



STF tem novo entendimento sobre porte ilegal de armas

Andar com arma de fogo sem munição não é crime de porte ilegal. O entendimento novo é da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que concedeu Habeas Corpus, nesta terça-feira (25/5), para trancar ação penal contra um acusado de porte ilegal de arma. Ficaram vencidos os ministros **Ellen Gracie** e **Ilmar Galvão**, que já tinha votado antes de se aposentar.

“Enquanto uma arma municada pode representar risco de dano, ou perigo, à incolumidade pública, à segurança coletiva enfim, uma arma desmunicada já não goza, por si só, dessa aptidão. O mero porte de arma de fogo desmunicada não tem capacidade para meter em risco o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora”, afirmou o ministro **Cezar Peluso**.

O professor **Luiz Flávio Gomes** concorda com o novo entendimento do STF. Tanto que já tinha encaminhado para a Corte um documento com a explicação técnica sobre o assunto.

“A jurisprudência vinha entendendo que bastava a pessoa carregar uma arma — de brinquedo ou não — para ser enquadrada em crime de porte ilegal. A lei, entretanto, prevê punição para o perigo de disparo. Se a arma está sem munição, não há potencialidade lesiva”, diz o professor.

Segundo Luiz Flávio Gomes, as pessoas podem até se sentir intimidadas com uma arma, mas o fato não pode ser tipificado como crime de porte ilegal. Se a arma for apontada para alguém, o fato pode ser tipificado como crime de ameaça.

Ele explicou que, com esse entendimento do STF, quem for pego na rua com arma de brinquedo ou sem munição não pode ser preso em flagrante por porte ilegal de arma. “A polícia deve levar apenas a arma”.

De acordo com o professor, os ministros do STJ e do STF vinham entendendo pelo perigo presumido para aceitar que portar arma desmunicada ou de brinquedo é crime. “Consideravam que a pessoa que andava com arma de brinquedo ou desmunicada estava com má intenção, ou seja, baseavam-se no perigo presumido. Mas a lei não prevê que é crime andar com um pedaço de alumínio”, afirmou.

Leia o voto do ministro Cezar Peluso

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 81.057-8 SÃO PAULO

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE

RECORRENTE: LOURIVAL DANTES ROTEAS

ADVOGADO: PGE-SP – SERGIO GARDENGHI SUIAMA

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO VISTA



O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO:

1. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirmou condenação do recorrente pelo crime de porte de arma de fogo desmuniada.

O recorrente aduz que o porte de arma desmuniada, “*incapaz de gerar dano a outrem, não sendo causa de qualquer risco ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consistente na incolumidade pública*”, seria atípico, pois a tipicidade material somente se daria quando houvesse dano, ou risco de dano, ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Daí, o pedido de trancamento da ação.

O parecer ministerial, da lavra do Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, Subprocurador-Geral da República, é no sentido do improvimento do recurso, não só porque a arma desmuniada já ofereceria, potencialmente, risco de lesividade ao bem jurídico – paz social -, como porque o fato de o recorrente já ter sido, antes, condenado por crime de roubo, demonstraria a potencialidade de conduta lesiva à mesma paz social.

A Ministra Relatora nega provimento ao recurso, por entender que

“O fato de estar desmuniado o revólver não o desqualifica como arma, tendo em vista que a ofensividade de uma arma de fogo não está apenas na sua capacidade de disparar projéteis, causando ferimentos graves ou morte, mas também, na grande maioria dos casos, no seu potencial de intimidação.

...

O crime é de mera conduta e, segundo dicção de Fernando Capez, de perigo abstrato, não tendo a lei exigido a efetiva exposição de outrem a risco, sendo irrelevante a avaliação subseqüente (sic) sobre a ocorrência de perigo à coletividade (...)

...

Vê-se, assim, que o objetivo do legislador foi antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população – como o porte de arma de fogo em desacordo com as balizas legais -, prevenindo a prática de crimes como homicídios, lesões corporais, roubos, etc. E não se pode negar que uma arma de fogo, transportada pelo agente na cintura, ainda que desmuniada, é propícia, por exemplo, à prática do crime de roubo, diante do seu poder de ameaça e de intimidação da vítima” (fls.3-4).

