

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ CENTRO DE CIÊNCIAS  
JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE FACULDADE NACIONAL DE DIREITO -  
FND**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES DE POSSE E  
PORTE DE ARMA E MUNIÇÃO PELO STF**

**ISAQUE SOARES DE AGUIAR**

**Rio de Janeiro 2022**

**ISAQUE SOARES DE AGUIAR**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES DE POSSE E  
PORTE DE ARMA E MUNIÇÃO PELO STF**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antonio Martins

**Rio de Janeiro 2022**

## CIP - Catalogação na Publicação

A175a Aguiar, Isaque Soares de  
Aplicação do Princípio da Insignificância aos  
Crimes de Posse e Porte de Arma e Munição Pelo STF /  
Isaque Soares de Aguiar. -- Rio de Janeiro, 2022.  
69 f.

Orientadora: Antonio Jose Texeira Martins.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito Penal. 2. Princípio da Insignificância.  
3. Estatuto do Desarmamento . 4. Crimes de Perigo  
Abstrato. I. Martins, Antonio Jose Texeira ,  
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**ISAUQUE SOARES DE AGUIAR**

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES DE POSSE E  
PORTE DE ARMA E MUNIÇÃO PELO STF**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Jose Teixeira Martins**.

Data da Aprovação: Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_

Orientador Professor Dr. Antonio Jose Teixeira Martins.

\_\_\_\_\_

Dr. Tiago Joffily

\_\_\_\_\_

Dr. Cesar Augusto Costa

\_\_\_\_\_

**Rio de Janeiro**

**2022**

**AGRADECIMENTOS**

A parte dos agradecimentos revela-se sobretudo especial, sobretudo porque para o cristão cada realização é uma nova experiência com Deus, e aqui já adianto meu primeiro agradecimento. Se os céus e a Terra não existiriam senão por intermédio dEle, de igual modo é a conclusão desse curso, que muito me mostra da sua graça e do seu amor. A Ele toda honra. A Ele toda glória.

Agradeço à minha família, pai, mãe e irmãs. Essa realização não seria tão importante se eu não tivesse vocês para vibrarem comigo. Vocês são maravilhosos. Não consigo me imaginar em outra família, vocês são dádivas de Deus. Que bom que Deus me escolheu para glorificar o nome dEle sendo filho do Tacizio e da Marivania, e irmão da Thaisa e da Vanessa.

Também não posso deixar de agradecer ao Tio João e ao Tio Carlinhos e família.

Agradeço ao Rodrigo e Andrea pelo exemplo de fé e companheirismo.

À galera da Cru/fnd. que foram muito especiais nessa caminhada, em especial Livia, Mariana, Weverton, Julio, Camila, Karina, Laura, Hyressa, Leandro, Liandra e Sintique.

Ao Elias, por ser o irmãozão que a faculdade me deu, sinto-se muito honrado com sua amizade, obrigado por estar sempre disposto a ajudar.

Aos irmãos da célula TMJ, que a comunhão de Cristo sempre floresça entre a gente.

Aos orientadores Tiago Joffily e Antônio Martins, que muito contribuíram com esse trabalho, obrigado pela disponibilidade e erudição.

Por fim, aos amigos Luan, Luiz, Alexandre e Vinicius.

## **RESUMO**

A primeira vez que se tem notícia de uma conceituação material do princípio da insignificância foi em 1964 com o autor Claus Roxin. A partir de então esse princípio tem demonstrado sua grande importância para a correta interpretação das normas penais, sobretudo por meio de sua potencial contribuição para um direito penal racional. No Brasil, a primeira decisão que buscou sistematizar a aplicação desse princípio foi em 2004, a partir do julgamento do HC nº 84.412/SP. A ampliação da aplicação do princípio da insignificância alcançou os delitos dos arts. 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento, sob a discussão do que consiste a lesão ao bem jurídico tutelado por esses dispositivos penais. Nesse sentido a presente monografia buscou entender a relação entre crimes de perigo abstrato e violação do bem jurídico e de como essa lesão pode ser aferida para fins de aplicação do princípio da insignificância. Para tanto perscrutamos o caminho histórico do bem jurídico, a fim de que fosse possível estabelecer premissas básicas para entender o fundamento da incriminação do direito penal moderno. Após, procedemos à análise do princípio da insignificância, seu conceito, natureza jurídica, critérios e requisitos para sua aplicação, bem como o efeito de sua aplicação, para só então analisarmos os acórdãos em temas que geram discussões quanto a aplicação do princípio da insignificância aos delitos previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003.

**Palavras-Chave:** Bem Jurídico. Crimes de Perigo Abstrato. Lei 10.826/2003, arts. 12, 14 e 16. Princípio da Insignificância.

#### **ABSTRACT**

The first time that there is news of a material conceptualization of the principle of insignificance was in 1964 with the author Claus Roxin. Since then, this principle has demonstrated its great importance for the correct interpretation of criminal norms, especially through its potential contribution to a rational criminal law. In Brazil, the first decision that sought to systematize the application of this principle was in 2004, from the judgment of HC nº 84.412/SP. The expansion of the application of the principle of insignificance reached the crimes of arts. 12, 14 and 16 of the Disarmament Statute, under the discussion of what constitutes the damage to the legal interest protected by these penal provisions. In this sense, this monograph sought to understand the relationship between crimes of abstract danger and violation of the legal interest and how this injury can be measured for the purpose of applying the principle of insignificance. In order to do so, we scrutinized the historical path of the legal interest, so that it was possible to establish basic premises to understand the foundation of the incrimination of modern criminal law. Afterwards, we proceed to the analysis of the principle of insignificance, its concept, legal nature, criteria and requirements for its application, as well as the effect of its application, for only then we analyze the judgments in themes that generate discussions regarding the application of the principle of insignificance to the offenses provided for in art. 12, 14 and 16 of Law No. 10,826/2003.

**Keywords:** Good Legal. Abstract Danger Crimes. Law 10.826/2003, arts. 12, 14 and 16. Principle of Insignificance.

<b>INTRODUÇÃO</b>	9
<b>CAPÍTULO I- BEM JURÍDICO PENAL</b>	3
1.1 Visão positivista	7
1.2 Visão ontológica.	8
1.3 Funcionalismo sistêmico em Günther Jakobs	10
1.4 Teoria constitucional do bem jurídico	12
1.5 Conceitos atuais	17
1.6 Bem jurídico tutelado nos delitos do Estatuto do Desarmamento	20
1.7 Bem jurídico e crimes de perigo abstrato	23
<b>CAPÍTULO II- PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA</b>	25
2.1 Origem histórica.	26
2.2 Conceito e natureza jurídica	27
2.4 Análise dos vetores para aplicação do princípio da insignificância estabelecidos no Habeas Corpus 84.412/SP	34
Mínima ofensividade da conduta	35
nenhuma periculosidade social da ação	37
Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento	38
inexpressividade da lesão jurídica provocada	39
2.5 Aplicação do princípio da insignificância em casos de reincidência.	40
<b>CAPÍTULO III- ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS</b>	44
3.1 Considerações acerca dos delitos objeto dos acórdãos.	44
3.2 Porte e posse de munição desacompanhada de artefato capaz de efetuar disparos.	52
3.3 Arma de fogo desmuniada.	57
3.4. Potencialidade lesiva da arma de fogo ou munição.	60
<b>CONCLUSÃO</b>	61
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	64





## INTRODUÇÃO

Conforme retrata o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, em nenhum dos anos compreendidos entre 2013 e 2019 foram apreendidas menos de 100.000 (cem mil) armas de fogo<sup>1</sup> por ano. O número expressivo com que tais apreensões vêm ocorrendo tem feito desses delitos um dos mais julgados pelos tribunais brasileiros.

Ocorre que, a despeito da recorrência desses delitos, a jurisprudência pátria não foi capaz de desenvolver uma tendência jurisprudencial apta a brindar com segurança jurídica os operadores do direito que lidam com os crimes constantes do Estatuto do Desarmamento e seus acusados, notadamente quando se trata da aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a dúvida sobre a potencialidade lesiva de alguns fatos em tese tipificados pela Lei nº 10.826/2003 tem gerado divergências quando questionada sua lesão ao bem jurídico protegido pela norma.

Embora o princípio da insignificância tenha se destacado nos últimos anos nas decisões do STF, sua aplicação a determinados delitos, e ainda entre as diversas peculiaridades que cada delito pode assumir quando da análise dos casos concretos, não é nem um pouco uniforme, ao contrário, por vezes sem critérios e um tanto casuística.

Entendido como acórdão paradigmático quando se trata de princípio da insignificância, o HC 84.412/SP estabeleceu os que os vetores para aplicação do princípio da insignificância, sendo eles a mínima ofensividade da conduta; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em tal acórdão ficou consignado que o princípio da insignificância afasta a tipicidade de uma conduta formalmente típica por faltar-lhe tipicidade material, *i.e.*, efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. Desse modo, uma vez reconhecido ser necessário a análise da lesão ao bem jurídico para a incidência do princípio da insignificância, temos aí uma das razões pelas quais esse princípio é de aplicação significativamente controversa, pois a discussão acerca

---

<sup>1</sup> Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública: São Paulo 2020.

da concepção do bem jurídico não conta com previsão de consenso ou ao menos de menos divergência nas lições doutrinárias.

No cenário em que essa divergência se encontra, pergunta-se : qual é o bem jurídico tutelado pelos delitos dos arts. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003? Tais bens jurídicos são lesionados em caso de porte de ínfima quantidade de munição desacompanhada da arma de fogo capaz de dispará-la? E no caso de arma de fogo desmuniçada e ainda sem fácil acesso à munição? É necessário que se comprove a potencialidade lesiva da arma ou munição através de exame pericial?

Por essa razão o capítulo primeiro traça o panorâmico histórico da teoria do bem jurídico e o como ela pode ser útil para limitar o poder punitivo, qual o bem jurídico tutelado nos delitos previstos nos arts. 12, 14 e 16 , assim como delineou a situação atual acerca do bem jurídico. Ainda nesse primeiro capítulo, buscamos contrapor a concepção de delito como lesão ou colocação em perigo um bem jurídico penal e sua possível (in)compatibilidade com o direito penal democrático.

No capítulo segundo buscou-se compreender o que é o princípio da insignificância, seu conceito, sua natureza jurídica, os efeitos de sua aplicação, bem como os requisitos para sua aplicação.

Por fim, no terceiro capítulo, procedemos à análise dos acórdãos cujo julgamento envolvessem algum dos delitos objeto do presente trabalho, a fim de que fossem esclarecidos eventuais pontos de maior aceitação em termos de aplicação do princípio da insignificância e quais pontos eles se tornam mais controversos.

## CAPÍTULO I- BEM JURÍDICO PENAL

As formulações teórico críticas no âmbito do direito penal têm seu antecedente histórico no Movimento Iluminista, haja vista que em momentos pretéritos o delito era visto como uma violação à ordem divina, de modo que o *crimen* se confundia com o pecado<sup>2</sup>.

A partir de então houve um processo de construção das bases legitimadoras do direito penal, fundadas no contrato social, e, portanto, em premissas racionais, e não mais sob a perspectiva sobrenatural. Nessa linha de pensamento surgiram, entre outros, os ensinamentos de Beccaria, segundo o qual a base da norma incriminadora é o dano social e ainda Feuerbach, para quem o delito consistiria em uma lesão a um direito subjetivo.<sup>3</sup>

Paul Johann Anselm von Feuerbach é conhecido como pioneiro na tentativa de oferecer um arcabouço conceitual com vistas à limitação do poder punitivo estatal na medida em que a lesão a um direito subjetivo constitui parâmetro de controle em que excluiria o mero dever de obediência à norma penal, tendo em vista que a mencionada lesão ao direito subjetivo tem como pano de fundo o contrato social<sup>4</sup>.

Desse modo, sendo o delito uma lesão a um direito subjetivo, restaria limitado o arbítrio estatal em toda forma que pretendesse reduzir o direito penal à imposição de deveres nas quais não houvesse efetiva lesão ao direito no viés do contrato social.

Nesse sentido Juarez Tavares nos lembra da crítica feita por Feuerbach a Gallus Kleinschrod em razão da disciplina dada a alguns tipos penais do projeto de código penal da Baviera, elaborado por este último. É o caso do §403 do projeto, que tipificava como delito de traição uma ação dolosa voltada a alterar a constituição vigente à época e, segundo Feuerbach, a redação abrangente dessa norma penal permitiria enquadrar qualquer conduta como traição e,

---

<sup>2</sup> PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico Penal e Constituição. 5ª.ed-São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 27.

<sup>3</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Bem Jurídico Penal. São Paulo: Quartier Latin, Janeiro de 2014. Pg. 90.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pg. 92

portanto, apenas havendo uma conduta concreta, apta a conturbar estabilidade do estado, haveria lesão a um direito subjetivo e, por conseguinte, requisito idôneo para a tutela penal<sup>5</sup>.

Contudo há que se ressaltar que o Feuerbach não seguiu firme em sua ideia inicial da lesão ao direito subjetivo como fundamento do delito, eis que posteriormente passou a admitir a criação de normas penais nas quais violassem o dever de obediência ao Estado, ainda que não provocasse qualquer violação concreta a um direito subjetivo, incluindo entre elas ações imorais.<sup>6</sup>

Pois bem, a despeito das contribuições advindas do pensamento inicial de Feuerbach, assim como sua utilidade para os dias atuais, a lesão ao direito subjetivo como fundamento da norma incriminadora não prevaleceu, cedendo lugar à noção de bem jurídico. Foi Johann Michael Franz Birnbaum quem primeiro suscitou a noção de bem como fundamento da norma penal no século XIX, em oposição às ideias iluministas.<sup>7</sup>

Segundo TAVARES, podem ser apontadas pelo menos cinco razões pelas quais a tese da lesão ao direito subjetivo não permaneceu como fundamento da conduta criminosa, sendo elas **I)** a influência do positivismo no direito, **II)** a própria natureza do direito subjetivo, **III)** a confusão conceitual entre direito subjetivo e direito objetivo, bem como **IV)** a dificuldade de seus enunciados e a ainda **V)** a insuficiência da relação pessoa/Estado, por vezes desenhada pela teoria contratualista. Vejamos:

Por várias razões, porém, o direito subjetivo não se firmou, em sua evolução, como fundamento ou pressuposto da teoria do delito. A primeira razão decorre da grande influência, a partir do século XIX, do positivismo na ciência do direito, o qual tinha como signo a consideração de que tudo deveria ser explicado e fundamentado por meio de uma causalidade, o que contrastava com os fundamentos do direito subjetivo, que, normalmente, prescindem de uma relação material de causa e efeito. A segunda razão está ancorada na própria natureza do direito subjetivo, que, por sua origem, está mais próximo dos institutos de direito civil, do processo civil e da filosofia do direito do que dos pressupostos da teoria do delito. A terceira razão diz respeito à constante confusão entre direito subjetivo, como elemento substancial do ato jurídico, e direito objetivo, tal como decorria da corrente neokantiana representada por KELSEN, calcada na noção de ação processual, o que torna incerta sua identificação no âmbito penal, bem como da incerteza quanto à sua origem, se decorrente de um direito objetivo ou, ao contrário, seu fundante. A quarta razão reside na dificuldade e na

---

<sup>5</sup> TAVARES, Juarez Teoria do Injusto Penal [livro eletrônico] - 4.ed- São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. Pg. 201.

<sup>6</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op.cit.* Pg. 93.

<sup>7</sup> PRADO, Luiz Regis. *Op.cit.* Pg. 31 e 32.

contingência de seus enunciados, quando decorrentes de uma interpretação, a qual só poderia ser coerente caso a ordem jurídica fosse uma entidade ideal e sem contradições. A quinta razão deriva da insuficiente compreensão da relação entre pessoa e Estado, geralmente sedimentada na visão contratualista.<sup>8</sup>

Pois bem, superada a lesão a direito subjetivo como fundamento da norma incriminadora, passa Birnbaum a defender a conduta criminosa como aquela que viole ou ponha em perigo algum bem de importância para o sujeito ou para a sociedade<sup>9</sup>.

A oposição se dá a partir de duas críticas centrais, a primeira pelos delitos de perigo e a tentativa, a segunda pelas infrações de polícia na medida em que nesses delitos não há violação a qualquer direito subjetivo, o que tornaria inviável a perpetuação da teoria questionada<sup>10</sup>.

Tais bens estão, na concepção do autor, na natureza das coisas, cabendo ao legislador penal a mera identificação deles, cuja valoração social o tenham por puníveis. Contudo, Birnbaum admite a tutela penal dos chamados bens comuns, o que poderia envolver crimes religiosos ou até de cunho moral, uma vez que podem ser tidos como bens coletivos do povo, a serem valorados pelo Estado. Desse modo verifica-se uma ampliação da tutela penal que não seria possível se encarada sob o pressuposto da lesão a um direito subjetivo<sup>11</sup>.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado, citando Hernán Hormazábal Malarée, lembra que a teoria do bem jurídico, se comparada à da lesão ao direito subjetivo, ensejou a criação de um conceito de bem comum, assim como na ampliação da finalidade estatal e no abandono de buscar nas condições sociais o fundamento do delito<sup>12</sup>.

Por essa razão Juarez Tavares entende que Birnbaum não contribuiu com a limitação do poder estatal, antes adequou sua teoria ao sistema punitivo vigente.

É preciso ressaltar, todavia, que esse sentido material do conceito de bem jurídico, que hoje se desfruta como fundamento de qualquer incriminação, não havia sido despertado, propriamente, em BIRNBAUM. Este, na verdade, tinha outro propósito, com sua elaboração, que era justamente o de adequar a teoria jurídica do delito ao

---

<sup>8</sup> Tavares, Juarez. Fundamentos da Teoria do delito. 2 ed. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020. Pg. 106.

