

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL.**

GUILHERME ZUANAZZI

**O TIPO PENAL DE DISPARO DE ARMA DE FOGO COMO ESPÉCIE DOS
DELITOS CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA: UMA ANTECIPAÇÃO DE
TUTELA PENAL LEGITIMÁVEL.**

FRANCA

2009

GUILHERME ZUANAZZI

**O TIPO PENAL DE DISPARO DE ARMA DE FOGO COMO ESPÉCIE DOS
DELITOS CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA: UMA ANTECIPAÇÃO DE
TUTELA PENAL LEGITIMÁVEL**

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

FRANCA

2009

Zuanazzi, Guilherme

O tipo penal de disparo de arma de fogo como espécie dos delitos contra a incolumidade pública : uma antecipação de tutela penal legitimável / Guilherme Zuanazzi. –Franca : UNESP, 2009

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Bem jurídico. 2. Direito penal – Armas de fogo – Brasil.
3. Tutela penal.

CDD – 341.53322

GUILHERME ZUANAZZI

**O TIPO PENAL DE DISPARO DE ARMA DE FOGO COMO ESPÉCIE DOS
DELITOS CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA: UMA ANTECIPAÇÃO DE
TUTELA PENAL LEGITIMÁVEL**

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes - UNESP

1º Examinador(a): _____

2º Examinador(a): _____

Franca, ____ de _____, 2009.

*Aos meus pais, Neiva e Luiz Carlos, com os
quais aprendo todos os dias o significado do
cuidado em cada gesto de carinho e
compreensão.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Neiva e Luiz Carlos, por tudo que se possa expressar em palavras de agradecimento e pelo outro tanto que somente os sentimentos são capazes de retribuir.

Ao Professor Doutor Fernando Andrade Fernandes, para além do tempo e cuidado dedicado às orientações, da indicação sempre precisa e iluminante, dos desafios impostos que me fizeram ir além; agradeço também por confiar a mim um tema, senão indispensável para a compreensão do Direito penal como Ciência, precioso para o meu enriquecimento humano.

Ao Professor Guilherme Gouvêa de Figueiredo pelas oportunidades de atuação acadêmica a mim concedidas e, sobretudo, pela generosidade com que me pôs nas mãos algumas das obras imprescindíveis para que este trabalho ganhasse conteúdo científico.

Ao Leandro, meu irmão, pela possibilidade de apreender com o brilhantismo dos mais novos e pelo apreço que doou na leitura de cada linha deste texto.

À Daniela, minha prima, pelo carinho, competência e esmero que dedicou a mim nos momentos finais desta jornada.

Ao Caio, meu caro amigo, não somente pela convivência acadêmica estimulante, possível somente quando se tem ao lado pessoas comprometidas com o conhecimento, mas principalmente pelas palavras amigas que reacenderam em mim a fé já desanimada.

Aos eternos amigos de São José do Rio Preto, pela paciência ante as constantes ausências e pelo apoio nos momentos mais importantes.

Aos funcionários da Biblioteca da querida Faculdade de “História, Direito e Serviço Social”, pela presteza, atenção e amizade.

A todos aqueles que estiveram ao meu lado durante o tempo que vivi em Franca e, por certo, contribuíram para que eu seguisse estes passos.

À Capes por financiar e tornar possível o desenvolvimento deste trabalho.

“Uma nova maneira, senão de compreender, pelo menos, de expor o Direito, não é menos comovedora do que uma obra de Arte”.

Edmond Picard

ZUANAZZI, Guilherme. **O tipo penal de disparo de arma de fogo como espécie dos delitos contra a incolumidade pública**: uma antecipação de tutela penal legítima. 2009. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2009.