Pedi vista o Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**.

Sua Excelência, após notar que a superveniente Lei nº 10.826/03 (*Estatuto do Desarmamento*) em nada atingiu o presente caso, votou pelo provimento do recurso.

Apoiado na moderna concepção do Direito Penal, que “*dá realce primacial aos princípios da necessidade e da lesividade do fato criminoso*”, seu voto releva a necessidade de que o fato típico implique lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado, ainda que se trate de crime de mera conduta (p. 5). Por essa razão, e com apoio na doutrina de **LUIZ FLÁVIO GOMES e WILLIAM TERRA**,



salienta que os princípios da ofensividade e da lesividade cobram, no campo dos delitos de posse, a **disponibilidade** (p. 6).

Lesividade e ofensividade, entendidos como princípios gerais contemporâneos, de interpretação da lei penal, devem prevalecer sempre que os comporte a regra incriminadora. “*Na figura criminal cogitada*”, continua Sua Excelência, “*os princípios bastam para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o **objeto material do tipo***” (p. 7).

No porte de arma, distingue duas situações à luz do princípio da disponibilidade:

“*Se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em conseqüência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo.*”

Ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica” (p. 8).

Estando a arma, no caso, desmuniada, e não fazendo, a denúncia, menção à disponibilidade de munições, dá Sua Excelência pela atipicidade da conduta e, daí, provê ao recurso, para deferir o *habeas corpus* e trancar a ação penal.

2. Pedindo vênias à ilustre Ministra **ELLEN GRACIE**, meu voto acompanha o do Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE**.

3. Gostaria de advertir desde logo que o bem jurídico-penal tutelado pelo crime descrito no art. 10 da Lei nº 9.437/97(1) não pode ser identificado com a *paz social*, nos termos propostos pelo parecer do douto Subprocurador, sob pena de se esvaziar a própria categoria dogmática.

A *paz social* é atingida toda vez que se comete um ilícito, e não só quando seja este de natureza criminal. E, por buscar o restabelecimento da ordem jurídica violada, conta o Direito com múltiplos instrumentos, dentre os quais a sanção penal, mas também, entre outros, a reparabilidade do dano extrapenal, medidas constritivas patrimoniais, sanções administrativas, etc. O que justificaria a opção do legislador, dentre todos os instrumentos de resposta normativa, pela ameaça da sanção penal, precisamente aquela que de regra atinge um dos mais importantes direitos individuais fundamentais, que é a liberdade (art. 5º, caput, da Constituição da República), enquanto bem jurídico-penal alcançado pela sanção? (2)

A resposta é uma só: por exigência de proporcionalidade – afinal, trata-se da mais grave das sanções do sistema jurídico -, somente os atentados mais conspícuos contra os bens, valores e interesses igualmente mais importantes ao juízo do mesmo sistema, ou o que hoje chamamos de *bens jurídico-penais*.

Foi por essa via, é bom lembrar, que se estruturou todo o arcabouço da moderna *teoria do bem jurídico-penal*, que, desde as origens, com **FEUERBACH**, sempre teve por finalidade prevenir o abuso



incriminador mediante estabelecimento de critérios, seguros e imanentes ao sistema, aptos a instaurar e avaliar relação de proporcionalidade entre a gravidade da sanção penal e o objeto tutelado pela norma incriminadora.

Não há como identificar a *paz social* ao objeto jurídico específico do delito de que se trata, assim porque ela subjaz ferida em todos os crimes – as incriminações pretendem, em última instância, como é óbvio, preservar ou restabelecer a *paz social* -, como porque doutro modo se aniquilaria a própria idéia dogmática do *bem jurídico-penal*, elaborada pelo esforço de doutrinadores, do porte de **FUERBACH, BIRNBAUM, BINDING, VON LISZT, SAX, ROXIN, POLAINO NAVARRETE, BRICOLA, ANGIIONI e FERRAJOLI**, dentre outros, como relevante instrumento classificatório, sistemático, exegético, dogmático e crítico. (3) Se fora concebido, aliás, com tamanha vagueza e abstração, o *bem jurídico* seria incapaz de exercer qualquer dessas funções metodológicas, a começar pela mais simples, a classificatória.