<sup>9</sup> PRADO, Luiz Regis. *Op.cit.*

<sup>10</sup> BECHARA, *op. cit.* Pg. 96.

<sup>11</sup> *Ibidem*, Pgs. 96 e ss.

<sup>12</sup> PRADO, Luiz Regis, *op.cit.* pg. 32.

sistema punitivo vigente, que conflitava com a ideia da violação de direito subjetivo, principalmente nos chamados delitos contra a religião, contra o Estado ou contra a comunidade. Com a introdução do conceito de violação de bem jurídico, em substituição ao conceito de violação de direito subjetivo, como fundamento do delito, desde que se pudesse reconhecer que, igualmente, interesses comunitários ou religiosos fossem contemplados como espécies de bens jurídicos, ainda que se ganhasse em clareza, quanto à incriminação das respectivas condutas, se perdia – e de fato se perdeu – a vinculação dessa incriminação aos seus pressupostos de legitimidade, que estavam, de qualquer modo, presentes na estrutura idealizada por FEUERBACH. (...) <sup>13</sup>

Por outro lado, há autores que entendem pela contribuição de Birnbaum na limitação da intervenção estatal, é o caso de SCHÜNEMANN e BUSTOS RAMÍREZ, citados por Ana Elisa Bechara e, nesse ponto, por ela seguidos, que entendem que Feuerbach havia procedido a um grande estreitamento formal da teoria do dano social e que, na verdade, Birnbaum havia resgatado, ainda que não conceitualmente, mas em seu aspecto material, a continuidade da teoria do dano social como fundamento do delito <sup>14</sup>.

Assim temos que a concepção da teoria de Birnbaum não conta com unanimidade entre doutrinadores, sendo certo que a vagueza conceitual de seus postulados colocou em xeque seu suposto potencial de limitação ao poder estatal.

A partir de Birnbaum a sistematização dos pensamentos acerca do bem jurídico penal aglutinaram-se em suas semelhanças de modo a formar correntes nas quais é possível classificar as concepções dos estudiosos, ainda que com eventuais peculiaridades de cada autor, mas com semelhanças em comum que as unem.

Portanto dividiremos a exposição da matéria levando em conta suas escolas/correntes de pensamento, no entanto, sem ter pretensão esgotar o tema.

---

<sup>13</sup> Tavares, Juarez. *Op.cit* (nota 4). Pg. 202.

<sup>14</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op.cit*. Pg. 97

## 1.1 Visão positivista

Na esteira da influência que o positivismo científico de Augusto Comte exerceu entre os diversos ramos do direito, o entendimento do bem jurídico associado a esse pensamento também pressupõe um antecedente causal, sendo esse o elemento comum entre as subdivisões interna dessa corrente, uma vez que se divide em positivista propriamente dita e a positivista sociológica ou naturalística<sup>15</sup>.

Como representante da primeira temos Karl Binding, para quem o bem jurídico era mero ato de atividade estatal prescindido de qualquer direito natural ou valor, antes repousado na autoridade soberana do legislador. Tal posição preponderante do Estado o faria detentor do direito público subjetivo de exigir do particular a observância de determinada conduta, consistindo o delito na violação desse dever de obediência<sup>16</sup>.

Assim podemos dizer que por meio de Binding tivemos um esvaziamento quase total da noção de bem jurídico enquanto limitador do *ius puniendi* e, uma vez deixado de lado esse papel, revela-se de pouca serventia ao direito penal.

Já a concepção de Von Liszt acerca do bem jurídico deu origem à chamada visão positivista sociológica ou naturalista. Para Liszt o bem jurídico é o interesse que nasce da relação de vida em sociedade, e não simples escolha do legislador, tal como defendia Binding<sup>17</sup>.

Ocorre que o veículo de transformação dos interesses em bens jurídicos são as leis e, portanto, remonta a um processo de escolha do legislador, mesmo admitindo que da vida é que surge o bem jurídico, vejamos:

---

<sup>15</sup> Tavares, Juarez. *Op. cit.* Pg. 204.

<sup>16</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op. cit.* Pg. 100

<sup>17</sup> Liszt, Franz von. Tratado de direito penal *alemão*. [tradução José Hygino Duarte Pereira]. ~ Ed. fac-sim. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2006. Pg. 93.

I—Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A protecção de interesses é a essência do direito, a idéa finalística a força que o produz.

1.º — Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do individuo ou da colectividade. E' a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicilio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionaes os garantissem contra a intervenção arbitraria do poder publico. A necessidade origina a protecção, e, variando os interesses, variam tambem os bens jurídicos quanto ao numero e quanto ao gênero<sup>18</sup>.

Por tal razão, a despeito da pretensão de ancorar o interesse em uma categoria social, o autor acaba não fornecendo o arcabouço metodológico a fim de construir parâmetros de identificação desses interesses aptos a serem convertidos em bem jurídico pelo Estado, fazendo com que sua vagueza conceitual também não revele-se apta a impor limites ao poder punitivo na medida em que a tarefa de converter interesses em bens jurídicos é atribuída ao Estado.

Ainda que por vezes trabalhada de forma autônoma ao positivismo, tendo em vista seus pontos em comum, convém nessa oportunidade expor a visão neokantista do bem jurídico.

Por essa visão o bem jurídico advém dos valores radicados na cultura, tomados de forma hipotética e em abstrato, ou seja, carece de uma devida individualização dos valores culturais, bem como de relações sociais<sup>19</sup>. Desse modo o bem jurídico passou por um processo de espiritualização e, deixando de questionar o papel do bem jurídico como pressuposto da incriminação, identifica-se com o positivismo.<sup>20</sup>

## 1.2 Visão ontológica.

---

<sup>18</sup> Ibidem, pg. 93 e 94.

<sup>19</sup> PRADO, Luiz Regis. *Op. cit* (nota 1). Pg. 35.

<sup>20</sup> Tavares, Juarez. *Op.cit* (nota 4). Pg. 206.



A espiritualização do bem jurídico levada a cabo pelos defensores do neokantismo teve sua fragilidade escancarada no contexto da Segunda Guerra Mundial, quando o abuso do arbítrio estatal atingiu seu ápice com o nacional-socialismo, o que provocou uma rediscussão sobre o bem jurídico em bases materiais, situação na qual houve um retorno ao direito natural.

21

Hans Welzel se opôs à tendência de retorno ao direito natural, aduzindo que a vinculação do direito à natureza humana é seletiva, pois seleciona apenas suas características tidas por valiosas<sup>22</sup>.

Foi assim que Welzel passou a definir o bem jurídico como bem vital da sociedade e do indivíduo ou o estado social que o direito quer resguardar de lesões<sup>23</sup>. Mas não seria qualquer questão social apta a ser caracterizada como bem jurídico, devendo ser situações elementares da vida social, entendidas como estruturas lógico-objetivas, das quais cita como exemplo a ação final e a culpabilidade<sup>24</sup>.

Pois bem, a despeito de a Welzel caber o mérito de trazer à rediscussão o conceito de bem jurídico como instituto que vinculasse o *ius puniendi*, o lugar que atribuiu ao bem jurídico em relação à função do direito penal restou por afastar eventuais condicionamentos ao poder legiferante na medida em que atribuiu ao direito penal não a proteção de bens jurídicos, mas de valores éticos-sociais, enraizados na consciência dos indivíduos, e que estimulasse um agir conforme o direito<sup>25</sup>.

Assim a proteção a bens jurídicos pelo direito penal, por essa visão, conta com um caráter apenas secundário, perpetrada pelas condutas que a norma penal influenciou para que fossem

---

<sup>21</sup> CERESO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. n. 0, v. 1, 2004. p. 9-23 / Ciências Penais Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque de Palma Editor. Buenos Aires, 1956. Pg. 05 e 06.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> LUZ, Yuri Corrêa. Entre bens jurídicos e deveres normativos : um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo : IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013.Pg. 56.

de acordo com o direito e, portanto, não lesionou nem colocou em perigo qualquer bem jurídico. O raciocínio é que, ocorrendo a intervenção penal somente após a lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos<sup>26</sup>, estaria a intervenção penal ocorrendo em momento em que não seria mais possível a proteção de bens jurídicos.<sup>27</sup>

Como se nota do exposto, Hans Welzel não se preocupou em criar critérios de identificação dos valores ético-sociais e por isso torna-se necessária a lembrança da crítica feita por Juarez Tavares feita a essa visão quando diz que *“Ao lado da instabilidade do processo de descobrimento desses valores ético-sociais, não muito claramente definidos, o direito penal pode ser usado, conforme o destino político que se dê à incriminação, como instrumento ideológico dos mais perigosos”*<sup>28</sup>.

### **1.3 Funcionalismo sistêmico em Günther Jakobs**

Também com sua visão voltada para o bem jurídico, temos o funcionalismo, que pode ser dividido em sistêmico radical ou teleológico-racional. Como este último está situado no âmbito das teorias constitucionais do bem jurídico, trataremos dele em separado no tópico seguinte.

Influenciado pelas teorias de Durkheim, Luhmann, e Merton<sup>29</sup>, Jakobs entende o direito penal como meio de regulação por meio do qual a estabilidade social é assegurada, cabendo a ele a criação das expectativas de comportamento, sendo o delito compreendido como a conduta que frustrou essa expectativa<sup>30</sup>, de modo que à sanção penal cabe a *“estabilização contrafática das expectativas comunitárias na validade da norma violada”*<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> Trata-se de mera exposição da visão ora comentada, sem descuidar da crescente tendência de punição de atos preparatórios, ou seja, de intervenção, em tese, antes da ocorrência do delito.

<sup>27</sup> LUZ, Yuri Corrêa. *Op. cit* Pg. 55.

<sup>28</sup> Tavares, Juarez. *Op. cit*, pg. 210(nota 4).

<sup>29</sup> BELO, Warley. A noção de bem jurídico no funcionalismo radical sistêmico. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 25, v. 14, 2015. p. 127-147 /. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

<sup>30</sup> MATEUS, Olicio Sabino. **A concepção funcionalista do direito penal**. Revista síntese de direito penal e processual penal n. 88, v. 15, 2014. p. 102-115. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

<sup>31</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal. Coimbra Editora, 2007. pg. 80.

Como se pode perceber, aqui também há a negação do direito penal como protetor primordial de bens jurídicos, porém de forma bem mais radical do que em Hans Welzel, e, apenas não admitir sua completa extinção defende ser ele a função do direito penal, aduz que “*a vigência da norma, na verdade, é o bem jurídico*”<sup>32</sup>, equiparando o objeto de proteção das normas à finalidade do direito penal.

A razão pela qual, sustenta o autor, não se deve manter a pretensa narrativa de que ao direito penal cabe apenas a proteção de bens jurídicos é que não é apenas esse ramo do direito que cuida da proteção desses bens, citando como exemplo a preservação da vida por meio de políticas públicas de saúde e da democracia por meio da realização das eleições<sup>33</sup>.

De igual modo argumenta que existe destruição de bens jurídicos para além valorações jurídicas, por exemplo, a morte de alguém pela velhice, que não deixa de ser a destruição do bem jurídico vida, assim como ocorreria num desastre natural inevitável<sup>34</sup>.

Entendemos que tais argumentos ignoram o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o direito penal lida com a proteção de bens jurídicos a depender do grau de sua violação, havendo outros ramos do direito que protegem esses mesmo bens jurídicos em graus inferiores<sup>35</sup>, além do que é da conduta humana que se ocupa o direito penal, sendo irrelevante os fatos naturais não imputáveis a humanos.

Prossegue dizendo que existem duas formas pelas quais o direito penal pode eleger bens jurídicos. A primeira delas é por meio dos direitos de defesa, que permitem ao titular de um bem jurídico não ter que esperar a lesão deste para que possa promover sua proteção, seja por seus próprios meios ou através de um aparato policial. A segunda maneira de eleição de um bem à categoria de bem jurídico é pela ameaça de reparação do dano, por exemplo, em crimes

---

<sup>32</sup> JAKOBS, Günther. Proteção de bens jurídicos?: sobre a legitimação do direito penal. Tradução, apresentação e notas por Pablo Aflen- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. Pg. 47.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pg. 42.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 45.

<sup>35</sup> Bitencourt, Cezar Roberto Parte geral / Cezar Roberto Bitencourt. – Coleção Tratado de direito penal volume 1 - 22. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2016.Pgs. 55 e 56.

que ensejam um prejuízo financeiro, ressaltando que a primeira relação com o bem jurídico foi substituída<sup>36</sup>.

No funcionalismo traçado por Jakobs, tanto podemos ter delitos que não lesionam qualquer bem jurídico – focados exclusivamente na estabilização da norma penal, cuja repressão do Estado evidenciaria a legítima expectativa de conduta – como pode haver lesões a bens jurídicos que não caracterizem delitos, por estar dentro da esfera de liberdade e competência do autor da conduta<sup>37</sup>.

Contudo percebe-se que essa visão pressupõe um processo legislativo ideal em que supostamente as normas seriam criadas sem interesses políticos conflitantes, inclusive sem arbítrios por parte do Estado, ignorando a história mundial, assim como a própria história do direito penal.

Portanto verifica-se a face de um direito penal ensimesmado cujo desiderato consiste em proteger a si mesmo e, por isso mesmo, totalmente passível em converter-se em instrumento para que camadas sociais sigam na autodefesa de seus privilégios<sup>38</sup>.

#### **1.4 Teoria constitucional do bem jurídico**

A força normativa que tem sido atribuída às constituições nas democracias modernas somado ao seu potencial de síntese dos valores de uma nação tem fortalecido as concepções constitucionais acerca do bem jurídico<sup>39</sup>.

Tais concepções se dividem em teoria constitucional geral e teoria restrita. A primeira defende que o legislador penal deveria observar a constituição apenas de modo genérico,

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, pg 46 a 48.

<sup>37</sup> LUZ, Yuri Corrêa. *Op.cit*, pg. 166.

<sup>38</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit* (nota 30).

<sup>39</sup> GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo. Bem jurídico e teoria constitucional do direito penal. Revista de Estudos Interdisciplinares Sobre o Delito n. 6, v. 4, 2019. p. 232-269. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

levando em conta, por exemplo, os seus valores e a forma de estado<sup>40</sup>. Nesse caso o legislador teria liberdade para criminalizar bens jurídicos que não estivessem previstos no texto constitucional, ele seria apenas um norte, sem, no entanto, esgotar seu tema<sup>41</sup>.

Os ensinamentos de Claus Roxin referentes ao bem jurídico têm sido situados nesta primeira corrente, segundo o qual bens jurídicos são “*circunstâncias reais dadas ou finalidade para uma vida segura e livre, que garanta os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos*”<sup>42</sup>.

Desse modo percebe-se um forte viés social, levando em conta o funcionamento estatal num sentido global na medida em que atribuí ao bem jurídico a viabilidade de coexistência social<sup>43</sup>. Nesse sentido o bem jurídico pode, por exemplo, ser tanto a integridade física como a correta administração da justiça, pois ambos são garantias de vida em sociedade<sup>44</sup>. Em estudo mais recente, entretanto, o autor afirma que sua concepção acerca do bem jurídico corresponde a uma concepção pessoal do bem jurídico, assim como defendido por Hassemer<sup>45</sup>

Mas que o faz um defensor da teoria constitucional do bem jurídico é sua vinculação ao Estado Democrático de Direito – fazendo alusão ao modelo teórico dessa forma de estado – com os fins perseguidos pelo direito penal<sup>46</sup>. Ainda segundo sua concepção, analisando o uso do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Alemão para declarar a inconstitucionalidade de normas penais pela proibição do excesso, entende que pelo conceito de bem jurídico citado acima, uma norma penal que não tenha por fundamento a proteção de bens jurídicos só poderia ser um ato excessivo contra a esfera de liberdade do particular<sup>47</sup>.

Desse modo, independente dos termos nos quais se valha o Tribunal, a filtragem da proporcionalidade acabaria por invalidar normas penais que não visassem a proteção de bens

---

<sup>40</sup> Bianchini, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. Pg. 44 e 45.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli- 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. Pg. 18 e 19.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. São Paulo : Marcial Pons, 2014. Pg. 47.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pg. 17

<sup>47</sup> *Ibidem*, pg. 26 e 27.

jurídicos. A pontuação do autor é importante sobretudo porque convém ao direito ser eficaz e, não sendo adotada pelas cortes constitucionais a teoria do bem jurídico como fundamento da norma penal, essa mesma teoria pode ser defendida a partir de uma linguagem constitucional.

Contudo, ao contrário do que pode parecer num primeiro momento, o autor não propõe uma substituição da teoria do bem jurídico pelo princípio da proporcionalidade, como se a diferença entre eles fossem meramente nominais. Por exemplo, para o autor, a punição da prática de atos sexuais em público não lesiona qualquer bem jurídico, mas eventual reprimenda penal, contanto que não se valha de uma pena desproporcional, não seria inconstitucional, uma vez que não se pode “vedar ao legislador a incriminação de condutas contrárias ao costume e ao decoro de forma ofensiva”<sup>48</sup>.

Desse modo, ainda que com intersecções em seus âmbitos de aplicação, tais princípios não se confundem.

Seguindo com a exposição, para a teoria constitucional restrita do bem jurídico a norma penal pressupõe uma lesão a bens de relevo constitucional e só nessa hipóteses estaria autorizado o legislador a prever a sanção penal, haja vista que sempre estará em colisão a liberdade do autor e os direitos da vítima<sup>49</sup>. Assim apenas valores tutelados na constituição, explícitos ou implicitamente, são dignos de tutela penal, mas o simples fato de estarem previstos na constituição não é suficiente para serem erigidos à categoria de bem jurídico penal ante ao critério da necessidade, pautado pelo princípio da subsidiariedade<sup>50</sup>.

