

## *O Porte Ilegal de Munição e a Teoria do Delito\**

*Leandro Gornicki Nunes\**

Seguindo a tendência inútil da política criminal brasileira<sup>1</sup> e contrariando os princípios constitucionais que orientam a *moderna teoria do fato punível*, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003<sup>2</sup>, criminalizou o simples por ilegal de munição de arma de uso permitido (Lei nº 10.826/03, art. 14). Ocorre que tal postura legislativa não pode ser admitida no Estado Democrático de Direito, de modo que seu estudo em face dos princípios constitucionais da teoria do delito é necessário para o afastamento da inconstitucionalidade promovida pelo dispositivo legal em comento.

Como bem esclarece MIR PUIG, o Direito Penal pode ter diversas funções, e nessa perspectiva a pena é instrumento que pode ser utilizado para fins muito diversos, dependendo, por óbvio, de que modelo político-estatal se está falando.<sup>3</sup> Dentre as funções atribuídas ideologicamente pelo discurso oficial à pena criminal, tem-se as teorias da *retribuição* (KANT, ROSSI e BETTIOL), da *prevenção geral* (WELZEL/JAKOBS) e da *prevenção especial* (GAROFALO).

Ocorre que a criminalização do porte ilegal de munição não encontra respaldo em nenhuma das teorias a respeito das justificativas da pena até hoje formuladas porque, em todas elas, é requisito a *ofensa*, ou pelo menos a *exposição de perigo*, a um bem jurídico tutelado pelo direito penal, coisa que não ocorre na espécie.

Conforme lembra Juarez CIRINO DOS SANTOS, “*juristas e criminólogos críticos pesquisam um referente material de definição de crime, capaz de exprimir a negatividade social das situações conflituais da vida coletiva nas sociedades modernas e de indicar hipóteses merecedoras de criminalização legal, admitindo que o Direito Penal ainda é necessário para solução de determinados conflitos*”<sup>4</sup>.

Porém, independentemente da função simbólica que se dê ao sistema penal, não se deve perder de vista os seus objetivos (tutelar os cidadãos e minimizar a violência), de modo que “*as únicas proibições penais justificadas por sua absoluta necessidade são, por*

---

\* Publicado no site [www.forenses.com.br](http://www.forenses.com.br), no dia 01/08/2006.

\* Professor de Direito Penal e Criminologia na Univille, Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca e Mestrando em Direito do Estado pela UFPR.

*sua vez, as proibições mínimas necessárias, ou seja, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal*<sup>5</sup>.

Dessa forma, é dever de *todos* buscar a aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível, diante da inegável violência que é impingida pelo sistema penal àquele que pratica alguma ação definida em lei como crime. Esta linha de limitação da intervenção punitiva e redução da irracionalidade (ou violência) da mesma, denomina-se *princípio da intervenção mínima*<sup>6</sup> ou da *economia do direito penal*<sup>7</sup>.

Corolário dos referidos princípios, o *princípio da fragmentariedade* vem estabelecer que o direito penal só deverá intervir em situações pontuais que signifiquem um perigo para os bens jurídicos. Somente os comportamentos mais graves podem ser causa de uma reação penal. Aqueles que produzem riscos de escassa dimensão devem ficar fora do âmbito penal. Nesse sentido: “*El derecho penal solo ha de intervenir en determinadas situaciones puntuales que signifiquen un peligro para los bienes jurídicos y no en todas. Esto significa que hay márgenes de actuación que representan riesgos para el bien jurídico no punibles. Del principio de necesidad de la pena deriva que sólo los comportamientos más graves pueden ser causa de una reacción penal y no aquellos que producen riesgos de escasa entidad. Dicho de otra forma, no todo ataque y afección a un bien jurídico debe ser sancionado penalmente, sino aquellos ataques más graves*”<sup>8</sup>.

Um delito é algo muito maior que uma simples lesão a um bem jurídico, mas a existência desta lesão é condição inarredável para que exista um delito. Segundo ZAFFARONI, para a existência de uma conduta típica é necessário que se afete (por meio de uma lesão ou de um perigo de lesão) um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Conseqüentemente, o *bem jurídico* passa a ter função central na *teoria do delito*, eis que é dele que se extrairá o sentido teleológico da lei penal<sup>9</sup>.

Para não se cair num formalismo legal (ou, no dizer de ZAFFARONI, “*numa pura jurisprudência de conceitos*”), deve-se delinear o conceito de *bem jurídico* — este concebido como *critério de criminalização e objeto de proteção* do Direito Penal<sup>10</sup> —. Na realização desse trabalho, em consulta à boa doutrina, descobre-se que ele exclui a

criminalização — primária ou secundária<sup>11</sup> — a) da *vontade do poder*, b) de *papéis sistêmicos*, c) do *risco abstrato*, d) ou dos *interesses difusos*<sup>12</sup>.

Em conseqüência, o bem jurídico possui duas funções imprescindíveis, ou seja: a) *função garantidora*, que emerge do princípio republicano; e b) *função teleológico-sistemática*, que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita. Sem a observância dessas funções, o direito penal pode fugir dos limites da racionalidade dos atos de governo impostos pelo princípio republicano (CR, art. 1º)<sup>13</sup>.