ROXIN acentua, exatamente, esse ponto, afirmando que é função do Direito, como um todo, assegurar a convivência pacífica, e do Direito Penal, como instrumento excepcional, assegurar os bens jurídicos fundamentais, *verbis*:

“o hodierno Estado democrático de direito, enquanto laico e fundado na soberania popular, não pode perseguir o aperfeiçoamento moral dos cidadãos adultos, mas **deve limitar-se a assegurar as condições de uma convivência pacífica (...); o direito penal**, ao fornecer seu contributo em tal direção, **deve antes de tudo garantir os bens jurídicos fundamentais** que estão sob os olhos de todos, como a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio, etc.” (grifei). (4)

Mas a só identificação de um bem jurídico fundamental como núcleo da tutela penal ainda não satisfaria à proporcionalidade que deve governar a relação entre a restrição da liberdade (sanção penal) e o fato criminoso. Isto é, não basta que o tipo penal esteja disposto à tutela de um bem jurídico fundamental; é preciso mais, é necessário que a conduta seja idônea a lesar ou pôr em perigo o mesmo bem, o que se traduz, para empregar termos contemporâneos, na *danosidade da conduta*.

E, aqui, um corte necessário, que já foi apontado pelo Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**.

Como afirmei, várias funções são atribuídas ao *bem jurídico* dentro da Teoria Geral do Direito Penal. Uma delas, por exemplo, posta em relevo pelas concepções constitucionais do bem jurídico, é a função crítica, que consiste em avaliar a legitimidade das opções do legislador penal em confronto com a escala dos valores constitucionais: escolha do bem e grau de antecipação da tutela. Outra, é a dogmática, que permite estabelecer de fato o limite da relação com a ofensa (lesão ou colocação em perigo). (5)

Não é mister, para o deslinde do caso, que se avalie a norma incriminadora sob o primeiro desses ângulos, o da legitimidade constitucional do bem jurídico tutelado e do grau de antecipação da tutela, pois o uso do conceito de bem jurídico como instrumento dogmático – de interpretação – já basta para afastar a tipicidade da conduta imputada ao recorrente.



E o critério interpretativo da ofensividade, ressaltado pelo Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, é derivação do princípio da proporcionalidade e está à base da concepção do tipo penal como protetor de *bens jurídicos fundamentais*.

Nesse sentido, **TERESA AGUADO CORREA**, em monografia dedicada ao princípio da proporcionalidade no Direito Penal, sustenta que “*o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é uma concreção do princípio da necessidade e, por isto, se deriva do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (...). Ao ser a função do Direito penal a proteção de bens jurídicos (penais), tão só será necessário e proporcional quando exista um bem jurídico (penal) a proteger frente a comportamentos que o coloquem em perigo ou que o lesionem*”. (6)

Como explica **ANGIONI**, o princípio da proporcionalidade, imanente à idéia de justiça e, portanto, de justiça penal, adquire, perante esta, o significado de que “*uma reação, para ser legítima, deve ser proporcional à ação (ofensiva). Essa proposição, que é explicitamente adotada em matéria de legítima defesa, é característica fundamental ou limite interno teleológico de qualquer teoria racional sobre a função da pena (retribuição, prevenção geral, prevenção especial)*”. Daí que, qualquer que seja a função atribuída à pena na Constituição, para qualquer delas vale o princípio da proporcionalidade que se encontra mediatamente constitucionalizado por implicação lógica”. (7)

E a primeira implicação, como sugeri, é a de que “*na operação de comparação entre o objeto da tutela (o bem jurídico tutelado) e o objeto da reação (o bem atingido pela sanção)*”, o critério guia deve ser o da proporcionalidade. (8)

Mas não é só.

A proporcionalidade também deve comandar a relação entre o bem tutelado e o bem jurídico atingido pela pena (a liberdade individual), no que diz respeito ao *grau de antecipação da tutela*: lesão ou perigo. Lesão, entendida como destruição, perda, compressão, ou diminuição de um bem. E perigo, visto como probabilidade de lesão do bem jurídico.