Da exposição dessas duas visões verifica-se que as duas pregam a proibição de incriminação de uma conduta que diga respeito ao exercício de um direito fundamental e que apenas a segunda (teoria restrita) defende vedação de incriminação na inexistência de bem jurídico de relevo constitucional, contudo, cabe ainda tecer alguns comentários em relação a eventual obrigação constitucional de incriminação.

---

<sup>48</sup> ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Trad. Susana Aires de Sousa, revista por José Figueiredo Dias. Revista Portuguesa de Ciência Criminal n.1, v.23, 2013. Pg. 39

<sup>49</sup> Bianchini, Alice, *op.cit* pg. 47,

<sup>50</sup> *Ibidem*, pg. 48.

Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci observam que diversas constituições prevêem obrigações expressas de tutela penal, a exemplo da Constituição Italiana, da Espanhola e da Alemã, mas chamam a atenção para a escala diferenciada, ampliada, com que tais comandos ocorrem na Constituição Brasileira de 1988 em virtude da previsão dos incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV do art. 5º, art. 225, § 3º e art. 227, §4º, todos da CRFB/88<sup>51 52</sup>.

Os autores alegam que o motivo por trás desses mandados de incriminação são circunstâncias históricas negativas das quais se buscam a todo custo, por meio da tutela penal, evitar sua continuidade<sup>53</sup>. Mas qual seria o grau de vinculação que tais normas impõem ao legislador?

Para eles, a despeito de previsão constitucional, deve haver demonstração da necessidade da tutela penal no caso concreto.<sup>54</sup> Mas pontuam ainda que pode haver uma omissão total do legislador sem nenhuma consequência, tomando por base a Constituição Italiana e cita como exemplo a Constituição Alemã na qual a previsão de criminalização de atos tendentes a perturbar a convivência do povo só ocorreu 19 anos após sua promulgação, sem acarretar nenhuma consequência institucional. Defende ainda que poderia haver uma concretização apenas parcial da obrigação de criminalização<sup>55</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro a citada omissão ou até mesmo a criminalização parcial seria passível de ser atacada via ação direta de inconstitucionalidade por omissão por força do que dispõe o art. 103, § 2º da CRFB/88. Ademais não parece ser a inclinação da Corte Constitucional Brasileira não acatar possível pedido nessa matéria em sede de ADO,

---

<sup>51</sup> DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Tradução: José de Faria Costa. Revista Portuguesa de Ciência Criminal n. 2, v. 4, 1994. p. 151-198. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

<sup>52</sup> Art. 5º da CRFB/88:

**XLI** - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; **XLII** - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; **XLIII** - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; **XLIV** - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; **Art. 225, § 3º**: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

**Art. 227, § 4º**: A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

<sup>53</sup> DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, *op. cit.*

<sup>54</sup> *Ibidem*

<sup>55</sup> *Ibidem*.

notadamente pelo que se percebe da criminalização *in malam partem* da homofobia no julgamento conjunto da ADO 26 e do Mandando de Injunção Coletivo 4733<sup>56</sup>.

Acerca do tema, vale lembrar o que afirmou Alexey Caruncho e Paulo Cesar Busatto. Embora na ocasião não estivessem tratando especificamente sobre os contornos do bem jurídico, mas por tratar da relação entre a Constituição e o Poder Punitivo, entendemos válida a citação, vejamos:

(...) As regras jurídicas, inclusive a própria norma fundamental política - leia-se, Constituição- virão impregnadas da identidade social que lhes é fundante. Daí a óbvia reticência e a necessária resistência à remessa de toda matéria controversa relativa aos conflitos jurídicos que exigem uma solução principiológica à Constituição. Trata-se de postura, no mínimo, reducionista. É necessário ir além. É claro que nesta transposição da Constituição para a estrutura fundante da sociedade, a história da civilização conquanto revele uma permanente evolução dos seres humanos, também demonstrou que tem se dado através de um movimento pendular que, por vezes, impõe retrocessos. De todo modo, estes retrocessos episódicos jamais tardam em refletir-se em normas jurídicas, inclusive em normas jurídicas fundantes, razão pela qual, se volta a afirmar a ilusão representada pela pretensão de segurança jurídica<sup>57</sup>.

Como se nota a partir da reflexão dos autores, a Constituição não deve ser a cova que enterra as discussões penais, sem embargo de dela se valer naquilo que representa uma evolução social.

A propósito, NEUMANN aborda essa questão quando pontua que o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 120,224) rejeitou a teoria do bem jurídico quando da análise do tipo penal de incesto sob o pretexto de que, por ser a teoria do bem jurídico um elemento suprapositivo, estaria em conflito com o espaço democrático de atuação do legislador, constitucionalmente assegurado, para fixar os fins da pena e deliberar quais bens são dignos da tutela penal <sup>58</sup> .

Para o autor, o afastamento da teoria do bem jurídico do direito constitucional implica numa disfuncionalidade do próprio controle de constitucionalidade, sobretudo porque é a teoria do bem jurídico que oferece “*modelos argumentativos diferenciados, especificamente*

---

<sup>56</sup>STF. ADO 26/DF, rel. Ministro Celso de Mello, DJ 06/10/2022.

<sup>57</sup> CARUNCHO, Alexey Choi; BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal. n. 2, v. 2, 2010. p. 127-144.

<sup>58</sup> Greco, Luís (org) Martins, Antônio (org). Direito penal como crítica da pena : estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.Madrid : Marcial Pons, 2012. Pg. 526.



*jurídico-penais*<sup>59</sup>. Basta pensarmos no controle de constitucionalidade com base no princípio da proporcionalidade de uma norma penal cujo bem jurídico tutelado tenha sido criado pelo próprio legislador, o elemento adequação seria tautológico, já que analisará a adequação da norma penal de um bem jurídico criado pelo próprio legislador<sup>60</sup>.

Por fim, cumpre observar que parte significativa do que pode ser considerado como bens jurídicos consagrados pela Constituição são dotados de alta carga de abstração de modo que se a intenção era colocar fim à nebulosa discussão sobre a delimitação material do bem jurídico, tal pretensão pode ser equivocada. A título de exemplo, tomar a segurança pública e a liberdade como bens jurídicos previstos na constituição, em razão das respectivas imprecisões conceituais, não estariam sendo fornecidos critérios seguros ao legislador sobre a devida afetação desses bens.

## 1.5 Conceitos atuais

O estudo sobre as teorias do bem jurídico tende a dar a impressão de despedir o leitor de mãos vazias, haja vista que ele não pode satisfazer o nosso instinto por algo totalmente esquadrinhado e que sirva de fita métrica para colocar fim às instabilidades que circundam o direito penal. Discutir o bem jurídico é discutir a própria legitimidade do direito penal e daí surge a complexidade de seu pano de fundo.

Mas para além da falta de consenso urge elencar algumas visões atuais. Eugenio Raúl Zaffaroni defende ser o bem jurídico a relação de disponibilidade de uma pessoa para com um objeto. Assim, se uma pessoa é titular de um bem patrimonial, é seu poder de disponibilidade sobre ele que consiste no poder de titularidade da propriedade<sup>61</sup>.

O autor contrapõe ainda possível pensamento em sentido contrário lastreado na existência de bens indisponíveis, por exemplo, a vida, afirmando que nesse caso haveria uma confusão

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, pg. 527.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro Volume 1-Parte Geral. 9.ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pg. 403 e 404.

entre disponibilidade e faculdade de destruição e esta seria um limite ao ato de disposição<sup>62</sup>, mas que não o torna indisponível. Em regra os bens jurídicos são objetos de uma relação de livre disposição, sendo excepcional as vezes em que essa disposição é limitada por carecer da faculdade de destruição.

Por outro lado, para Winfried Hassemer, o bem jurídico é o interesse humano que demanda a proteção penal e só assim seria legítima a intervenção penal<sup>63</sup>. Não que este seja um conceito completo, mas NEUMANN ressalta que seu ponto de partida no indivíduo, e não na sociedade, revela-se em limite para os enfoques estadistas e coletivistas em detrimento do indivíduo, além de fazer do direito penal uma ponte que se conecte diretamente às pessoas, viabilizando a frustração de ameaças a um direito penal libertário<sup>64</sup>. Ademais, essa mesma concepção de bem jurídico não se prestaria a fazer do direito penal instrumento de mera imposição de deveres, não sem o seu desvirtuamento<sup>65</sup>.

Numa perspectiva também pessoal, para TAVARES o bem jurídico é um valor incorporado à norma cuja natureza tenha relação com sua própria condição de sujeito, sendo seu objeto de preferência real que, por ser objeto de preferência real, e não meramente ideal, condiciona a eficácia da norma à demonstração de sua lesão, além de condicionar a validade da norma<sup>66</sup>.

Tiago Joffily se inclina no sentido de reconhecer a pessoalidade do bem jurídico desenvolvida por Hassemer, mas dele discorda em relação a sua concepção de bem jurídico como interesse humano por ser este mero estado mental e, portanto, não estar sujeito a violações nem a ser colocado em perigo<sup>67</sup>. Para melhor explicar sua visão acerca do bem jurídico, é necessário expor seu ponto de partida. Uma das bases de seu pensamento é a filosofia da linguagem trabalhada por John Searle, para quem a realidade se compõe de partículas atômicas em campo de força das quais algumas delas existem por si só,

---

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> NEUMANN, Ulfried. 'Alternativas: nenhuma'. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 116, v. 23, 2015. p. 97-110 / Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

<sup>64</sup> *Ibidem*

<sup>65</sup> *Ibidem*

<sup>66</sup> TAVARES, Juarez. Op.cit (nota 4), pg. 213.

<sup>67</sup> JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016. Pg. 178 e 179.

independente de valoração de seus observadores, ao passo que outras “*só passam a existir em relação com a intencionalidade do observador*”<sup>68</sup>.

Nesse sentido, para usar o exemplo citado pelo autor, uma moeda pode ser vista a partir de sua mera composição química ou, pela atribuição de intencionalidade coletiva, como algo que se destina a moeda de trocas. Essa atribuição de intencionalidade coletiva transforma fatos brutos em fatos institucionais por meio do *status* que lhe é atribuído, só assim os fatos institucionais passam a ser valorados, de modo a cumprir uma finalidade para além de suas características físicas<sup>69</sup>.

Pois bem, sendo essa a visão da realidade e considerando essa aplicação ao direito penal realizada por Santiago Mir Puig, JOFFILY explica que:

Segundo essa concepção, portanto, o bem jurídico-penal seria aquela parcela da realidade social que recebe um status da coletividade, de modo a funcionar como o conteúdo material do injusto. Trata-se de um instituto de direito penal que opera segundo regras constitutivas, de modo que faz surgir no mundo algo que antes não existia: o crime. Visto de outro ângulo, no entanto, tal instituto não surge do vazio, da mera decisão legislativa, mas decorre da prévia existência de fatos sociais relevantes para o convívio humano, e que apenas são destacados pelo legislador (como vocalizador da intencionalidade coletiva), ganhando o status de bem jurídico<sup>70</sup>.

Por fim, a parcela da realidade social que pode receber o mencionado *status* são pessoas, acontecimentos ou objetos, esses últimos sempre associados a pessoas, ainda que essa associação a princípio não seja tão clara em virtude de um longo processo de institucionalização, mas que tenha sempre possibilidade de constatação de vinculação com a pessoa humana<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, pg. 172.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pg. 177.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pg. 186 e 187.

## 1.6 Bem jurídico tutelado nos delitos do Estatuto do Desarmamento

Os delitos objetos da presente pesquisa encontram-se previstos no Estatuto do Desarmamento, Lei nº 10.826/03, em seus arts. 12<sup>72</sup>, 14<sup>73</sup> e 16<sup>74</sup>, tratando do delito de posse de arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido; porte de arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido e porte ou posse de arma de fogo, acessório e munição de uso restrito, respectivamente.

Assim temos que a sistemática se dá a partir de diferentes figuras delitivas entre porte e posse de arma de fogo ou munição de uso permitido, diferente do que ocorria na lei 9.437/97 em que as duas condutas estavam igualmente tipificadas no art. 10<sup>75</sup>. Por outro lado, tratando-se de arma ou munição de uso restrito, as condutas encontram-se igualmente disciplinadas no art. 16.

Observa Renato Brasileiro Lima que o legislador, no Estatuto do Desarmamento, aumentou significativamente a punição no delito de porte, posse de arma, acessório e munição de uso restrito – além dos outros núcleos incluídos no tipo – conferindo, como se nota dos dispositivos transcritos, pena de 3 a 6 anos de reclusão, sendo a pena máxima cominada idêntica à pena mínima prevista para o crime de homicídio simples (art. 121 caput do CP)<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> **Art. 12.** 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 no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: **Pena** – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

<sup>73</sup> **Art. 14.** Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: **Pena** – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. **Parágrafo único.** O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. [\(Vide Adin 3.112-1\)](#)

<sup>74</sup> **Art. 16.** Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) **Pena** – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

<sup>75</sup> LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 8ª ed. Salvador, editora Juspodvm, 2021. pg. 420..

<sup>76</sup> *Ibidem*, pg. 409.

Não há consenso doutrinário sobre qual seria o bem jurídico tutelado pela norma, girando a discussão entorno da incolumidade pública, da paz pública ou da segurança pública. Como adeptos da primeira corrente Renato Lima cita Nucci, Luiz Flávio Gomes e Eduardo Cabette<sup>77</sup>. Há quem sustente que a proteção seria a paz pública e a incolumidade pública a um só tempo, sendo nesse sentido Roberto Delmanto Junior e Fábio de Almeida<sup>78</sup>. Entre os adeptos de que o bem jurídico tutelado é a incolumidade pública estão Renato Marcão e Ricardo Antonio Andreucci.<sup>79</sup>.

Convém considerar no que consiste cada pretensão de bem jurídico dessas vertentes. De acordo com o magistério de Cezar Roberto Bitencourt, a incolumidade pública seria a segurança de todos os membros de uma sociedade<sup>80</sup>. O Código Penal reserva o título VIII a delitos que objetivam a proteção desse bem jurídico, como por exemplo o crime de expor a perigo a vida ou o patrimônio de outrem por meio de incêndio (art. 250) ou mediante explosão (art. 251).

O título reservado à proteção desse bem jurídico no Código Penal nos permite tentar melhor analisar o que pretendeu o legislador proteger quando usou o termo incolumidade pública, já que na exposição de motivos referente a essa matéria se vale do termo “tranquilidade pública” e faz referência a crimes que podem afetar um número indeterminado de pessoas.

Já a paz pública compreende um sentido subjetivo e outro objetivo. O sentido objetivo é sinônimo de ordem pública e está atrelado à segurança das relações jurídicas, já o sentido subjetivo diz respeito ao sentimento de segurança que a sociedade tem diante dessas mesmas relações jurídicas. Como se nota, o sentido subjetivo decorre do sentido objetivo. Segundo Bitencourt, a identificação real bem jurídico tutelado pelo tipo penal exige cautela, já que muitas vezes ele não é o objeto imediato da criminalização. Por exemplo, o bem jurídico no

---

<sup>77</sup> Ibidem, 417.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial – 12. ed. atual. e ampl.** – São Paulo : Saraiva, 2017. pg. 241.

<sup>80</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte especial 4 : crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública** – 12. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. pg. 275.

crime de incitação cujo delito incitado seja um assalto não está ligado ao crime patrimonial em si, mas voltado para algo mais amplo, que é a paz pública<sup>81</sup>.

Quanto à segurança pública, deve ser observado seu status constitucional em virtude do disposto no art. 6º e 144 da CRFB/88. O art. 6º apenas menciona a segurança de forma genérica, nem sequer fazendo menção à sua dimensão pública. Por outro lado, o art. 144 afirma que ela se destina para a preservação da ordem pública e da incolumidade de pessoas e do patrimônio. Os incisos do art. 144 se destinam a listar as instituições responsáveis pela segurança pública, figurando entre elas apenas as polícias e o corpo de bombeiros, além dos chamados policiais penais, incluídos pela EC 104 de 2019.

Seja qual for o bem jurídico que se entenda a proteger, a escala social com que tais termos são empregados torna dificultosa a aferição de sua lesão. Na jurisprudência do STF a falta de precisão permanece, conforme se verifica do julgamento do HC 185852/SP<sup>82</sup>, julgado pela Ministra Rosa Weber, cujo entendimento foi de que o bem jurídico tutelado no crime de posse de munição é a incolumidade pública, segurança pública e paz social, sem, no entanto, discorrer sobre qual seria o significado de qualquer deles.

De igual modo, no HC 104.410/RS, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que o bem jurídico tutelado pela Lei nº 10.829/03 é a segurança pública, mas foi além, afirmando que havia, de modo indireto, a tutela da vida, da liberdade, da integridade física e da liberdade psicofísica “do indivíduo”<sup>83</sup>.

Por outro lado, curioso é o que restou decidido no HC 209.440/RS<sup>84</sup> na medida em que foi acolhido entendimento do STJ exarado no âmbito do REsp nº 1.932.710/RS em que negou a aplicação do princípio da consunção/absorção na ocorrência dos delitos dos arts. 12 e 16 do Estatuto do Desarmamento a pretexto de essas normas tutelarem bens jurídicos diversos, alegando que o delito do art. 16, além de tutelar a paz e a segurança pública, também protege a seriedade dos cadastros do Sistema Nacional de Armas.

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, pg. 427.

<sup>82</sup> STF, HC 185852/SP, rel. Min. Rosa Weber. Julgado em 10/08/2020, Dje 28/08/2020.

<sup>83</sup> STF, HC 104.410/RS, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 06/03/2012, Dje 27/03/2012.

<sup>84</sup> STF, HC 209.440/RS, rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 14/12/2021, Dje 07/01/2022

Das decisões analisadas, urge destacar que nenhuma delas se debruçou sobre o conceito ou a medida de lesão aos mencionados bens jurídicos.

