não desperta o interesse do Direito penal, que, por possuir mecanismos de cerceamento de direitos e garantias fundamentais, é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, somente sendo legítima sua atuação em casos extremos.

Essa subsidiariedade do Direito penal se evidencia com a vigência a nível constitucional de seus princípios limitadores, tais como os da intervenção mínima, que prega justamente que o Estado só atuará com o Direito penal em casos extremos, o da fragmentariedade, que leciona que apenas alguns bens jurídicos de extrema importância serão tutelados a nível penal, o da legalidade, que prega que

as penas somente poderão ser aplicadas nos exatos termos e limites da Lei, o da lesividade, ou ofensividade, que dispõe que não haverá crime sem que haja lesão efetiva e significativa a bem jurídico penalmente tutelado, e tantos outros que aqui não nos compete listar.

Observamos em nosso estudo que atualmente o mundo, e, mais especificamente o Brasil, em virtude da globalização acelerada e do desenvolvimento de novas tecnologias, vem passando por uma fase de aumento e reconhecimento pela sociedade de novos riscos, o que faz com que a população exija do Estado uma atuação mais rigorosa, no escopo de eliminar esses riscos para que a população possa viver mais tranqüila.

O Estado, por meio dos legisladores, que são democraticamente eleitos, acaba criando normas e mais normas, de maneira desenfreada, na tentativa de mostrar essa rigidez exigida pelo povo. Ocorre que essa hipertrofia legislativa é apenas uma solução aparente do problema, uma vez que tais normas possuem caráter muitas vezes vazio e de pouca técnica. É o que a doutrina vem chamando de Direito penal simbólico, como vimos.

Concluimos que esses riscos pelos quais passa a sociedade devem sim ser evitados pelo Estado, entretanto, não podem ser combatidos com o uso do Direito penal, que é a ultima arma do ordenamento jurídico. O ideal e legítimo seria que se combatesse tais riscos por meio do Direito administrativo, criando sanções e impedimentos para a ocorrência de tais riscos. Até é legítimo, em bens jurídicos de extrema importância, que o Estado puna os riscos, mesmo sem que haja lesão efetiva ao bem, justamente para evitar essa lesão (punição em âmbito prévio), entretanto, jamais pode se considerar legítima a punição penal à mera possibilidade de ocorrência de riscos (punição em âmbito super prévio).

Concluimos também que, não apenas o legislador, mas também, e, talvez mais ainda, o magistrado, em virtude de sua função contramajoritária quando se deparar com situações como a do porte de arma desmuniada, que não podem ser consideradas típicas pois não provocam nem lesão efetiva a bem jurídico-penal e nem o colocam em risco, deve, de imediato declarar a atipicidade material da conduta, por ausência de lesividade da mesma. É que nesses casos há meros riscos de riscos, e considerar típica tal conduta, que nem lesiona nem oferece risco direto à bem jurídico penal, seria super antecipar a punição.

Por fim, vimos que, como a arma desmuniada ou a munição desarmada devem ser consideradas atípicas, ou seja, não ativadoras do interesse penal, caso o Estado venha a punir por tais fatos, evidencia-se evidente abuso do Direito de punir (*jus puniendi*), que fora conferido ao Estado junto do contrato social. Como em qualquer contrato, para a parte que se vê lesionada pelo descumprimento – aqui, o descumprimento se dá em virtude do abuso de Direito -, há sempre um remédio para ressarcimento ou mesmo para exigir o cumprimento forçado da obrigação.

No caso em tela, como o inadimplente é o Estado, e o contrato descumprido é o próprio contrato social, o remédio adequado para se exigir o cumprimento da obrigação de não punir, nesses casos, é o Habeas Corpus, remédio constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LXVIII da Carta Maior, que deve ser impetrado para que se exija o trancamento da ação penal, ou mesmo a absolvição do acusado por flagrante atipicidade material da conduta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessando. **Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal**: uma discusión em la perspectiva de la criminologia crítica. Pena y Estado. Barcelona, n. 1, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2011

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 16 de julho de 2012.

_____. **Código Penal de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 16 de julho de 2012.

_____. **DECRETO nº 6.911. 19 de janeiro de 1935**. Disponível em <<http://www2.policiacivil.sp.gov.br/x2016/modules/smartsection/item.php?itemid=19>> Acesso em 08/05/2012.

_____. **Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm. Acessado em 16 de julho de 2012.

BRAZIL. **Código Criminal do Império do. 16 de dezembro de 1.830**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em 08/05/2012.

_____. **Código Penal dos Estados Unidos do. 1890**. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acesso em 08/05/2012.

BECK, Ulrich. **La sociedad Del riesgo**: Hacia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

_____; GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. **Modernização reflexive**: Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. V. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. 6 ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. **La Crisi della Legge**, in *Discorsi Intorno Al Diritto*. Sem data.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005.

CERVINI, Raúl. **Os processos de discriminação**; tradução Eliana Granja *et al.* Tradução da 2ª Ed. espanhola. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CIDADÃO, Declaração dos Direitos do Homem e do. França, 1789. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110843&tip=UN>> Acesso em> 08 de maio de 2012.

DELMANTO, Fábio M. de Almeida; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FILIPINAS, Ordenações. 11 de Janeiro de 1.603. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> Acesso em: 08 de maio de 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**: parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMES, Luis Flávio. **Arma desmuniada versus Munição desarmada**. 05/07/2004, s.p. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040705160036824p> Acesso em: 08 de maio de 2012.

_____. **Direito penal da ofensividade contra o direito penal da periculosidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2933, 13 jul. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19534>>. Acesso em: 06 de maio de 2012.

_____. **Mídia e direito penal**: em 2009 o "populismo penal" vai explodir. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 14 de abril de 2009. Acesso em: 06 de maio de 2012.

_____. **A Constituição Federal e os crimes de perigo abstrato**. 15/02/2007 Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 21 de agosto de 2012.

_____. e MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral: volume 2. Coordenação Luiz Flávio Gomes. 2. Tir. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. e OLIVEIRA, William Terra de. **Lei das Armas de Fogo**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. I, vols. I e VII.

ITALIANO, Código Penal. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>> Acesso em: 06 de maio de 2012.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do desarmamento**: anotações à parte criminal da Lei n. 10.826, de 22-12-2003 Estatuto do desarmamento. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Ver. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARCÃO, Renato Flávio. **Estatuto do desarmamento**: Anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal**: do perigo proibido e risco permitido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. 1. ed (ano 2008), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización Del bien jurídico y de la política criminal**. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica Del bien jurídico hacia El sistema. Revista de Derecho penal y Criminología. Madrd, n. 9, jan. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ONÇA, Fabiano. **Metralhadora**: a mais mortal. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/estudar/historia/metralhadora-mais-mortal-434645.shtml>> Acesso em: 30 de abril de 2012.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROCCO, Arturo. **L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale**. Torino: Fratelli Bocca, 1913.

ROUSEEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**: Princípios De Direito Político. 19. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S/A, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do Direito penal**: Aspectos da política criminal nas sociedade pós industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. Série: As Ciências Criminais no Século XXI, 2002. v. 11.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases Críticas do Direito Criminal**. Leme: Editora de Direito, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: Contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 23 de ago. de 2012.

SILVA, César Dario Mariano da. **Estatuto do desarmamento**: de acordo com a Lei 10.826/2003. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, ano XXXII, 2005, p. 180.

SZNICK, Valdir. **Crime de Porte de Arma**. São Paulo: Leud, 1997.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **Armas De Fogo**: São Elas as Culpadas? São Paulo: LTr. 2001

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral: arts. 1º ao 120. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.