A antecipação da tutela penal aos momentos antecedentes ao da lesão somente será justificada quando se puder estabelecer relação de proporcionalidade entre a aplicação da pena (lesão do direito à liberdade do condenado) e o perigo (probabilidade de lesão do bem jurídico tutelado pela norma penal) causado pela conduta incriminada.

E é nesta seara que se fala, então, em **princípio da ofensividade**, ou da **lesividade**, como critério, não só de política-criminal, mas, no que interessa ao caso, de interpretação do tipo penal, como já afirmava o Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**.

“*Si tratta di un principio che risale ad Aristotele e ad Epicuro, e che accomuna l'intera cultura penale illuministica: da Hobbes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pgano e Rogmanosi*”, ensina **FERRAJOLI**, “*i quali identificano tutti nel danno recato ad altri le ragioni, i criteri e le misure delle proibizioni e delle pene*”. (9)



FERRAJOLI mostra ainda que, na Itália, o princípio da ofensividade brota da interpretação lógica e teleológica de um conjunto de normas, as quais, observo, encontram reflexo quase especular no ordenamento jurídico pátrio:

“da un lato, come si è detto, in base al valore costituzionale associato alla libertà personale dall’ art. 13 della Costituzione [artigo 5º, caput, da Constituição Federal], il quale esclude come meritevoli di tutela penale beni di valore inferiore ai costi delle privazioni di libertà richieste da tale tutela; dall’altro in base all’art. 49, 2o comma c.p. [nosso artigo 17 do Código Penal], che esclude la punibilità ‘quando, per la inidoneità dell’azione o per la inesistenza dell’oggetto di essa, è impossibile l’evento dannoso o pericoloso’, nonché dell’art. 43 c.p. [nosso artigo 18, inciso I, do Código Penal], che definisce il ‘delito doloso’ come previsione e volontà dell’ ‘evento dannoso o pericoloso che è il risultato dell’azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l’esistenza del delitto’”. (10)

Igual coisa afirma a professora espanhola **TERESA AGUADO CORREA**, ao observar que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos diz com o princípio da ofensividade, no sentido de que todo delito deve comportar lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, *“exigindo no momento da aplicação da lei penal que o comportamento concreto que se está julgando haja lesado ou colocado em perigo o bem jurídico”*. (11) Donde, refere uma *“dupla influência”* do princípio da lesividade: sobre o legislador, a quem incumbe a escolha do bem jurídico por tutelar, e sobre o **juiz**, *“o qual não se pode conformar com a subsunção formal do fato no comportamento descrito pela norma, senão que terá de comprovar que tal comportamento lesou ou colocou em perigo o bem jurídico protegido através de dita norma, e acaso assim não seja, deverá declarar sua atipicidade”* (grifei). (12) E, conclui a autora, é dessa forma que o bem jurídico *“adquire um papel central na interpretação dos tipos penais, falando-se que, no momento de aplicação ou interpretação judicial da lei penal, cumpre ele uma ‘função dogmática’, ‘função interpretativa’, ‘função de guia da interpretação’ ou ‘função dogmática e exegetica’”*. (13)

A ofensa (lesão ou perigo) ao bem jurídico deve ser tal, que possa estar em justa proporção com a intensidade da pena, ou seja, com a natureza da lesão ao bem jurídico consistente na liberdade individual do condenado. E esse princípio – que é, como se vê, decorrência do princípio da proporcionalidade – constitui o critério que permite evitar aqui, parodiando **MOCCIA**, a adequação típica de *“condutas por si só insignificantes sob o ponto de vista da danosidade social”*, atendendo, assim, à *“regra da ofensividade”*. (14)

Cumpra, pois, ponderar se, neste caso, a conduta pôs, comprovadamente, em perigo – porque lesão não houve – o bem jurídico protegido pelo tipo penal descrito no art. 10 da Lei nº 9.437/97, designadamente a incolumidade pública (15), em cujo âmbito conceitual só cabe *“a situação concreta de perigo ou de dano para a vida, a saúde ou o patrimônio das pessoas, ainda que não identificáveis”*, sem o que não se estará na presença de um bem jurídico, senão de *“uma verdadeira e simples função”* (16)