### **1.7 Bem jurídico e crimes de perigo abstrato**

Os crimes de perigo abstrato são permeados por bastante discussões no que se refere à sua legitimidade. Por vezes essa discussão remete ao bem jurídico, revelando que a ausência de parâmetros que poderiam ser elencados pela teoria do bem jurídico, dada sua centralidade, se espraia para outros institutos do direito penal, a ponto de dotar-lhes de dúvida quanto a suas respectivas legitimidade penal.

Para Pierpaolo Cruz, tal categoria de delitos se referem a uma técnica legislativa, que tipifica comportamentos independentemente de um resultado lesivo concreto, sendo suficiente para a consumação do delito apenas a conduta <sup>85</sup>.

Essa ideia inicial dos crimes de perigo abstrato já traz a lume seu principal ponto de tensão com a teoria do bem jurídico na medida em que, aparentemente, admite a figura de um crime sem resultado, enquanto o resultado lesão do bem jurídico foi apresentado como condição necessária para a legitimidade material da incriminação.

Essa incompatibilidade tem em José Farias da Costa um de seus estudiosos, segundo o qual o fundamento dos crimes de perigo abstrato é a violação a um dever objetivo de cuidado por parte do autor da conduta<sup>86</sup>, daí defender esse autor a legitimidade material em tais crimes, inclusive sua conformação ao princípio da ofensividade.

O dever de cuidado-de-perigo estaria circunscrito a um contexto relacional. Desse modo a conduta não seria perigosa em si, apenas pela forma em que realizada, mas seria considerada perigosa em relação a determinado bem jurídico com dignidade penal no qual o autor da ação

---

<sup>85</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato: : uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. São Paulo : Thomson Reuters, 2019. Pgs. 87 e 88.

<sup>86</sup> COSTA, José de Faria. O perigo em direito penal : contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática. Coimbra : Coimbra Editora, 2000. Pg. 473.

tem o dever, em relação ao cuidado-de-perigo, de evitar a lesão ao bem jurídico ameaçado. Daí que para a ocorrência do crime é necessário a incontrollabilidade do risco criado<sup>87</sup>.

Há ainda que se observar que o perigo gerado pela conduta deve ter sua idoneidade para lesionar o bem jurídico que se busca resguardar, o que deve ser apurado com base nas observações quotidianas analítico-compreensivas<sup>88</sup>.

Essa estrutura dos delitos de perigo abstrato seria a base para a forma de ofensividade causada pela conduta, uma ofensividade peculiar. Isso porque, para o referido autor, a ofensividade abarca três níveis: dano/violação; concreto pôr em perigo e cuidado de perigo<sup>89</sup>.

O primeiro nível de ofensividade diz respeito aos crimes de resultado, o segundo aos crimes de perigo concreto e o terceiro aos crimes de perigo abstrato. Aqui o aparente déficit de legitimidade deve ser sopesado à cautela do legislador, que deve descrever a conduta em minúcias. Segundo COSTA, a análise de um crime de perigo abstrato também requer cautela do operador do direito, conforme se observa:

(...) O intérprete, perante um caso de imediato enquadramento na dogmática dos crimes de perigo abstracto, tem de, apelando à hermenêutica, repensar o tipo perscrutando o seu interior, no sentido de o avaliar em função do princípio da ofensividade. Por outras palavras: não basta o legislador definir com exactidão a conduta ou condutas proibidas, é preciso, através da categoria de mediação do cuidado-de-perigo, ver se aquela conduta proibida visa proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional ou, talvez ainda de maneira mais rigorosa, um bem jurídico-penal<sup>90</sup>.

Assim, em que pese admitida a figura dos crimes de perigo abstrato pelo referido autor, dotado-lhes de legitimidade, tal categoria de crimes deve ser analisada com cautela, tanto no âmbito da elaboração da norma, como na interpretação desta por parte dos operadores do direito.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, Pg. 474.

<sup>88</sup> *Ibidem*

<sup>89</sup> *Ibidem*. Pg. 644.

<sup>90</sup> *Ibidem*, Pg. 646.



Contudo, para JOFFILY, não é a mera periculosidade que torna os crimes de perigo abstrato compatíveis com o princípio da ofensividade, haja vista que mesmo nessa espécie delitiva deve haver um resultado cuja ocorrência afete a liberdade e autonomia de terceiros.

Assim a discussão não seria sobre a afetação danosa ou perigosa, mas se a periculosidade da conduta ocasionou um bloqueio na esfera de existência desses mesmos terceiros por meio do raio de perigo causado pela conduta<sup>91</sup>.

Citando Tatiana Vargas, o autor se vale do exemplo de um redemoinho. Mesmo que nenhum bem jurídico venha a ingressar no raio de abrangência do fenômeno, ocorre a consumação do delito, pois o espaço que o circunda está afetado pela periculosidade e impede que uma quantidade indeterminada de pessoas possam desfrutar, sem se arriscar ou lesionar suas respectivas integridades físicas ou patrimoniais, do espaço de liberdade afetado pelo redemoinho<sup>92</sup>.

Em arremate, cabe dizer que o autor não defende a compatibilidade irrestrita do princípio da ofensividade com os crimes de perigo abstrato, antes seu trabalho oferece critério para aferir a legitimidade em crimes dessa espécie, notadamente para verificar se a conduta, em tese tipificada como crime de perigo abstrato, implica na restrição da liberdade de terceiros diretamente relacionada com o perigo proveniente do crime de perigo abstrato.

## **CAPÍTULO II- PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

---

<sup>91</sup> JOFFILY, Tiago. *Op cit*, Pg. 273

<sup>92</sup> *Ibidem*.

## 2.1 Origem histórica.

DALBORA pontua que foi Von Liszt quem lembrou do brocardo latino *minimis non curat praetor* como forma de barreira ao uso indiscriminado da pena, a fim de que fosse usado como regra de direito material a fim de diminuir o campo de incidência da norma penal. O termo usado pelo autor pode ser traduzido como impunidade em virtude da insignificância da infração<sup>93</sup>.

A despeito de Von Liszt suscitar o brocardo latino numa ideia que pode ser considerada o embrião do princípio da insignificância, diferente do que se pode imaginar, não temos razão para supor a origem romana do princípio, pois, segundo DALBORA, o referido brocardo não consta do *corpus iuris civilis*, nem mesmo em outras fontes romanas, sobretudo as de cunho jurisprudenciais surgidas nos séculos XV e XVI<sup>94</sup>. Na verdade, o autor não defende que a compilação justiniana não dispusesse completamente de material para que juristas de épocas posteriores pudessem construir o adágio<sup>95</sup>, mas apenas de que não é um adágio que conste desses materiais .

Ademais, o brocardo latino também não consta nos Digestos I, III, L, e XVII, nem nos Códigos VI e XXXVIII. Por outro lado, o que se verifica é que os juristas de roma trabalhavam o qualitativo do insignificante, *i.e.*, com a afirmação de sua irrelevância para o direito de uma forma geral, inclusive para as fontes do direito, porém jamais com um sentido voltado unicamente para o *praetor*.

Contudo é em ROXIN, em 1964, com publicação em 1970, do seu trabalho "Política criminal e sistema jurídico-penal", que o princípio da insignificância ganha sistematização. O autor parte da crítica ao modelo causal de ação, para quem a teoria da equivalência das condições criou um âmbito de responsabilidade sem fronteiras, defendendo que o âmbito

---

<sup>93</sup> DALBORA, José Luiz Guzmán. La idea de proporción y sus implicaciones en la dogmática penal. Revista de derecho penal y criminología: España. n. 19, 3ª Época, 2018. p. 229-270 / Revista de derecho penal y criminología . Pg. 54.

<sup>94</sup> *Ibidem*, Pg. 59.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

daquilo que se deve evitar, sob pena de mobilização do aparato penal, é na verdade bem menor<sup>96</sup>.

Por isso o autor defende uma interpretação restritiva do tipo, entendida como função da magna carta e da natureza fragmentária do direito penal, de modo a restar à tutela da norma penal apenas o “indispensável para o bem jurídico”<sup>97</sup>. Assim conclui dando como um dos exemplos que maus-tratos é apenas “uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão”<sup>98</sup>. Assim uma lesão insignificante seria desde logo excluída do tipo penal.

No Brasil o princípio da insignificância passou a ser conhecido a partir da obra de Diomar Ackel Filho, no ano de 1988, e posteriormente por Odone Sanguiné e Carlos Vico Mañas<sup>99</sup>.

## 2.2 Conceito e natureza jurídica

De antemão cumpre salientar que o emprego do termo “princípio da insignificância” aqui adotado se dá em virtude de seu frequente uso pela doutrina e jurisprudência, e não pelo entendimento de que a insignificância penal caracteriza-se como um princípio. Conforme salienta Rafael Fagundes, a insignificância penal constitui-se de características que a torna incompatível de ser reconhecida como um princípio, tal como sua ausência de conteúdo informativo que se volta a toda a ciência penal, haja vista ser aplicada apenas em um número reduzido de situações, diferente do que ocorre com os princípios do direito penal<sup>100</sup>.

Com essa mesma percepção, a doutrina majoritária entende que o princípio da insignificância é um método de interpretação restritivo por meio do qual se exclui a tipicidade

---

<sup>96</sup> ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Pg. 45.

<sup>97</sup> *Ibidem*, Pg. 47.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> PINTO, Rafael Fagundes. A insignificância no direito penal brasileiro. 1. ed.- Rio de Janeiro: Revan, 2019.. Pg. 38.

<sup>100</sup> PINTO, Rafael Fagundes. *Op. cit.* Pg. 106.

material de uma conduta formalmente típica em virtude da ausência de lesão relevante a bem jurídico <sup>101</sup>.

Carlos Vico Maña assim o define:

(...) Ele é um instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal<sup>102</sup>.

A despeito desse entendimento majoritário, há vozes na doutrina que entendem que a aplicação do princípio da insignificância exclui a antijuridicidade ou a culpabilidade.

Luiz Flávio Gomes traça a distinção entre infração bagatelar própria e infração bagatelar imprópria. A primeira diz respeito a uma conduta em que não esteja presente o desvalor da conduta ou o desvalor da ação, ou ambos<sup>103</sup>. Por outro lado, na infração bagatelar imprópria, a conduta apresenta desvalor da ação e desvalor do resultado, mas está presente a irrelevância do fato penal, analisado sob um prisma subjetivo, tal como os antecedentes criminais, causas anteriores e concomitantes ao delito, por exemplo, se o acusado chegou a ficar algum tempo preso<sup>104</sup>.

Defende o autor que na infração bagatelar própria o fato seria atípico por lhe faltar tipicidade material, enquanto na infração bagatelar imprópria o juiz declarará a extinção da punibilidade em virtude da desnecessidade da aplicação da pena, com base no art. 59 do CP, já que esse dispositivo legal prevê que o juiz aplicará a pena quando necessária para a

---

<sup>101</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. - 5ed. - São Paulo: Saraiva, 1994. Pg. 134. No mesmo sentido, Alexey Choi Caruncho e Paulo Cesar Busatto, em O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima; Mirabete, em Manual de direito penal. volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 26 ed rev. e atual. até 05 de janeiro de 2010;

<sup>102</sup> MAÑA, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo : Saraiva, 1994.. Pg. 58.

<sup>103</sup> GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e Outras Excludentes de Tipicidade. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012. Pg. 22.

<sup>104</sup> *Ibidem*, Pgs. 30 e 31.

reprovação do crime e, no caso da infração bagatelar imprópria, tal necessidade de reprovação não estaria presente <sup>105</sup>.

Quanto a parcela da doutrina que entende, sem distinções, que sempre que houver a incidência do princípio da insignificância em determinada conduta haverá a exclusão da antijuridicidade, normalmente é defendida uma ideia de antijuridicidade material. Nesse sentido Ivan Luiz da Silva nos lembra que para Carlos Frederico Pereira, adepto dessa corrente, o bem jurídico está contido na antijuridicidade material e por isso ela é que deve ser lesionado para que se tenha a existência de um delito<sup>106</sup>.

Nessa mesma linha podemos situar Zaffaroni, embora entendemos que a tipicidade conglobante seja instrumento hábil para a concreção do princípio da insignificância, excluindo a tipicidade material, conforme será visto a seguir. Vejamos o que o autor dispõe:

La atipicidad conglobante por la insignificancia de la afectación. Conforme con el principio de la insignificancia, son atípicas aquellas conductas que importan una afectación insignificante del bien jurídico. Este principio puede ser entendido como una apelación a la antijuridicidad material y, en realidad, ha surgido vinculado en cierta forma a la misma.<sup>107</sup>

Por fim, temos em Abel Cornejo um defensor de que a aplicação do princípio da insignificância enseja a exclusão da culpabilidade, segundo o qual não haveria justificação ética para a aplicação da pena nos casos de insignificância, devendo o juiz verificar, quando de sua aplicação, a produção de perigo ou lesão relevante para o bem jurídico<sup>108</sup>.

Convém ainda explicitar o entendimento de Ivan Luiz da Silva, que não se encaixa especificamente em nenhuma das três correntes, uma vez que atribui ao princípio da insignificância natureza ubíqua, podendo excluir a tipicidade ou a antijuridicidade, a depender do caso concreto<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. Curitiba : Juruá, 2011. Pg. 166.

<sup>107</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal: parte general. T.III. Buenos Aires: Ediar, 1981. Pg.553.

<sup>108</sup> CORNEJO, Abel. Teoría de la insignificancia. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1997. Pg. 70.

<sup>109</sup> SILVA, Ivan Luiz da, *op. cit.* Pg. 170.

O que definirá se haverá a exclusão da tipicidade ou da antijuridicidade é a valoração da ação e do resultado. Se não houver desvalor da ação, exclui-se a tipicidade, por outro lado, se não houver desvalor do resultado, exclui-se a antijuridicidade<sup>110</sup>

A par da exposição desses distintos posicionamentos, o entendimento doutrinário majoritário é o que melhor demonstra a realidade da insignificância penal, e a ele nos filiamos, já que não faz sentido, dentro da estrutura da teoria do delito, analisar a ausência de lesão de bem jurídico em sede da antijuridicidade ou da culpabilidade, sobretudo em razão do que a teoria do bem jurídico representa para o direito penal nos termos trabalhados no primeiro capítulo do presente trabalho, não sendo concebível sequer a existência do delito sem lesão a bem jurídico, já que é a pretensa proteção dele que legitima a criminalização de uma conduta.

Desse modo temos que a tipicidade material consiste na lesão ou exposição de perigo ao bem jurídico penal, não sendo suficiente a mera subsunção da conduta praticada à norma penal<sup>111</sup>.

É que, por uma questão de legística, o legislador não consegue, quando da elaboração do tipo penal, excluir previamente condutas que não lesionam o bem jurídico tutelado pela norma ou que o lesione de modo insignificante, cabendo ao Ministério Público, se na fase do inquérito policial, ou do Poder Judiciário, se em âmbito processual, reconhecer a atipicidade da conduta pela via interpretativa, cuja solução deve ser a aplicação do princípio da insignificância<sup>112</sup>.

A título de exemplo, a despeito de o art. 155 do Código Penal prever que subtrair coisa alheia móvel é furto, não deve ser enquadrada nessa conduta aquele que subtrai uma folha de papel A4 do balcão de um estabelecimento.

Pelo exposto nota-se a substancial aproximação do princípio da insignificância ao princípio da ofensividade, entendido como aquele que proíbe a cominação de penas e medidas

---

<sup>110</sup> *Ibidem*, Pg. 171.

<sup>111</sup> PINTO, Rafael Fagundes. *Op. cit.* Pg.

<sup>112</sup> Com a redação dada ao CPP pela Lei nº 13.964/2019, o arquivamento do inquérito policial passou a ocorrer pelo Ministério Público, sem necessidade de homologação judicial, na forma do art. 28 do Código citado. A revisão do arquivamento caberá à instância superior do Ministério Público.

de segurança em hipóteses de lesões irrelevantes a bens jurídicos<sup>113</sup>. Não por outra razão Juarez Cirino dos Santos afirma que o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância<sup>114</sup>.

Rafael Fagundes defende que o reconhecimento da atipicidade da conduta formalmente típica por faltar-lhe tipicidade material se relaciona com a tipicidade conglobante trabalhada por Raul Eugenio Zaffaroni na medida em que, para Zaffaroni, a tipicidade legal, *i.e.*, a norma penal da forma em que posta no mundo jurídico, deve ser corrigida pela tipicidade conglobante, para a fim de chegar à tipicidade penal<sup>115</sup>.

Tal correção deve ocorrer em virtude de as normas em um ordenamento jurídico serem tomadas em conjunto, jamais isoladamente. Assim o tipo legal deve ser analisado com vistas às disposições de todo o ordenamento jurídico vigente e assim será obtido o verdadeiro alcance proibitivo do tipo legal, quando então, teremos o verdadeiro tipo penal, isto é, o tipo legal já corrigido pela tipicidade conglobante, o que ocorrerá pela via da interpretação<sup>116 117</sup>.

### **2.3 Critérios para aplicação do princípio da insignificância**

Antes de adentrarmos nas posições doutrinárias, faz-se necessário traçar a distinção entre desvalor da ação e desvalor do resultado, tendo em vista que boa parte dos posicionamentos doutrinários se dão a partir desses conceitos.

Esses conceitos foram desenvolvidos por Welzel, conforme observado por FAGUNDES, em reação ao modelo causal de ação, por meio da finalidade da ação, na qual a conduta deve provocar não mais apenas a ocorrência de um resultado, senão um resultado ocasionado por uma ação antijurídica<sup>118</sup>.

---

<sup>113</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral. 7. ed. rev. atual. ampl.-Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. Pgs. 28 e 29.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral. 9. ed. rev e atual. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011. Pgs. 478 e 479.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> FAGUNDES, Rafael, *op. cit.* Pgs. 116 e 117.