Cumprе ressaltar, desde já, que a nossa Carta Política, diante do que preceitua o art. 1º, não aceita a aplicação da *teoria sistêmica* de JAKOBS, cujo conteúdo despreza o bem jurídico tanto como objeto de proteção penal, quanto como critério de criminalização<sup>14</sup>.

No caso do porte ilegal de munição não se pode falar em *injusto penal* (fato típico e antijurídico) porque não há ofensividade ao bem jurídico tutelado (a incolumidade pública), uma vez que uma munição, por si só, não gera perigo algum; não pode ser usada sozinha, a exemplo da arma desmuniada ou daquela que não funciona. Nessas situações em que, de fato, nenhum perigo subsiste, o que se estará castigando é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma<sup>15</sup>.

Embora o fato esteja formalmente previsto como crime no Estatuto do Desarmamento, materialmente ele não configura delito, pois não há *danosidade real*, de modo que sequer deve ser iniciada uma ação penal para apuração da responsabilidade criminal, ante a ausência do pressuposto lógico: o crime.

A iniciativa legislativa em comento promoveu inadmissível subversão da *teoria do delito*, resultando, dessarte, uma violação ao princípio republicano de governo (CR, art. 1º), eis que impôs um dever pelo próprio dever<sup>16</sup>. Está-se diante daquilo que a doutrina chama de *grosseira falta de idoneidade do modelo punitivo para o tratamento do conflito criminalizado*. Quando a inidoneidade do modelo punitivo é grosseira, como no caso da criminalização do porte de munição de arma de uso permitido, as agências judiciais não podem ficar indiferentes e renunciar à sua função de controle da responsabilidade das agências políticas. “*A grosseira falta de idoneidade do modelo punitivo para o tratamento do conflito criminalizado é causa de inconstitucionalidade da lei penal que o criminalizou*”<sup>17</sup>; inconstitucionalidade esta que deve ser afastada por meio do *controle difuso*, enquanto não o seja pela *via concentrada* (ação direta de inconstitucionalidade).

Nunca é demais ressaltar que não há conduta que não se possa criminalizar sob o pretexto de evitar algum risco em uma sociedade de riscos, e por conseguinte, não haveria atividade alguma que não fosse suscetível de ser criminalizada<sup>18</sup>.

No âmbito jurisprudencial, *mutatis mutandis*, merece destaque o entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “*para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso – o cuidar-se de crime de mera conduta – no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação – não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato*”<sup>19</sup>.

Para o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o porte ilegal de munição é conduta atípica, de modo que a denúncia nesses casos deve ser rejeitada (“*O simples porte de munição, sem chance de uso em arma qualquer, não configura crime, pena de violação dos princípios da ofensividade e da razoabilidade. O Direito não é pura forma, competindo ao julgador atentar para aspectos outros que não a mera literalidade da norma. Até os mais ingênuos já perderam a ilusão de que é possível ler sem interpretar, e interpretar o Direito, inevitavelmente, também é criar o Direito. O legislador não tem carta branca para criminalizar condutas sem qualquer lesividade social, ao avesso da principiologia constitucional da Teoria do Delito consagrada no Direito Penal contemporâneo*”)<sup>20</sup>.

Somente as ações reprováveis por *seus efeitos lesivos* a terceiros são capazes de justificar o custo das penas e proibições. Nessa linha, vale lembrar que Direito não se confunde com moral. Por mais complicado que seja para alguns delinear o marco divisório entre direito e moral, o fato é que, com o processo de *secularização*, houve a laicização do Direito Penal que passou a ser visto como algo diverso daquilo que porventura venha a desagradar os conservadores de plantão<sup>21</sup>.

Para o professor Luigi FERRAJOLI “o princípio axiológico da ‘separação entre direito e moral’ veta, por sua vez, a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos. E impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros”<sup>22</sup>.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Pode-se dizer que no Brasil não há política criminal e sim política penal, pois o Estado se limita a editar leis penais e esquece de trabalhar outros setores relacionados com o Estado de Bem-estar Social (*welfare state*), como salienta o professor da Universidade Federal do Paraná, Juarez Cirino dos Santos. *In: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da Pena*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 1.

<sup>2</sup> Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências.

<sup>3</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General*. 6ª ed. Barcelona: Reppertor, 2002. No mesmo sentido: WELZEL, Hans. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires: Depalma, p. 233.

<sup>4</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal parte geral*. Curitiba: ICPC: Lúmen Júris, 2006, p. 14.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 373.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 80.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 372.

<sup>8</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 34.

<sup>9</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. *Manual...*, p. 462.

<sup>10</sup> Essa proteção ao bem jurídico feita pelo Direito Penal necessariamente deve ser *fragmentária e subsidiária*.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, *et alii*. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43: “*Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. [...] criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente*”.

<sup>12</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal...*, p. 16.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. *Manual...*, p. 466.

<sup>14</sup> JAKOBS, Gunther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, 1993, pp. 35-8.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 383.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. *Manual...*p. 466.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, *et alii*. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 241.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, *et alii*. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 241.

<sup>19</sup> STF, RHC nº 81.057/SP, 1ª Turma, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 25/05/2004.

<sup>20</sup> TJRS, Apelação criminal nº 70011545696, de Ijuí, 5ª Câmara Criminal, rel. Dês. Amilton Bueno de Carvalho, j. 08/06/2005.

<sup>21</sup> A propósito: CARVALHO, Amilton Bueno de, e CARVALHO, Salo. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, p. 372.