Conforme acertada lição de **MIGUEL REALE JÚNIOR**, *“a situação perigosa pode, como sucede nos crimes contra a incolumidade pública, colocar em risco de dano a um número indeterminado de pessoas, sendo idônea a lesar a segurança geral”*. (17)



Além disso, “*o perigo deve estar ínsito na conduta, segundo o revelado pela experiência*”. (18)

Enquanto uma arma muniada pode representar risco de dano, ou perigo, à incolumidade pública, à segurança coletiva enfim, uma arma desmuniada já não goza, por si só, dessa aptidão. O mero porte de arma de fogo desmuniada não tem capacidade para meter em risco o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

Ninguém o nega. E é esta a razão mesma por que aqueles que pregam a tipicidade do porte de arma desmuniada têm, para lhe encontrar algum apoio, de se socorrer do argumento frágil do *poder de intimidação*, não em termos absolutos, mas quanto à prática de outros delitos. Mas decerto não é esse o núcleo protetor da norma incriminadora em questão, como bem notado pelo Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, porque, se o fosse, o porte de facas e outros objetos cortantes, por exemplo, também teria sido tipificado, dado seu poder intimidador. Nem é lícito ir tão longe, a ponto de seccionar o nexo entre a norma incriminadora e o bem jurídico tutelado e, com isso, descambar num Direito Penal de mera desobediência, ou na *administrativização do Direito Penal*, (19) coisa que, como procurei demonstrar, é incompatível com a Constituição, por via de insulto ao princípio da proporcionalidade.

Por todas essas razões, estou em que o porte de arma de fogo desmuniada não entra no âmbito da tipicidade do art. 10 da Lei nº Lei n. 9.437/97 e, daí, ser atípica a conduta atribuída ao recorrente, pela qual, note-se, já foi até condenado.

4. Mas quadra um comentário final acerca da referência ao fato de o recorrente já ter sido condenado pela prática de roubo.

Conforme lecionam **NILO BATISTA e RAÚL ZAFFARONI**, “*enquanto para alguns autores, o delito constitui uma infração ou lesão jurídica, para outros ele constitui o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica. Para uns, seu desvalor – embora haja discordância no que tange ao objeto – esgota-se no próprio ato (lesão); para outros, o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor. Estendendo ao extremo esta segunda opção, chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor, que explica a pena. O conjunto de teorias que este critério compartilha configura o chamado **direito penal de autor***”. (20)

Essa forma tradicional, ou pura, do direito penal de autor, recebeu agora roupagem nova, consoante sublinham os doutrinadores, sob a forma de direito penal do risco, com a antecipação e o desvio da tipicidade na direção de atos de tentativa e, até, preparatórios, “*o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento. Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública, com o acrescido inconveniente de presumir dados subjetivos*”. (21)

Segundo bem o percebeu **MIGUEL REALE JÚNIOR**, a repressão aos estados de ânimo tende a punir a pessoa, “*mesmo sem a prática de atos preparatórios pela simples razão de se detectar a probabilidade de vir no futuro a cometer crimes. A **periculosidade sempre foi o recurso dos sistemas políticos totalitários**, como se deu com o nazismo e o comunismo, em que alcançavam relevo a predisposição de*



agir em ofensa ao 'são sentimento do povo alemão' ou aos 'interesses da coletividade socialista'. (22)

Um dos corolários do princípio da lesividade (as condutas incriminadas devem representar lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico) está, precisamente, em preexcluir o *direito penal de autor*. Ao vetar a “*incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico*”, (23) veta, por consequência, possam ser reputadas criminosas condutas imorais, antiéticas ou tão-somente desviadas, que não atinjam bens jurídicos alheios. Em síntese, impede se crie um direito penal repressor de determinados “*modos de ser*”.

Afirmar a tipicidade do comportamento atribuído ao recorrente pelo fato de já ter sido condenado pela prática de roubo é descair para esse campo interdito de incriminação de conduta que, podendo até aparecer desviada, não importa lesão nem perigo a bens jurídicos alheios. Equivaleria a punir o recorrente pelo seu (aparente) “*modo de ser*” – puni-lo pelo que (aparentemente) “*é*” e, não pelo que “*fez*” –, já que nenhum perigo ou lesão causou a bem jurídico de quem quer que seja.