<sup>118</sup> FAGUNDES, Rafael. *Op. cit.* Pg. 176.

Assim, grosso modo, o desvalor da ação diz respeito à intencionalidade subjetiva do sujeito que pratica a ação, enquanto o desvalor do resultado diz respeito à lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico<sup>119</sup>.

Para Carlos Vico Maña, tanto o desvalor da conduta como o desvalor do resultado devem servir de base para a aplicação do princípio da insignificância. Observa que nem toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico é ilícita, mas somente as lesões ou colocação em perigo de bem jurídico qualificadas pelo desvalor da ação, *i.e.*, a conduta proibida pelo ordenamento jurídico, que deve ser analisado levando-se em conta a probabilidade que a conduta tem de produzir o resultado<sup>120</sup>.

Apesar de admitir que às vezes, no reconhecimento da insignificância penal, há uma preponderância voltada para o desvalor do resultado, defende que esses dois critérios devem ser analisados em conjunto na medida em que há entre eles uma interdependência impossível de ser superada, na qual o desvalor de uma conduta é dado pelo desvalor do resultado em que esse mesma conduta pode causar<sup>121</sup>.

O exemplo dado por MAÑA é o homicídio e o roubo. Nesses casos o ato de roubar ou matar só é desvalorado porque dessa conduta pode haver a morte de alguém ou uma depreciação de seu patrimônio<sup>122</sup>.

Por essa lógica, não poderia haver o reconhecimento da insignificância penal de um delito “levemente culposo”, mas com resultado gravoso, nem da tentativa de um crime grave<sup>123</sup>.

Para Ivan Luiz da Silva, desvalor da ação e desvalor do resultado também concorrem para a aplicação do princípio da insignificância<sup>124</sup>

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, Pg. 177.

<sup>120</sup> MAÑA, Carlos Vico. *Op. cit.* Pg. 60.

<sup>121</sup> *Ibidem*, Pg. 61.

<sup>122</sup> *Ibidem*.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> SILVA, Ivan Luiz da. *Op. cit.* Pg. 156



Por outro lado, Alexey Choi Caruncho e Paulo Cesar Busato entendem que para fins da insignificância penal deve ser analisado tão somente o desvalor da ação. Contudo o entendimento desses autores serão analisados no tópico sobre um dos vetores elencados pelo STF para aplicação do princípio da insignificância, qual seja, mínima ofensividade da conduta do agente, dada a pertinência e a relevância dos comentários desses autores em relação a esse vetor.

O entendimento de Rafael Fagundes difere dos anteriores. Propõe que para a verificação da significância penal o que deve ser levado em conta é apenas o desvalor do resultado<sup>125</sup>.

Essa posição parece-nos a mais adequada, pelo menos se partimos da concepção de que a insignificância se caracteriza pela irrelevante lesão a bem jurídico. Isso porque, conforme delineado acima, o desvalor do resultado é aferido a partir da lesão ao bem jurídico, o que denota de modo suficiente que é esse o critério capaz de aferir com segurança, ainda que jamais possa evitar por completo discussões, dada a própria complexidade do tema, mas pelo menos proporcionar um caminho mais seguro para uma construção jurisprudencial uniforme.

Para esse entendimento de FAGUNDES, por mais desvalorizada que seja a ação, não seria ela suficiente para afastar a insignificância de um bem jurídico que não foi lesionado<sup>126</sup>. Extremar o desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado seria regredir à condenação de pensamentos e desejos internos dos cidadãos<sup>127</sup>.

Essa parece ter sido a posição adotada pelo STF no HC 41.412/SP, tendo em vista que a fundamentação prevalente no acórdão está voltada para a ausência de lesão ao bem jurídico tutelado.

---

<sup>125</sup> FAGUNDES, Rafael. *Op.cit.* Pg. 179.

<sup>126</sup> *Ibidem.*

<sup>127</sup> *Ibidem.*

## **2.4 Análise dos vetores para aplicação do princípio da insignificância estabelecidos no Habeas Corpus 84.412/SP**

Em datas pretéritas ao julgamento do HC 84.412/SP, as decisões envolvendo o princípio da insignificância são esparsas, de modo que convém ao presente trabalho analisar a aplicação do referido princípio desse julgamento em diante.

O acórdão, de relatoria do Min. Celso de Mello, envolve um caso de furto de uma fita de vídeo-game, avaliada em R\$ 25,00, o que equivalia a 18% do salário mínimo à época do furto.

Nele o STF estabelece o que chamou de vetores para a aplicação do princípio da insignificância, quais sejam: **i)** mínima ofensividade da conduta; **ii)** nenhuma periculosidade social da ação; **iii)** o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e **iv)** inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ocorre que, para além da mera citação de tais vetores, o acórdão não cuidou de conceituá-los, prejudicando sobremaneira na construção de critérios objetivos que servissem de parâmetros para a aplicação do princípio da insignificância.

Quanto ao efeito no reconhecimento da insignificância penal, seguindo a doutrina majoritária, ficou consignado que o fato seria atípico, por faltar-lhe tipicidade material. Em verdade, o único fundamento destacado para afastar a tipicidade da conduta foi o desvalor do resultado, em que pese os vetores elencados fazem supor uma análise para além do desvalor do resultado..

Antes de adentrarmos na análise de cada um dos critérios citados, vejamos a ementa do julgado:

EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA- IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO- CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO

ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA- CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF- PEDIDO DEFERIDO.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.

O princípio da insignificância- que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina.

Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente (b) nenhuma periculosidade social da ação (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada- apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a mínima intervenção do Poder Público.

O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”.

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação de liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

O direito penal não deve se ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. ( HC 84.412/SP. Rel. Min. Celso de Mello. j. 19.10.2004)

a) *Mínima ofensividade da conduta*

Observa FAGUNDES que não há parâmetros claros para avaliar o que seria tal ofensividade<sup>128</sup>. Assim não é possível saber se o critério se refere ao desvalor da conduta ou ao desvalor do resultado, pois não se sabe ao certo se o parâmetro para análise seria a ação do agente ou a lesão ao bem jurídico. Contudo, caso se referisse ao desvalor do resultado, tornaria inócua o quarto vetor elencado. Em meio a imprecisão conceitual, o autor defende que a única forma de dar precisão a esse vetor é entendê-lo como desvalor da ação<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> FAGUNDES, Rafael. *Op. cit.* Pg 140.

<sup>129</sup> *Ibidem*, Pg. 171.

Para BUSATTO e CARUNCHO, esse vetor diz respeito ao desvalor da ação. Para eles o referido vetor ou abarca todo o conteúdo do princípio da insignificância ou não teria utilidade. O Sustentáculo de tal entendimento é a concepção da ação penal apresentada pelos autores<sup>130</sup>.

Em primeiro lugar, defendem que, a despeito de a noção de bem jurídico estar mais evidenciada no desvalor do resultado, ela também está presente no desvalor da ação, tendo em vista que nem todas as condutas têm relevância jurídico-penal<sup>131</sup>.

Além disso, o conceito significativo de ação<sup>132</sup>, que tem como base a filosofia da linguagem, dota a ação de um sentido normativo, compreendida dentro contexto em que realizada. Nesse sentido, a ação seria um substrato típico na qual o intérprete analisará se a conduta posta em análise corresponde ao modelo contido no tipo. Portanto o sentido emanado do tipo implica numa relevância conceitual que deve ser identificada na conduta em tese criminosa<sup>133</sup>.

Por isso a mera correspondência de sentido entre o tipo penal e a conduta não é de pronto suficiente para a aplicação da norma penal na medida em que primeiro se analisará se a correspondência entre o tipo penal e a conduta é dotada de uma relevância conceitual de pretensão punitiva e ainda se houve ofensa a um bem jurídico, depois se analisaria a antijuridicidade e a culpabilidade<sup>134</sup>.

Da relação entre a conduta e a ofensa ao bem jurídico, segundo os autores, pode ocorrer uma ofensividade efetivamente mínima, cuja lesão não poderia ser menor do que a provocada pela conduta, mas também pode haver uma ofensividade, implicando da lesão ao bem jurídico, ainda que mínima<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> CARUNCHO, Alexey Choi; BUSATO, Paulo Cesar. *Op. cit.*

<sup>131</sup> *Ibidem.*

<sup>132</sup> Não cabe aqui minudenciar o profundo tema da conduta penal. A observação ora feita pretende apenas pretende tornar mais claro o pensamento ora explanado.

<sup>133</sup> *Ibidem.*

<sup>134</sup> *Ibidem.*

<sup>135</sup> *Ibidem.*

Nesse primeiro cabe a aplicação do princípio da insignificância com base no vetor ora analisado, pois a conduta careceria do sentido de ofensa ao bem jurídico.

Por essa razão o autor conclui que o princípio da insignificância deve ser aplicado com base apenas nesse critério, pois irrelevante seria analisar a periculosidade social da ação de uma conduta que não tem sequer ofensividade mínima, bem como a reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica provocada<sup>136</sup>.

Em sendo o caso de ofensividade, ainda que mínima, a conduta seria típica, uma vez que a ofensividade não se dá em graus, ou seja, havendo efetiva ofensividade, máxima ou mínima, eventual gradação deve ser analisada na quantificação da pena, e não no afastamento da tipicidade<sup>137</sup>.

b) *nenhuma periculosidade social da ação*

Talvez esse seja o vetor elencado pelo STF de mais difícil compreensão e que nem mesmo o esforço da doutrina tem conseguido dar-lhe uma interpretação razoável, a fim de que fosse possível uma mínima sistematização dos critérios constantes do julgamento do HC 84.412.

A princípio poderíamos pensar na sua relação com os crimes de perigo, mas o acórdão não permite tal ilação, sobretudo porque o elege como vetor, ou seja, parâmetro de análise para a aplicação indistinta da insignificância, sem ressalva a qualquer espécie de delito. Além disso, o acórdão trata de um delito de furto.

Rafael Fagundes nos lembra das raízes do conceito de periculosidade, trabalhado pelo positivismo criminológico a partir de uma noção periculosidade social do agente<sup>138</sup>, no qual houve a patologização do delito, e assim defende que o critério não se presta a parâmetro para avaliar a insignificância penal de uma conduta. Para que tal crítica seja aceita sem reservas, é necessário entender que a periculosidade do agente se equipara à periculosidade social de sua

---

<sup>136</sup> *Ibidem*.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> FAGUNDES, Rafael. *Op. cit.* Pg. 147.

ação, ou que a periculosidade social da ação seja analisada a partir de eventual periculosidade do agente, pois foi nesse sentido a crítica de periculosidade trabalhada por Vera Malaguti<sup>139</sup> e Salo de Carvalho e Amilton Bueno<sup>140</sup>.

Por outro lado, se a periculosidade social da ação não for analisada em relação a bens jurídicos concretos, mas como um sintoma da personalidade do autor da conduta<sup>141</sup>, as observações de FAGUNDES merecem indiscutível acolhida, assim como quando ele aduz que não é admissível julgar o sujeito com base em uma suposta periculosidade, sem uma relação imanente ao ato que o agente praticou<sup>142</sup>.

c) *Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*

Para analisar a utilidade da reprovabilidade como critério de aplicação do princípio da insignificância é necessário primeiro perscrutar o que ela significa para a teoria do delito.

Pois bem, a reprovabilidade pertence à culpabilidade. Conforme pontua CIRINO, ela foi inserida na culpabilidade em 1907 por Reinhard Frank a fim de que um comportamento proibido apenas fosse atribuído a um sujeito se lhe fosse possível reprova-lo<sup>143</sup>.

Ocorre que atualmente a culpabilidade é um dos temas mais controvertidos no direito penal, e não é diferente com a reprovabilidade, daí perceber-se que um tema que já divide a doutrina não é apto a trazer segurança jurídica na aplicação da insignificância penal, uma vez que carece de clareza conceitual em âmbito doutrinário, assim como na prática forense.

Zaffaroni destaca que o único ponto positivo da inserção da reprovabilidade na culpabilidade foi neutralizar o juízo de perigosidade do biologismo racista, mas ainda sim se

---

<sup>139</sup> BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Pg. 48.

<sup>140</sup> CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Pg. 45.

<sup>141</sup> FAGUNDES, Rafael. *Op. cit.* Pg. 145.

<sup>142</sup> FAGUNDES, Rafael. *Op. cit.* Pg. 144.

<sup>143</sup> CIRINO DOS SANTOS, juarez. *Op. cit.* Pg. 278 e 279.

tornou passível de manipulação ao ponto de se conseguir pela via da reprovabilidade o mesmo efeito prático que se conseguia pela via da perigosidade<sup>144</sup>.

As razões para a conclusão do autor é que a culpabilidade “*entrou em crise com a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal*” tendo em vista que a reprovabilidade nada mais se prestaria do que à seletividade penal<sup>145</sup>.

Além do que, ressalta o autor, a reprovabilidade é usada como porta de entrada para um julgamento ético nas decisões penais, notadamente porque não há que se falar em reprovação sem conotação ética<sup>146</sup>.

Por todas essas questões, concluímos que não foi prudente por parte do STF a pretensão de eleger o grau de reprovabilidade do comportamento como vetor para a aplicação da insignificância.

#### *d) inexpressividade da lesão jurídica provocada*

Esse é o critério que melhor se presta a analisar a insignificância penal de uma conduta, pois trata do desvalor do resultado, *i.e.*, da lesão ao bem jurídico provocada pela conduta. Para aqueles entendem ser esse o único critério necessário para aplicação do princípio da insignificância, assim como nós, os outros vetores elencados pelo STF apenas serviram para afastar eventual previsibilidade na aplicação do referido princípio.

Desse modo verifica-se que os vetores mais controvertidos são o segundo e o terceiro, tendo defensores na doutrina a aplicação do desvalor da conduta e do desvalor do resultado.

Entendemos que a solução é ignorar os outros dois vetores, numa espécie de reciclagem do acórdão.

---

<sup>144</sup> ZAFFARONI, E, Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. Pg. 261.

<sup>145</sup> *Ibidem*, Pg. 259.

<sup>146</sup> *Ibidem*. Pg. 262.

## **2.5 Aplicação do princípio da insignificância em casos de reincidência.**

Os delitos de furto representam quantitativo significativo das decisões que envolvem a aplicação do princípio da insignificância, por conseguinte, a maioria das reflexões mais detidas quanto a aplicação desse princípio são oriundas de decisões envolvendo esses delitos, inclusive é o que ocorre com o acórdão tido como paradigmático sobre o tema, qual seja, o HC 84.412/SP.

Assim geralmente essas reflexões, quando compatíveis com outros delitos, são aplicadas por analogia. É o caso do citado HC 84.412/SP, já que exarado no âmbito de um delito de furto e amplamente utilizado para a incidência da insignificância penal nos crimes constantes da Lei nº 10.826/2003.

Pois bem, não é diferente das considerações acerca da aplicação do princípio da insignificância quando o suposto agente da conduta criminosa é reincidente na medida em que, diante de notável vacilação jurisprudencial no próprio STF, o Min. Luís Roberto Barroso afetou ao plenário da Corte o julgamento conjunto dos HC 's ° 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG<sup>147</sup>, todos eles envolvendo delitos de furto.

A despeito de fundamentos nos votos que façam menção à peculiaridade do delito de furto para concluírem pela aplicação ou não do princípio da insignificância, percebemos que alguns pontos da decisão parte do princípio como instituto do direito penal de forma ampla, de forma a muito bem possibilitar sua aplicação aos delitos previstos no Estatuto do Desarmamento.

A ementa do julgado foi redigida nos seguintes termos:

---

<sup>147</sup> STF, 123.734/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 03/08/2015 e publicado em 02/02/2016.



PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE FURTO TENTADO. RÉU PRIMÁRIO. QUALIFICAÇÃO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E ESCALADA.

1. A aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (“conglobante”), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

2. **Por maioria, foram também acolhidas as seguintes teses: (i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.**

3. Caso em que a maioria formada no Plenário entendeu por não aplicar o princípio da insignificância, nem abrandar a pena, já fixada em regime inicial aberto e substituída por restritiva de direitos.

4. Ordem denegada.

Destaca-se na ocasião o mérito louvável do relator em virtude de buscar uma uniformização jurisprudencial na aplicação do princípio da insignificância envolvendo agentes reincidentes, já que, conforme consta do próprio acórdão, a Corte caminhava para uma aplicação rígida no sentido de entender que a reincidência obstaria, de pronto, a aplicação desse princípio, o que vinha sendo seguido pela magistratura nacional.

Para o Min. Barroso, soa incongruente analisar a tipicidade material de uma conduta valendo-se da reincidência, situada no âmbito da culpabilidade. Ademais, defende não ser possível argumentar, de forma compatível com a Constituição, que uma conduta seria típica para uns e atípica para outros.

Por outro lado, o Min. Edson Fachin diverge desse entendimento, pois para ele não se estaria analisando a tipicidade de uma conduta a partir da reincidência do agente, já que a reincidência deve ser levada em conta para que seja averiguada a significância penal da conduta para só então, a insignificância penal afastar a tipicidade material. Tratar-se-ia, desse modo, de ponderar a reincidência em momento anterior à tipicidade, ou seja, primeiro se analisa a (in)significância penal da conduta para só então concluir pela sua tipicidade ou atipicidade material.

Pois bem, a conclusão do julgado serviu mais para a mitigação do critério de que a reincidência não impede automaticamente a aplicação do princípio da insignificância, deixando

a cargo dos juízes da causa a liberdade de aplicá-lo ou não, constando do julgado que para tanto deverá se valer do contexto em que praticada a conduta, procedendo-se a uma ampla cognição.

Desse modo faculta-se a aplicação do princípio da insignificância mesmo quando se trata de um agente reincidente, essa é a primeira tese. Quanto à segunda, temos que esta faz menção específica ao delito de furto. Outra possível peculiaridade ao delito de furto que vale a pena ser apontada, é que o voto do relator foi marcado por forte viés de política criminal, notadamente ao ressaltar a superlotação do sistema carcerário, bem como a prejudicialidade de nele inserir um indivíduo em virtude da prática de uma conduta de baixa periculosidade social, uma vez que o sistema carcerário tem sido porta de entrada para iniciar práticas criminosas diversas.

Contudo entendemos que a segunda tese também é perfeitamente aplicável aos casos em que em tese seria passível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos dos arts. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003, mas que o juiz deixa de aplicá-lo em razão de alguma peculiaridade desfavorável. Assim, havendo condenação, que ao menos esta seja cumprida em regime inicial aberto.

Ocorre que o art. 33, § 2º, alínea “c”, prevê o regime inicial aberto apenas para os condenados não reincidentes cujas penas sejam iguais ou inferiores a quatro anos<sup>148</sup>, apenas sendo possível o regime inicial aberto para cumprimento da pena de agentes reincidentes em razão da interpretação constitucional que ensejou a eficácia paralisante desse dispositivo.

Tratando especificamente dessa discussão aos delitos previstos no Estatuto do Desarmamento, convém colacionar dois julgados. O primeiro é o HC 213635<sup>149</sup>, publicado em 01/04/2022 e da lavra do Min. Luiz Roberto Barroso, sendo a decisão mais recente encontrada sobre o tema. No caso foi negado a aplicação do princípio da insignificância em

---

<sup>148</sup> CP, art. 33: § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#) a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; **c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.**

<sup>149</sup> STF, HC 213.635, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 31/03/2022 e publicado em 01/04/2022. No mesmo sentido, STF, HC 172.908, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 26/06/2019

situação na qual o impetrante foi flagrado portando uma única munição calibre .40 aduzindo, além de outros argumentos, à reincidência do impetrante.

Por outro lado, o Min. Gilmar Mendes, ao defender que o princípio da insignificância exclui a tipicidade, afirma não ser cabível, quando da eventual aplicação desse princípio, a análise de atributos inerentes ao agente, já que se estaria fazendo uma análise subjetiva ao aplicar uma sanção penal. Tal entendimento encontra-se esposado no acórdão do HC 177.061<sup>150</sup>, conforme ressalta o ministro, “*tenho aplicado, com frequência, o princípio da insignificância, ainda que reincidente o paciente o paciente*”. Ressalte-se que no julgamento desse referido HC, no qual pretendia-se a aplicação do princípio da insignificância em condutas tipificadas nos art. 12 e 16 da Lei nº 10.826/2003, tal princípio não foi aplicado, mas por motivos outros que não ligados à reincidência.

De fato, o julgamento levado a plenário pelo Min. Barroso deixou a Corte mais à vontade para aplicar o princípio da insignificância ainda que em casos de reincidência. No julgamento do HC 192.855/SC<sup>151</sup>, o Min. Ricardo Lewandowski aplicou o princípio da insignificância mesmo o paciente tendo sido apontado como reincidente e agente criminoso contumaz em virtude de estar portando apenas 03 cartuchos calibre 09mm, desacompanhados da arma de fogo.

O ponto central apontado pela doutrina, que inclusive foi ressaltado pelo Min. Roberto Barroso, é que a teoria do delito deve obedecer à regra de anteposição e subordinação, engendrado na cadeia sequencial do delito<sup>152</sup>. No caso do sistema tripartite, temos a sequência do fato típico, ilícito e culpável.

Essa localização topográfica de cada elemento do delito importa em unidade da perspectiva valorativa, buscando evitar contradições no âmbito do sistema penal<sup>153</sup>. Vejamos como Vinicius Peluso aborda essa questão:

---

<sup>150</sup> STF, HC 177.061, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/10/2019 e publicado em 21/10/2019.

<sup>151</sup> STF, 192.855/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 21/10/2022 e publicado em 23/10/2020. No

<sup>152</sup> PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. Boletim Ibccrim n. 109, v. 9, 2001. p. 11-13. Disponível em: <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

<sup>153</sup> *Ibidem*.

A consideração pelo juiz dos elementos da culpabilidade do agente, tais como a culpabilidade, primariedade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias etc..., nos termos do art. 59 do CP, no momento da análise da insignificância, nada mais é do que a subversão da “ordenação sistemática e do “caráter sequencial” da teoria geral do delito, eis que o conteúdo da culpabilidade está sendo valorado em momento e local inadequados, qual seja, a tipicidade. Portanto, pergunta-se: como analisar a culpabilidade do agente, se a conduta sequer foi considerada típica?”

No mesmo sentido se posiciona MARTINELLI, para quem a reincidência é problema de aplicação da pena, porém jamais pode ser usada como critério para a definição do tipo penal. Outro problema apontado pelo autor é a violação da presunção de inocência na medida em que o julgador estaria prevendo eventuais delitos sob o prisma de um juízo de adivinhação<sup>154</sup>.

## **CAPÍTULO III- ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS**

### **3.1 Considerações acerca dos delitos objeto dos acórdãos.**

Em que pese termos pinçado algumas observações em relação aos delitos que serão objeto dos acórdãos quando da análise dos respectivos bens jurídicos tutelados, cabe-nos fazer observações outras a fim de pontuar algumas questões antes de adentrarmos à análise dos referidos acórdãos.

Pois bem, de antemão cumpre salientar que os delitos de posse e porte de arma e munição encontram-se situados, no âmbito da dogmática penal, entre aqueles nos quais a doutrina vem chamando de delitos de posse, ao lado de delitos como posse de entorpecentes, material pornográfico infantil, entre outros.

---

<sup>154</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. Princípio da insignificância: proposta para uma nova política criminal racional. Temas de direito penal: parte geral. Pg. 32..

A criminalização da posse de determinados objetos não é algo novo, como bem observa Ken Eckstein, no direito romano já havia delitos de posse, como por exemplo, a criminalização da posse de veneno para a prática de homicídio. Nesse caso o portador do veneno tinha sua condenação equiparada ao homicídio<sup>155</sup>.

Ocorre que, do ponto de vista da dogmática penal, os delitos de posse são um dos mais controvertidos. Em regra a dogmática divide a conduta penal em comissiva ou omissiva, porém torna-se difícil classificar com precisão os delitos de posse em qualquer dessas modalidades de conduta. Nesse sentido Eberhard Struensee ensina que podemos pensar a posse no sentido de atuar nas seguintes perspectivas: adquirir a posse mediante um comportamento positivo; impedir a cessação da posse diante de uma ameaça iminente de sua perda, v.g, ocultando uma arma para evitar que a polícia a encontre em virtude de ter sido informado de que foi denunciado. Pode ainda a posse ser entendida como o emprego do objeto proibido, v.g, efetuando um disparo de arma de fogo<sup>156</sup>, ou seja, todas elas em uma dimensão comissiva. Contudo, para concebermos o delito de posse, no caso, posse de arma de fogo ou munição, na linha da primeira hipótese, seria necessário, para fins da persecução penal, provar o ato de aquisição da arma ou da munição. Assim como na segunda hipótese teria de provar que a manutenção da posse se deu por uma ato de quem a detém, no intuito de evitar sua perda e ainda, na terceira hipótese, que a arma ou munição foi utilizada<sup>157</sup>.

No Brasil esse último exemplo, qual seja, a utilização da arma, no caso de se efetuar disparos, pode inclusive configurar um delito autônomo<sup>158</sup>

Por outro lado, pensando a posse como uma conduta omissiva, teríamos o delito consubstanciado pelo fato de o autor omitir-se em abandonar a posse<sup>159</sup>. Contudo aqui também

---

<sup>155</sup> LOBATO, José Danilo Tavares (org) SAAD-DINIZ, Eduardo (org) FALCONE, Andrés (org). Delitos de posse : drogas, porte de armas e pornografia. São Paulo : LiberArs, 2016. Pg. 31.

<sup>156</sup> *Ibidem*, Pg. 23.

<sup>157</sup> *Ibidem*, Pg. 24.

<sup>158</sup> Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

<sup>159</sup> *Ibidem*.

seria devido provar que o possuidor deveria ter se livrado da posse em determinado período de tempo e não o fez<sup>160</sup>.

Por tal razão a concepção de Ken Eckstein acerca dos delitos de posse ganha especial relevo. Para o autor, os delitos de posse são delitos de estado, cuja punibilidade se fundamenta no domínio real do objeto proibido e na vontade do domínio e no dolo de posse. Vejamos como o autor expõe esse entendimento:

[...] Em regra, os acontecimentos criminais da vida são dominados por um comportamento humano responsável, na forma de ação ou omissão. Os delitos de posse como delitos de estado, contudo, não se vinculam diretamente a uma ação ou omissão. Em vez disso, o estado punível se destaca pelo domínio real, a vontade de domínio de dolo e o dolo de posse. A vontade de domínio e o dolo de posse completam o domínio real possível para a posse punível. Esse cruzamento de elementos objetivos e subjetivos distingue a punibilidade da posse tanto das puras causações objetivas de resultado quanto dos meros pensamentos subjetivos. Vontade de domínio e dolo de posse fundamentam a dominabilidade subjetiva que leva ao reproche de culpabilidade.

(...)

Por trás da alternativa entre exercer ou não exercer ou não exercer domínio escondem-se, como me parece, a ação e a omissão. Se ação e omissão seriam meios para o domínio pessoal e tornar-se-iam, com isso, o conteúdo relevante do reproche de culpabilidade, não restaria uma responsabilidade independente pelo estado. A posse punível seria, então, uma subforma de resultados puníveis que são imputados pelo comportamento humano<sup>161</sup>.

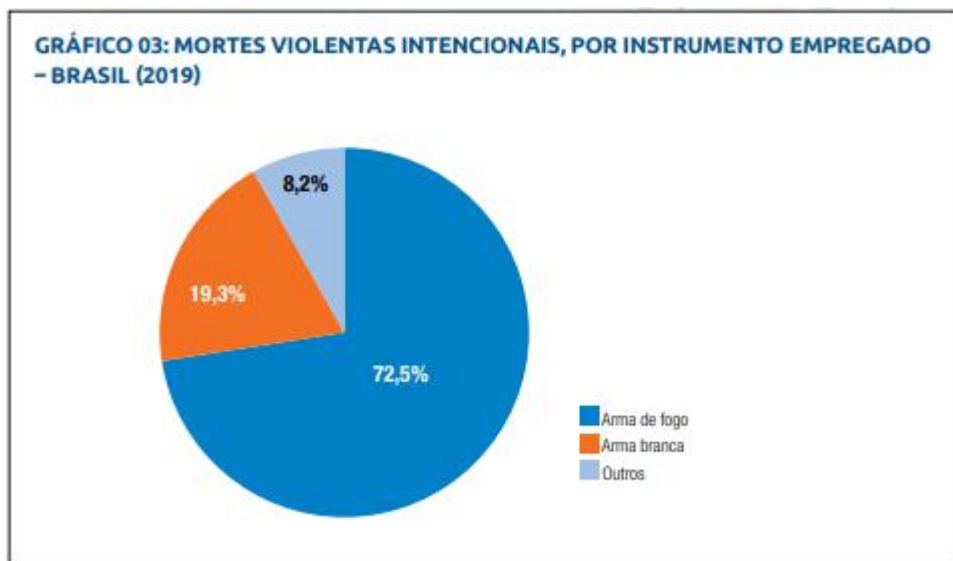
É cediço que os delitos de posse causam mais discussões acerca de sua legitimidade do que os crimes de perigo abstrato, porém cremos que o entendimento acima aduzido é capaz de expor a legitimidade de delitos de posse nos quais haja relação direta com a proteção de bens jurídicos, tal como ocorre, em regra, com os delitos de posse de arma e munição, ressalvadas algumas peculiaridades que serão trabalhadas a seguir. Não se trata de adotar entendimento de que todos os delitos de posse são legítimos, ao contrário, alguns serão de difícil diagnóstico, conforme analisaremos a seguir, mas sim de entender que a posição de Eckstein situa de modo bastante plausível os delitos de posse na dogmática penal.

---

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> *Ibidem*, Pg. 36 e 37.

No caso das armas de fogo, o gráfico do Anuário de Segurança Pública pode muito bem ilustrar seu impacto na proteção do bem jurídico vida<sup>162</sup>.



Fonte: Secretarias estaduais de Segurança Pública e/ou Defesa Social, Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Conforme pode ser observado, 75% (setenta e cinco por cento) das mortes violentas intencionais ocorridas em 2019 foram realizadas por meio de disparos de arma de fogo. Não é preciso muito esforço para se dar conta que o tipo de crimes contra a vida, para pegarmos apenas um exemplo, tem chance maiores de ser consumado quando se vale do intento portando uma arma de fogo, diferente do que ocorreria com uma faca ou um bastão de madeira.

Discussão distinta seria questionar se a criminalização tem surtido efeito positivo na redução do acesso às armas, bem como se eventual descriminalização aumentaria ainda mais o acesso de armas de fogo e munição. Tal ponto é importante e em muito se relaciona com o presente trabalho, contudo não será aqui abordado. Isso porque, em última instância, estaríamos discutindo a própria legitimidade do aparato penal e das funções da pena, o que foge e muito do escopo do presente trabalho.

Pois bem, no Brasil temos duas possibilidades de se ter uma arma de fogo de forma legal, e, por conseguinte, munições e acessórios para essas mesmas armas. Antes de abordarmos

<sup>162</sup> FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário brasileiro de segurança pública, Edição de 2020: Análise das mortes violentas intencionais por unidade da federação (2018 e 2019). São Paulo: FBSP, 2020. Pg. 65.

essas duas possibilidades, convém lembrar da atual tensão política envolvendo o tema. Isso porque, para cumprir suas promessas eleitorais, o Presidente Jair Messias Bolsonaro editou oito decretos regulamentares cuja regulamentação se refere à Lei nº 10.826/2003. Tais edições ocorreram da seguinte forma, primeiro foi editado o Decreto 9.685/2019, que posteriormente foi revogado pelo Decreto 9.785/2019, também revogado pelo Decreto 9.844/2019 que, por sua vez, também foi revogado pelo Decreto 9.487/2019, esse sim ainda em vigor. Também atualmente regulam a Lei 10.826/03 os Decretos 9.845 e 9.846, ambos de 2019<sup>163</sup>.

Também fogem ao nosso escopo a análise da repercussão que tais decretos tiveram no mundo jurídico e político, mas vale observar a reiterada edição desses decretos deram origem às ADI's 6.119, 6.134 e 6.139, além das ADPFs 581 e 586.

Retornando às possibilidades de ter uma arma de fogo à disposição, em consonância com nosso ordenamento jurídico, temos que pode ser dar pela via do registro ou do porte de arma. O art. 5º do Estatuto do Desarmamento prevê que o Certificado de Registro de Arma de Fogo permite àquele que assim for habilitado a manter a arma exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, na dependência desses locais ou em seu local de trabalho, desde que seja o titular ou responsável pelo estabelecimento ou empresa. Por sua vez o art. 4º do mesmo estatuto dispõe sobre os requisitos para a aquisição de arma de fogo de uso permitido da seguinte forma:

Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; [\(Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008\)](#)

II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

---

<sup>163</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Op. cit* (nota 69). Pg. 410.



O §2º do art. 5º prevê que esses requisitos do art. 4º deverão ser comprovados periodicamente, não podendo esse intervalo de comprovação ser inferior a três anos para a concessão do registro da arma de fogo. Tal comprovação será condição para a renovação do registro.

A segunda possibilidade de se ter uma arma de fogo à disposição, sem violar o estatuto do desarmamento, é por meio do porte de arma. O porte difere do registro, pois é “*a autorização legal ou da autoridade para carregar uma arma, vinculado ao prévio registro da arma, que autoriza o agente a trazê-la consigo, em condições de uso imediato*”<sup>164</sup>. Conforme redação do art. 6º do Estatuto do Desarmamento, em regra, o porte de arma é proibido, ressalvadas as legislações especiais, além das exceções feitas em seus incisos<sup>165</sup>.

A par dessas duas hipóteses, registro ou porte de arma de fogo, o porte ou posse de arma ou munição satisfará, ao menos em termos formais, os delitos dos arts. 12, 14 ou 16 da Lei nº 10.826/2003. No mencionado art. 12 temos a tipificação de possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido no interior de sua residência ou em seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa, com pena de um a dois anos e multa. A definição de arma de fogo de uso permitido consta do art. 3º, § único, I do Decreto 10.030/2019, segundo o qual as armas de fogo de uso permitido são as armas semiautomáticas ou de repetição nas quais não se atinja, na saída do

---

<sup>164</sup> *Ibidem*. Pg. 414.

<sup>165</sup> Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para: I – os integrantes das Forças Armadas; -II - os integrantes de órgãos referidos nos [incisos I, II, III, IV e V do caput do art. 144 da Constituição Federal](#) e os da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP); [\(Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017\)](#) III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei; [\(Vide ADIN 5538\)](#) [\(Vide ADIN 5948\)](#) [\(Vide ADC 38\)](#) IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço; [\(Redação dada pela Lei nº 10.867, de 2004\)](#) [\(Vide ADIN 5538\)](#) [\(Vide ADIN 5948\)](#) [\(Vide ADC 38V\)](#) – os agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; [\(Vide Decreto nº 9.685, de 2019\)](#) VI – os integrantes dos órgãos policiais referidos no [art. 51, IV](#), e no [art. 52, XIII, da Constituição Federal](#) VII – os integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais, os integrantes das escoltas de presos e as guardas portuárias; VIII – as empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, nos termos desta Lei; IX – para os integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades esportivas demandem o uso de armas de fogo, na forma do regulamento desta Lei, observando-se, no que couber, a legislação ambiental. X - integrantes das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário. [\(Redação dada pela Lei nº 11.501, de 2007;](#) XI - os tribunais do Poder Judiciário descritos no [art. 92 da Constituição Federal](#) e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. [\(Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012\)](#)

cano de prova, com a utilização de munição comum, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; bem como as armas portáteis de alma lisa ou raiada em que o calibre, com utilização de munição comum, tenha energia cinética não superior a mil e duzentas libras-pé ou a mil seiscentos e vinte joules.