A condenação anterior não tem repercussão alguma no **juízo de adequação típica** que ora se formula. Poderia ter relevância, acaso caracterizadas a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade da conduta, em momento posterior, o da dosimetria da pena (circunstância judicial, agravante ou causa de aumento da pena), como, aliás, o foi (cf. sentença condenatória, fls. 106). O *direito penal de autor* não encontra guarida em nenhum sistema penal fincado no Estado de Direito, comprometido, que é, com a dignidade da pessoa humana e com a garantia de seus direitos fundamentais, e, sobretudo, em nosso ordenamento, onde a presunção vigente é, ao reverso do que se propugna com a referência a tal condenação, a de inocência.

Tais observações tendem apenas a chamar a atenção para o perigo que contamina toda concepção de Direito Penal afastada da vocação de tutela de bens jurídicos, o qual, como supus haver demonstrado, facilmente resvala em visão penal autoritária e moralizante, oposta à concepção democrática, (por isso) tolerante, laica, secular e reverente a todas as formas de diversidade (moral, religiosa, étnica, racial, cultural, etc.), consagradas na Constituição da República (arts. 1º, 3º e 5º, especialmente *caput* e incs. I, IV, VI, VIII e IX). O direito penal do autor é inimigo irreconciliável do Estado Democrático de Direito.

5. Por essas razões, com a vênua da ilustre Ministra Relatora, acompanho o voto do Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, para dar provimento ao recurso, declarando atípica a conduta atribuída ao recorrente e, em consequência, concedendo a ordem para trancar a ação penal. É como voto.

Notas de Rodapé:

1) “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, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – detenção de uma dois anos e multa.”

2) A partir deste questionamento, em apertada síntese, é que se construíram, inclusive, as teorias que exigem fundamentação constitucional para que um bem jurídico possa ter relevância penal, ou seja, para que seja merecedor da tutela penal (cf., por todos, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. Constituição e



crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995). Neste sentido, ponderava Bricola, considerado precursor desta concepção na doutrina italiana, que “a Constituição atribui valor preeminente à liberdade pessoal na medida em que afirma a sua inviolabilidade (art. 13 da Constituição italiana) logo na abertura da Parte I (“Direitos e deveres dos cidadãos”) do Título I (“Relações civis”). ‘Resulta daí que a máxima restrição da liberdade pessoal, que é aquela que se opera a título efetivo ou potencial através da sanção penal, não pode ser efetuada senão como extrema ratio, daí a conclusão de que a sanção penal só pode se adotada em virtude da lesão de um bem, senão de igual valor àquele sacrificado (a liberdade pessoal), ao menos dotado de relevância constitucional” (apud ESTELLITA, Heloisa. A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 61-2).

- 3) Cfr. ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffè, 1983, p. 6.
- 4) Claus Roxin apud FIANDACA, Giovanni. Il “bene giuridico” come problema teórico e come critério di política criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, p. 46.
- 5) Angioni, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milao: Giuffrè, 1983, p.6.
- 6) AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad em derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999, p.165-6.
- 7) Idem, apud, ESTELLITA, Heloisa, op. cit., p.66-7.
- 8) Idem, *ibid*.
- 9) FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 4ed., Roma: Laterzi, 1997, p.468.
- 10) FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 733.
- 11) AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad em derecho penal*, op. cit., p. 202.
- 12) Idem, *ibid*.
- 13) Idem, *ibid*.
- 14) MOCCIA, Sergio. *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 187
- 15) Ou um certo nível de segurança pública, como querem Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira (cf. Arma de fogo desmuniada configura crime? *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n.12, 2002, p. 5-9).
- 16) TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 217.



17) REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1, p. 278.

18) Idem, p. 279.

19) A expressão é de Miguel Reale Júnior: “A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de convivência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar. No seu substrato está a concepção pela qual a lei penal visa antes a ‘organizar’ do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los” (idem, p. 21).

20) ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo. Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I, p. 131.

21) Idem, p.133.

22) REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., p. 34, grifei.

23) BATISTA, Nilo. Introdução críti

Date Created

25/05/2004