Se essas são as descrições das armas de fogo de uso permitido, pode-se entender como munição de uso permitido as munições utilizadas nessas armas<sup>166</sup>.

Já o art. 14 do mesmo estatuto criminaliza a conduta do porte de arma de uso permitido, na verdade, este tipo penal conta com 13 núcleos do tipo, quais sejam, portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, munição ou acessório de uso permitido, todos eles de alguma forma relacionados à posse.

O Decreto 10.030 de 2019 ainda nos traz as armas de uso restrito e as de uso proibido, bem como as munições enquadradas também nessas classificações. Segundo o art. 2, § único, II e alíneas, são armas de uso restrito qualquer arma que seja automática, independente do tipo ou calibre, bem como as semiautomáticas ou de repetição que não sejam portáteis. Consoante o art. 3º, IX, alíneas “a” e “b” do Decreto 10.030 de 2019, uma arma de fogo será não portátil quando por sua dimensão e/ou peso, tiverem de ser transportada por mais de uma pessoa ou por veículos, automotores ou não, ou que sejam fixadas em estruturas permanentes.

Incluem-se ainda entre armas de uso restrito as armas de porte nas quais o calibre nominal, utilizando-se munição comum, atinja energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules, além das portáteis de alma raiada cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja a energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos joules.

No mesmo sentido, também são munições de uso restrito aquelas que atinjam, na saída do cano de prova de armas de fogo de porte ou armas de fogo portáteis de alma raiada, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos joules, além das que sejam traçantes, perfurantes, fumígenas, granadas de obuseiro, de canhão, de morteiro, seja de mão

---

<sup>166</sup> *Ibidem*, Pg. 424.

ou de bocal. Ademais, também são munições de uso restrito os rojões, foguetes, mísseis ou bombas de qualquer natureza, tudo conforme o art. 2, § único, IV e alíneas do decreto citado.

Segundo o art. 3º, VIII do Decreto 10.030 de 2019, arma de fogo portátil é aquela que *“devido às suas dimensões ou ao seu peso, podem ser transportadas por uma pessoa, tais como fuzil, carabina e espingarda”*, enquanto que as armas de porte são *“as armas de fogo de dimensões e peso reduzidos que podem ser disparadas pelo atirador com apenas uma de suas mãos, tais como pistolas, revólveres e garruchas”*, na forma do art.3º, VII, do Decreto 10.030 de 2019.

Por outro lado, as armas de uso proibido são aquelas que assim forem classificadas em acordos ou tratados internacionais em que o Brasil seja signatário e as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objeto inofensivo, consoante o art. 2º, § único, III, alíneas “a” e “b” do Decreto 10.030 de 2019. O inciso V do mesmo parágrafo preceitua que são munições de uso proibido as assim definidas em acordos ou tratados internacionais e as químicas ou incendiárias.

Tais distinções são de suma importância já que são elementos do tipo. Por exemplo, a pena cominada à posse de arma de uso permitido é de 1 (um) a 03(três) anos e multa, enquanto que a pena cominada para o porte ilegal dessas mesmas armas é de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, consoante os arts. 12 e 14 do Estatuto do Desarmamentos. De modo distinto, tanto o porte quanto a posse ilegal de arma, munição ou acessório de uso restrito têm pena cominada de 03 (três) a 06 (seis) anos e multa, consoante o art. 16 do mesmo estatuto. Contudo, se de qualquer das condutas descritas no caput desse artigo (art. 16) houver arma de fogo de uso proibido, a pena cominada será de 04(quatro) a 12(doze) anos, na forma do § 2º do art. 16 da Lei nº 10.826/03.

Algumas circunstâncias envolvendo esses delitos causam dúvida do ponto de vista da tipicidade material, fazendo com que rotineiramente o tema seja submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal, em especial a posse ou porte de arma de fogo desmuniçada ou

que não seja capaz de efetuar disparos, assim como a posse ou porte de ínfima quantidade de munição ou de munição inapta para ser deflagrada.

### **3.2 Porte e posse de munição desacompanhada de artefato capaz de efetuar disparos.**

O porte ou posse de munições desacompanhadas da arma capaz de efetuar disparos revela-se mais um dos nebulosos pontos de aplicação do princípio da insignificância na jurisprudência do STF. De modo geral, entende-se que os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento são crimes de perigo abstrato e, por essa razão, afastam a incidência do referido princípio<sup>167</sup>. Em verdade, pelo que se nota de alguns acórdãos, tal como o que será transcrito a seguir, é que a alegação de que o crime é de mera conduta ou de perigo abstrato tem o condão de afastar qualquer discussão acerca do caso concreto, inclusive a potencialidade lesiva do objeto irregularmente tido em posse do agente. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, ACESSÓRIOS OU MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ARTIGO 14 DA LEI N ° 10.826/03 . **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO.** REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **Os tipos penais de posse e de porte ilegal de arma de fogo, acessórios e ou munição, de uso permitido, são formais e, a fortiori, de mera conduta e de perigo abstrato, razão pela qual as características do seu objeto material são irrelevantes, porquanto independe do quantum para ofender a segurança e incolumidade públicas, bem como a paz social, bens jurídicos tutelados, sendo ainda despiciendo perquirir-se acerca da potencialidade lesiva das armas e munições eventualmente apreendidas, de modo que, não cabe cogitar quanto à aplicação do princípio da insignificância para fins de descaracterização da lesividade material da conduta. Precedentes: HC 138.157 AgR, Primeira Turma,**

---

<sup>167</sup> STF, AG. Reg. no RO no **HC 158.087/MS**, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 26/04/2017 e publicado em 04/06/2018. STF, **RHC 146.081-AgR**, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 20/11/2017. STF, **RHC 138.843-AgR**, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/05/2017. STF, Agv. no **HC 127.652**, Segunda Turma, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 02/06/2015, publicado em 17/06/2015. STF, **RHC 202.06**, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgado em 28/06/2021 e publicado em: 01/07/2021.

**Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 19/06/2017; RHC 128.281, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 26/08/2015; HC 120.214-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 22/09/2015; RHC 117.566, Primeira Turma, minha relatoria, DJe de 16/10/2013; HC 110.792, Rel. minha relatoria, DJe de 07/10/2013.**

2. O potencial ofensivo ou a quantidade de arma, munição ou acessório não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedente: HC 148.269 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 06/03/2018.

3. Não se desconhece que há precedentes em sentido contrário oriundos do STJ. Ocorre que o simples fato de haver dissenso jurisprudencial entre os Tribunais Superiores quanto ao ponto evidencia que a decisão atacada, tendo aderido a uma das duas correntes, não é teratológica, porquanto concernente a entendimento de reconhecido respaldo jurídico.

4. In casu, o recorrente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, em razão da prática do crime tipificado no artigo 14 da Lei nº 10.826/03.

5. O habeas corpus não pode ser manejado como sucedâneo de recurso ou revisão criminal.

6. Agravo regimental desprovido.

(STF, AG. Reg. no RO no **HC 158.087/MS**, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 26/04/2017 e publicado em 04/06/2018)

No referido caso, o paciente do *habeas corpus* foi detido portando 05 (cinco) munições de uso permitido desacompanhadas da arma. A defesa então sustentou a aplicação do princípio da insignificância a fim de que fosse reconhecida a atipicidade material da conduta, o que, como visto, não foi obtido.

Frisa-se que uma das fundamentações do acórdão ementado é que não é cabível a aplicação do princípio da insignificância em virtude de o bem jurídico tutelado ser a paz social e a incolumidade pública<sup>168</sup> e ainda que a lesão a esses bens jurídicos ocorre independente da lesividade dos objetos apreendidos. Sem dúvidas comprovar a lesão a um bem jurídico coletivo é uma discussão que não tem previsão de terminar, contudo, falar que a paz social e a incolumidade pública é lesionada independente da lesividade do objeto é quase que uma carta psicografada nas entrelinhas de uma decisão judicial, já que revela-se um argumento não falseável, prejudicando sobremaneira o exercício da defesa.

---

<sup>168</sup>Nesse mesmo sentido: STF, RHC 128.281, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 04/08/2015 e publicado em 26/08/2015. STF, HC 138.157, Primeira Turma, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 02/06/2017 e publicado em 19/06/2017.

Porém há decisões do próprio STF, em sentido diametralmente oposto a esse entendimento, em casos praticamente idênticos. É o que percebemos quando se contrapõe esse julgado ao que restou decidido no âmbito do Recurso Ordinário no HC 176.960/MG<sup>169</sup>. Esse caso envolvia paciente acusado de delito previsto no art. 12 do Estatuto do Desarmamento por ter sido detido na posse de 06 (seis) munições de uso permitido sem, no entanto, estar de posse de nenhuma arma de fogo.

Sendo assim a defesa pleiteou a aplicação do princípio da insignificância, alegando a ausência de lesividade da conduta. O Min. Celso de Mello – diferente de outros acórdãos que, ao reconhecerem a insignificância no âmbito de delitos do Estatuto do Desarmamento, pontuam estar diante um caso apto a justificar a flexibilização da jurisprudência da Corte – enfrentou diretamente a controvérsia acerca dos crimes de perigo abstrato. Observe, o que se destaca nessa decisão não é nem tanto a sua conclusão, pois temos outras decisões nesse mesmo sentido, mas a fundamentação *ratio decidendi*, inclusive fazendo menção a autores que aduzem à inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. É o que fica claro, por exemplo, quando em sua decisão cita um excerto da doutrina do professor CEZAR ROBERTO BITENCOURT.

É de se ressaltar, no entanto, que o ministro não conclui, ao menos expressamente, pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, mas o arcabouço doutrinário por ele citado vai nesse sentido. A Min. Cármen Lúcia, assim como várias outras decisões isoladas do STF, também entendeu pela atipicidade material da conduta em caso semelhante quando do julgamento do HC 133.984/MG<sup>170</sup>, porém foi mais comedida em relação ao tema da legitimidade dos crimes de perigo abstrato, em especial à aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento. As ressalvas em não seguir a jurisprudência do STF é feita nos seguintes termos:

Não desconheço a jurisprudência deste Supremo Tribunal sobre o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, ser crime de mera conduta (HC n. 127.652-AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 17.6.2015; RHC n. 123.553-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2014; entre outros).

---

<sup>169</sup> STF, RO no HC 176.960/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2020.

<sup>170</sup> STF, HC 133.984/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016.

Entretanto, **na espécie vertente, a análise dos documentos pelos quais se instrui o pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência acima mencionada**, sendo determinante para o deslinde de controvérsia, como a dos autos, o relevo do bem jurídico tutelado diante da específica situação cuidada.

Por essa razão, a Segunda Turma, por unanimidade, afastou a tipicidade da conduta do agente, que estava na posse de um único cartucho de calibre .40, desacompanhado da respectiva arma de fogo.

Desse modo verifica-se que, a despeito da fundamentação aduzida pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento do HC 176.960/MG, o STF não entende que os tipos previstos na Lei nº 10.826/2003 são ilegítimos, sendo a atipicidade apenas aferida no caso concreto ante a manifesta ausência de lesão ao bem jurídico. Nesse mesmo sentido podemos destacar HC 155.596/SP<sup>171</sup>, no qual afastou-se a tipicidade do porte de 1(um) cartucho de calibre 28, 1(um) de calibre 38, 1(um) de calibre 9mm e 2(dois) de calibre 380.

O que pode se listar em comum dessas decisões é a ínfima quantidade de munições somadas à ausência de arma de fogo capaz de disparar-las. Ocorre que o contexto em que realizada a apreensão tem sido valorada a pretexto de que eventual desvalor da conduta implique em óbice à aplicação do princípio da insignificância em casos que, se analisados isoladamente, tal aplicação seria possível.

É o que ocorre, por exemplo, no caso de quantidade ínfima de munições apreendidas no contexto da prática de tráfico de drogas. Em casos assim o STF tem firmado entendimento de que não é cabível, nesses casos, o reconhecimento da insignificância penal.

Os autos do HC 200.066<sup>172</sup> ilustram muito bem esse entendimento na medida em que retrata que foi impetrado com vistas à aplicação do princípio da insignificância ao delito de posse de munição em virtude de o paciente do referido HC ter sido detido na posse de uma munição calibre .38 e duas munições calibre .22, capitulados no art. 12 da Lei nº 10.826/2003 no qual, na mesma situação de flagrante, o agente foi enquadrado no crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006).

---

<sup>171</sup> STF, HC 155.596/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29/05/2018.

<sup>172</sup> STF, HC 200.066/MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 09/04/2021 e publicado em 12/04/2021.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, relator do processo no STF, o fato de o delito capitulado no art. 12 do Estatuto do Desarmamento ser praticado em conjunto com o delitos de tráfico de drogas torna a conduta do agente mais reprovável, o que, por sua vez, inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância . De igual modo, nos autos do HC 187.667/SE<sup>173</sup>, de relatoria do mesmo ministro, também foi ressaltada que o fato de o delito de posse de munição, previstos nos arts. 12 e 16 da Lei nº 10.826/2003, ser praticado em conjunto com o crime de tráfico de drogas, torna sua conduta ainda mais reprovável.

A despeito dessa tendência, cabe pontuar o que restou decidido pela Segunda Turma do recurso ordinário no HC 143.449/MS<sup>174</sup> , uma vez que foi aplicado o princípio da insignificância para afastar a tipicidade material do delito de posse de munição previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/2003 ainda que o processo envolvesse também os crimes de falsa identidade, previsto no art. 307 do Código Penal, e receptação, previsto no art. 180 do mesmo código.

De igual modo, por meio do julgamento do do agravo regimental no RHC 192847<sup>175</sup>, negou-se a aplicação do princípio da insignificância ao porte de uma única munição, desacompanhada da arma de fogo, em virtude de esta ter sido apreendida em conjunto com 595g de maconha e mais 9 (nove) porções de skank, pois, segundo o Min. Gilmar Mendes, “*a associação das apreensões indica potencialidade lesiva que não se verificaria com a mera apreensão isolada da referida munição*”

A grande incoerência que salta aos, assim como já trabalhado no capítulo anterior, é que o princípio da insignificância afasta a tipicidade da conduta por ausência de lesão ao bem jurídico. Rememore-se ainda que o HC 84.412/SP, entendido como acórdão paradigma quando o assunto é esse princípio, entende, consoante doutrina majoritária, que a incidência do princípio da insignificância afasta a tipicidade de uma conduta formalmente típica.

---

<sup>173</sup> STF, HC 187.667/SE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 28/06/2022.

<sup>174</sup> STF, HC 143.449/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/09/2017 e publicado em 09/10/2017.

<sup>175</sup> STF, RHC RHC 192847 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/12/2020 e publicado em 18/12/2020.



Sendo a análise da lesão ao bem jurídico realizada a partir do bem jurídico tutelado pelo delito em questão, padece de irracionalidade o afastamento da tipicidade com base no cometimento de um terceiro delito.

### **3.3 Arma de fogo desmuniçada.**

Em se tratando do delito de posse ou porte de arma desmuniçada e que na ocasião não se tenha fácil acesso à munição, convém iniciar a abordagem a partir do HC 102.087<sup>176</sup>, eis que julgado no contexto de vacilação jurisprudencial que circundava o tema. O relator do processo no STF, o Min. Celso de Mello, concluiu pela atipicidade da conduta em virtude de sua total ausência de potencialidade lesiva<sup>177</sup>.

Inaugurando a divergência, o Min. Gilmar Mendes propôs a analisar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, e o fez com base na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, para então analisar o mérito da criminalização dos delitos previstos no Estatuto do Desarmamento. Uma primeira explanação atenta para a necessidade de se aplicar o princípio da proporcionalidade como limite à atividade legislativa. Nessa toada, serviria tanto como proibição do excesso na restrição de direitos fundamentais como proibição da proteção deficiente a esses mesmos direitos.

Assim a atividade legislativa será adequada caso proteja o direito fundamental de maneira adequada; necessária se não houver na hipótese outra solução que melhor resguarde o direito fundamental; e proporcional em sentido estrito se o grau de satisfação do direito fundamental for equivalente à restrição ocasionada pela reprimenda penal.

E, por tratar-se de controle constitucional em matéria penal, ressalta Mendes que tal controle deve ocorrer com mais rigor do que se comparado com outras áreas do direito, pois a intervenção penal é a mais severa intervenção estatal.

---

<sup>176</sup> STF, HC 102.087/MG, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 28/02/2012.

<sup>177</sup> A estrutura do voto do Min. Celso de Mello segue basicamente a linha do HC 176.960/MG, perfildo por nós acima.

Pois bem, defendendo que esse controle se divide em controle de evidência; controle de sustentabilidade ou justificabilidade; ou controle material intensivo, defende que esse último deve ser usado para o controle da atividade legislativa em matéria penal. Isso porque essa forma de controle se refere a situações nas quais o legislador afeta intensamente bens jurídicos de significativo relevo social, o que permite ao tribunal constitucional analisar as avaliações e valorações fáticas utilizadas para a elaboração da norma penal. Desse modo, por exemplo – por ser esse controle mais rígido – é possível o tribunal constitucional avaliar se a restrição provocada a um direito fundamental pela criminalização de uma conduta é proporcional aos com as metas estabelecidas pela política criminal.

Segundo Mendes, essa estrutura de controle constitucional da atividade legislativa penal não implica dizer que os crimes de perigo abstrato são *per se* ilegítimos, já que é facultado ao legislador valer-se de um direito penal preventivo para evitar a lesão a bens jurídicos supra-individuais ou de caráter coletivo, desde que se respeite os princípios da proporcionalidade.

É nesse sentido que reside a legitimidade dos crimes do Estatuto do Desarmamento, inclusive a arma desmuniada, notadamente pelo seu potencial intimidador. Os demais ministros, à exceção do relator, seguiram o posicionamento do Min. Gilmar Mendes, sem, no entanto, trazer nenhum argumento novo à baila, razão pela qual o acórdão foi no sentido de que a ausência de munição não afasta a tipicidade de portar ou possuir arma de fogo.

Contudo, em datas pretéritas a esse julgamento, é possível notar o posicionamento pela atipicidade do porte de arma desmuniada, inclusive foi nesse sentido o entendimento firmado pela Primeira Turma, quando à época composta pelo Min. Ellen Grace, Min. Sepúlveda Pertence e Min. Cezar Peluso, sendo possível sua demonstração a partir do julgamento RHC 81.057-8/SP<sup>178</sup>.

A despeito do voto em sentido contrário da relatora, prevaleceu que a conduta era típica, os votos dos ministros divergentes lastrearam-se no princípio da ofensividade. Segundo o Min. Cezar Peluso, o fato de um crime de mera conduta não exigir um resultado material para sua

---

<sup>178</sup> STF, RHC 81.057-8/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 25/05/2004 e publicado em 11/05/2004. Nesse mesmo sentido: STF, HC 99449/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 25/08/2009, publicado em 12/02/2010

consumação “*não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato*”, ressaltando, porém, que não estaria, desde logo, acolhendo a tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato na medida em que os princípios contemporâneos de interpretação penal bastaria para a controvérsia.

Por outro lado, o Min. Cezar Peluso afirma que o bem jurídico tutelado pela revogada lei 9.437/97 não pode ser a paz social como afirma o Subprocurador da República, pois implicaria em seu esvaziamento dogmático, eis que esta é abalada não apenas quando da realização de um delito, mas também de atos ilícitos não criminosos e que, na busca por seu restabelecimento, há a disposição do legislador instrumentos outros que não o poder punitivo, tal como sanções patrimoniais.

Dessa forma, havendo outros meios a ser buscado o restabelecimento da paz social, seria desproporcional a privação de liberdade, dando centralidade à teoria do bem jurídico penal:

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 a 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 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 FEUERBACH. BIRNBAUM, BINDING, VON LISZT, SAX, ROXIN, POLAINO NAVARRETE, BRICOLA, ANGIONI e FERRAJOLI, dentre outros, como relevante instrumento classificatório, sistemático, exegético, dogmático e crítico. 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.

( STF, RHC 81.057-8/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 25/05/2004 e publicado em 11/05/2004. )

Mas após o julgamento do HC 102.087, o que se conclui a partir da análise de diversos julgados, é que, de fato, houve uma mudança jurisprudencial de modo a prevalecer que o porte

ou posse de arma de fogo desmuniada atende aos comandos do Estatuto do Desarmamento e que tal norma é legítima <sup>179</sup> .

### **3.4. Potencialidade lesiva da arma de fogo ou munição.**

Outro ponto que merece destaque é o da hipótese de o exame pericial constatar a ausência de potencialidade da arma de fogo ou munição apreendida ou mesmo se a não realização da perícia na arma afasta a pretensão punitiva, já que deveria ser esta provada para que se prossiga com a *persecutio criminis*.

Aqui o entendimento tem sido pela desnecessidade de comprovação da potencialidade lesiva, seja da munição, seja da arma de fogo. Assim procedeu o Min. Ricardo Lewandowski quando do julgamento do HC 93876<sup>180</sup> para reconhecer a tipicidade de porte de munição prevista no art. 16 da Lei. nº 10.826/2003 ainda que não realizado laudo pericial para atestar sua potencialidade lesiva, consigna argumentação ainda mais abrangente ao afirmar que tal entendimento alcança o porte ou posse de arma do qual não se tenha realizado o exame pericial ou até mesmo no caso de este ser nulo.

De igual modo entendeu o Min. Gilmar Mendes ao julgar o agravo regimental no HC 147.566/RS<sup>181</sup>, nesse caso o objeto apreendido foi uma arma de fogo, e não munição, não submetida a exame pericial. A sucinta ementa do julgado já denota bem o entendimento pelo qual o STF enveredou quando se trata de verificar a potencialidade lesiva da munição ou arma apreendida<sup>182</sup>:

---

<sup>179</sup> STF, ARE 851536 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/02/2015 e publicado em 05/03/2015; STF, RHC 90.197, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 4.9.2009; STF, RHC 91.553, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 21.8.2009; STF, HC 96.072, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 9.4.2010; STF, HC 104.206, de minha relatoria, DJe 26.8.2010; STF, RHC 106.346, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 25.10.2012. STF, HC 105.539, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 17/04/2012 e publicado em 17/05/2012. STF, HC 104.410/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26.03.2012.

<sup>180</sup> STF, HC 93876, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 28/04/2009 e publicado em 06/11/2009.

<sup>181</sup> STF, HC 1475666 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/03/2018 e publicado em 09/04/2018.

<sup>182</sup> No mesmo sentido: STF, HC 120214 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 03/06/2015 e publicado em 22/09/2015; STF, HC 101.028, Rel. Joaquim Barbosa, julgado em 28/09/2010; STF, RHC 123553, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado 07/10/2014 em e publicado em 22/10/2014 .

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. 3. **Desnecessidade de realização de perícia para comprovar a potencialidade lesiva da arma de fogo como pressuposto à configuração do delito do art. 16 da Lei 10.826/2003.** 4. Crime de mera conduta, suficiente a posse ou o porte ilegal. 5. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

Assim podemos concluir que é entendimento pacífico no STF a desnecessidade da comprovação da potencialidade lesiva da arma ou munição por meio de laudo pericial.

Em sentido contrário, convém citar o entendimento doutrinário de Luiz Flávio Gomes, para quem os delitos de posse, além de estar previstos em lei, para restarem configurados como fato típicos, devem perfazer uma “*conduta criadora de um risco proibido relevante*”<sup>183</sup>. Para o autor, apenas se tem um risco proibido relevante na hipótese de se comprovar a danosidade real da arma de fogo, bem como sua disponibilidade imediata. A danosidade real pode ser provada em concerto, por exemplo, pela análise pericial de uma arma carregada, enquanto que a periculosidade, na visão do autor, é a conduta humana desvalorada criadora de um risco<sup>184</sup>.

Nessa linha de raciocínio pouco importaria o poder de intimidação próprio de uma arma de fogo, já que outros objetos como uma faca e arma de brinquedo também têm esse poder de intimidação e apenas não têm sua posse criminalizada em virtude de não contarem com a potencialidade lesiva concreta que só as armas de fogo podem apresentar.

## CONCLUSÃO

Pois bem, o objetivo do presente trabalho foi contribuir tanto com as premissas teórica e fundamentos do princípio da insignificância, como para uma possível sistematização – ou ao

---

<sup>183</sup> GOMES, Luiz Flávio. Arma de fogo desmuniada configura crime. Revista Síntese de direito penal e processual penal n. 12, v. 2, 2002. p. 5-9.

<sup>184</sup> *Ibidem*.

menos expor o modo não sistemático pelo qual o STF vem aplicando esse princípio aos delitos de posse e porte de arma e munição.

Nesse percurso, ao analisarmos a teoria do bem jurídico, uma das bases do princípio da insignificância, eis que analisada sua lesão quando se busca concluir pela tipicidade material, nos deparamos com a carga de indeterminação que permeia qualquer raciocínio a seu respeito, assim como ocorre com todos os grandes princípios do direito penal, o que não lhe diminui o valor, já que ganha materialidade a partir de discussões de casos específicos. Em relação à controvérsia da lesão jurídica nos crimes de perigo abstrato, nos inclinamos para o magistério de Tiago Joffily, segundo o qual a lesão ao bem jurídico nesses delitos é o espaço de liberdade de terceiros restringido em virtude da conduta do delito de perigo abstrato.

No que diz respeito ao bem jurídico tutelado pelos delitos do Estatuto do Desarmamento, constatamos que tutelam a segurança e incolumidade pública, bem como a paz social.

Verificamos também que, ao menos de modo majoritário, o princípio da insignificância tem sido entendido como método restritivo de interpretação por meio do qual se exclui a tipicidade de uma conduta formalmente típica por lhes faltar tipicidade material. Consoante a jurisprudência do STF oriunda do julgamento do HC 84.412/SP, os requisitos objetivos para aplicação do princípio da insignificância são a mínima ofensividade da conduta; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No que tange a cada um desses vetores, a pesquisa mostra que revelam-se de complexa aplicação aos casos concretos, mas que a ofensividade da conduta, se entendida como desvalor da ação, e a lesão jurídica provocada, entendida como lesão ao bem jurídica, podem contribuir para uma sistematização na aplicação do princípio da insignificância, diferente do que ocorre com os vetores que aduzem à reprovabilidade do comportamento e periculosidade social da ação, conforme muito bem rechaçados pela doutrina.

Em termos de reincidência, vimos que ela por si não é apta a afastar o princípio da insignificância, ocasião na qual defendemos a aplicação das teses firmadas no âmbito do julgamento dos HC's 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG aos delitos dos arts. 12, 14 e

16 da Lei nº 10.826/2003. Vale ressaltar que o plenário do STF deixou a análise da reincidência como apta a afastar a aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto, o que significa dizer que no atual entendimento do STF a reincidência ainda pode ser apta a afastar a aplicação do referido princípio, devendo ser analisada conjuntamente com outros elementos dos autos.

A constatação da modalidade de conduta nos crimes de posse e porte de arma e munição nos requereu uma atenção especial, uma vez que peculiar em relação aos demais delitos de ação e omissão, sendo demonstrado ainda que a adoção de alguma dessas modalidades de conduta para os delitos de posse revelaria se problemática ou até mesmo impossibilitaria a persecução penal, o que nos fez adotar a tese de Ken Eckstein, assumindo a condição *sui generis* em que tais delitos ocupam no ordenamento jurídico, sendo sua punição fundamentada a partir do domínio real sobre o objeto proibido e o dolo de posse.

O trabalho revelou que a possibilidade de possuir ou portar arma de fogo ou munição sem incorrer nas sanções dos arts. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003 é por meio do registro da arma ou do porte, sendo o registro sujeito à comprovação da efetiva necessidade de possuir a arma, enquanto que o porte é excepcional e destinado a algumas autoridades.

O porte ou posse de arma e munição podem ser de uso permitido, de uso restrito ou proibido, conforme especificação regulamentar.

Os delitos constantes do Estatuto do Desarmamento, mesmo enquanto crimes de perigo abstrato, tem sua legitimidade penal reconhecida pelo STF, notadamente do que se constata a partir do julgamento do HC 102.087. Desse modo, apenas em situações específicas, a atipicidade material será reconhecida, aplicando, por via de consequência, o princípio da insignificância.

É o caso da posse ou porte de ínfima quantidade de munições desacompanhadas da arma de fogo capaz de disparar-la. Em situações desse tipo foi possível apontar decisões do STF aplicando o princípio da insignificância. Contudo também foi possível encontrar decisões isoladas contrária a esse entendimento, mas ainda assim podemos afirmar que, segundo o entendimento majoritário atual do STF, a posse de quantidade ínfima de munições,

desacompanhadas da arma de fogo, não implicada na devida lesão do bem jurídico, carecendo de tipicidade material.

De modo diferente, após período de vacilação jurisprudencial entre as turmas do STF, podemos dizer que o entendimento atual do STF é que a posse ou porte de arma de fogo desmuniada configura os delitos do art. 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003, não havendo que falar em ausência de tipicidade material, eis que tal incriminação encontra-se no espaço de discricionariedade do legislador, não cabendo, portanto, ao judiciário infirmar a legitimidade de tal incriminação.

A despeito do entendimento da Corte acerca da potencialidade lesiva de tais delitos analisadas em si mesmas, temos que se tais delitos ocorrem em contexto de tráfico de drogas ou de práticas de outros delitos, tal fator tem sido valorado como óbice à aplicação do princípio da insignificância.

Ademais, dos acórdãos colhidos, foi possível perceber que o STF entende que a potencialidade lesiva ou a nulidade do laudo que a atesta não influi no juízo de tipicidade.

Pois bem, são essas considerações que nos cabe acerca que foi possível concluir da pesquisa.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Pg. 48

BELO, Warley. A noção de bem jurídico no funcionalismo radical sistêmico. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n. 25, v. 14, 2015. p. 127-147 /. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>



- BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato: : uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. São Paulo : Thomson Reuters, 2019.
- BRODT, Augusto. Welzel e o direito penal de hoje. *Ibccrim*, Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. n. 16, v. 9, 2012. p. 177-203 / *Ciências Penais Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. Pgs. 177- 203. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>
- CARUNCHO, Alexey Choi; BUSATO, Paulo Cesar. O desvalor da conduta como critério de identificação da insignificância para aplicação do princípio da intervenção mínima. *Revista Justiça e Sistema Criminal: modernas tendências do sistema criminal*. n. 2, v. 2, 2010. p. 127-144.
- CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. n. 0, v. 1, 2004. p. 9-23 / *Ciências Penais Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>
- CIRINO DOS SANTOS, juarez. Direito penal: parte geral. 7. ed. rev. atual. ampl.-Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.
- CORNEJO, Abel. Teoría de la insignificancia. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1997.
- COSTA, José de Faria. O perigo em direito penal : contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra : Coimbra Editora, 2000. ISBN: 972-32-0461-4.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios : contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra : Coimbra Editora, 2005. ISBN: 972-32-1358-3.
- DALBORA, José Luiz Guzmán. La idea de proporción y sus implicaciones en la dogmática penal. *Revista de derecho penal y criminología: España*. n. 19, 3ª Época, 2018. p. 229-270 / *Revista de derecho penal y criminología* .
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal. Coimbra Editora, 2007.
- DOLCINI, Emilio e MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Tradução: José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n. 2, v. 4, 1994. p. 151-198. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional- 13º edição, Salvador, ed Juspodivm, 2021.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisbôa Bernardo. Bem jurídico e teoria constitucional do direito penal. Revista de Estudos Interdisciplinares Sobre o Delito n. 6, v. 4, 2019. p. 232-269. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

GOMES, Luiz Flávio. Arma de fogo desmuniada : não há crime. Munição desarmada: não há crime. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n. 46, v. 8, 2012. p. 46-47 / Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal .

GOMES, Luiz Flávio. Arma de fogo desmuniada configura crime. Revista Síntese de direito penal e processual penal n. 12, v. 2, 2002. p. 5-9.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da Insignificância e Outras Excludentes de Tipicidade. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Luís (org); MARTINS, Antônio (org). Direito penal como crítica da pena : estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid : Marcial Pons, 2012.

JAKOBS, Günther. Proteção de bens jurídicos?: sobre a legitimação do direito penal. Tradução, apresentação e notas por Pablo Aflen- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JESUS, Damásio Evangelista de. Arma de fogo desmuniada : crimes de perigo abstrato e o STF. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n. 38, v. 7, 2010. p. 5-8 / Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal .

JOFFILY, Tiago. O resultado como fundamento do injusto penal. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LOBATO, José Danilo Tavares (org) SAAD-DINIZ, Eduardo (org) FALCONE, Andrés (org). Delitos de posse : drogas, porte de armas e pornografia. São Paulo : LiberArs, 2016.

LOPES, Cláudio Ribeiro. Fundamentos do ontologismo : a relevância epistemológica da ação para o direito penal. Revista Brasileira de Ciências: n. 98, v. 20, 2012. p. 97-116 / RBCCRIM Instituto Brasileiro de Ciências Criminais . Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

LUZ, Yuri Corrêa. Entre bens jurídicos e deveres normativos : um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo : IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013

MAÑA, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo : Saraiva, 1994.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Princípio da insignificância: proposta para uma nova política criminal racional. Temas de direito penal: parte geral. p. 17-38 / 343.2.02 T278.

MATEUS, Olicio Sabino. A concepção funcionalista do direito penal. Revista síntese de direito penal e processual penal n. 88, v. 15, 2014. p. 102-115. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

MELO, Tiago Carvalho Bezerra. Bem jurídico penal: a contextualização do bem jurídico no estado social de democrático de direito. Dissertação (mestrado em direito)- Universidade Federal de Pernambuco. CCJ Direito, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal. volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 26 ed rev. e atual. até 05 de janeiro de 2010- São Paulo, Atlas 2010.

NEUMANN, Ulfid. 'Alternativas: nenhuma'. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 116, v. 23, 2015. p. 97-110 / Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. In: Boletim do Ibccrim: n. 109, v. 9, 2001. p. 11-13.

PINTO, Rafael Fagundes. A insignificância no direito penal brasileiro. 1. ed.- Rio de Janeiro: Revan, 2019.

RENZIKOWSKI, Joachim. Direito penal e a teoria das normas : estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. São Paulo : Marcial Pons, 2017.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli- 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. São Paulo : Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Trad. Susana Aires de Sousa, revista por José Figueiredo Dias. Revista Portuguesa de Ciência Criminal n.1, v.23, 2013.

ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. Curitiba : Juruá, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. - 5ed. - São Paulo: Saraiva, 1994.

Welzel, Hans. A dogmática no direito penal. Ibccrim, 13/14, 1974. p. 7-12 / Revista de Direito Penal . Disponível em <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/>.

WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque de Palma Editor. Buenos Aires, 1956.

ZAFFARONI, E, Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal: parte general. T.III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral. 9. ed. rev e atual. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro Volume 1- Parte Geral. 9.<sup>a</sup> edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.