RESUMO

O presente trabalho aborda o problema da legitimação do delito de disparo de arma de fogo prescrito no Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03). Para tanto, empreende uma análise dogmática da figura típica correspondente, com a intenção de identificar os principais entraves existentes na imputação objetiva do resultado e encontrar-lhes um encaminhamento adequado às finalidades do Sistema jurídico-penal. Desenvolve a análise do objeto aplicando o método derivado do Modelo da “Ciência conjunta do direito penal”. Primeiramente, identifica o novo significado do comportamento de disparo no contexto das interações sociais próprias da sociedade pós-industrial, determinando um substrato criminológico a partir do qual a tutela penal da incolumidade pública adquire conteúdo e função. Em um segundo momento, fundamenta a criminalização do disparo por meio da valoração político-criminal da incolumidade pública como um valor digno de proteção penal e da ofensividade do comportamento de “disparo em local destinado à comunidade” como um resultado desvalioso para bem jurídico tutelado. Por fim, projeta os fundamentos teóricos, obtidos com as análises criminológica e político-criminal, na interpretação dogmática do tipo legal, revelando a definição dos elementos do injusto penal de forma concreta, mas não menos adequada sistematicamente. Conclui, assim, pela compreensão do delito de disparo na forma de uma espécie dos crimes contra a incolumidade pública, como sendo a melhor via para a legitimação da intervenção penal.

Palavras-chave: tipo penal. bem jurídico. ofensividade. disparo de arma. incolumidade pública.

ZUANAZZI, Guilherme. **O tipo penal de disparo de arma de fogo como espécie dos delitos contra a incolumidade pública**: uma antecipação de tutela penal legitimável. 2009. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2009.

ABSTRACT

The present work deals with the legitimacy matter of the misdeed of the shot set in the statute of disarmament. Hence, it executes a dogmatic analysis of the correspondent prohibitive norm, intending to identify the main barriers of the objective imputation of the result as well as to find an adequate path to the purposes of the juridical-penal System. It builds an analysis of the object by applying the derived method of the joint legal-criminal sciences Model. Firstly, it identifies the new significance of the shot in the post-industrial social interactions, defining a criminological base from which the public safety acquires content and function. Secondly, it bases the criminalisation of the shot by the criminal-political evaluation of the public safety as a value worthy of penal protection and by the offensiveness of the shot in a public area as an offensive result for the protected legal good. Lastly, it highlights the theoretical bases, which have been obtained by criminological and criminal-political analyses, in the dogmatic interpretation of the legal prohibition. This reveals the definition of the criminal illicit elements not only concretely, but also systematically adequate. It concludes by reinforcing the comprehension of the misdeed of the shot as a part of the crimes against public safety as being the best path for the penal intervention legitimacy.

Keywords: prohibitive norm. legal good. offensivity. shot. public safety

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 O PROBLEMA DOS DELITOS CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO	14
1.1 O estado atual da dogmática jurídico-penal no delito de disparo de arma de fogo	14
1.2 As decorrências prático-operacionais de uma dogmática jurídico-penal “fracassada”	21
1.3 A atual (des) sistematização do delito de disparo: perda da eficácia preventivo-integradora da tutela penal da incolumidade pública	23
CAPÍTULO 2 O DESAFIO DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: UM DILEMA INSUPERÁVEL OU UMA OPORTUNIDADE DE APROFUNDAMENTO CIENTÍFICO?	27
2.1 O fundo metodológico de uma dogmática jurídico-penal renovadora	32
CAPÍTULO 3 ASPECTO CRIMINOLÓGICO DO DELITO DE DISPARO: UMA EXPLICAÇÃO ETIOLÓGICA E INTERACIONISTA	35
3.1 A criminalização do uso de armas como combate à violência armada	35
3.2 O substrato sociológico: um referencial material e possível para a intencionalidade da tutela penal	38
CAPÍTULO 4 ASPECTO POLÍTICO-CRIMINAL DO DELITO DE DISPARO: UMA NOVA SÍNTESE ENTRE OS FINS CONTRAPOSTOS DO DIREITO PENAL	41
4.1 A finalidade de prevenção-integradora: sobre a necessidade de conformação social do valor da incolumidade pública	42
4.2 A legitimação da tutela penal: uma opção político-criminal de intervenção mínima	47
4.2.1 A relevância social da incolumidade pública	48

4.2.2 A ofensividade do comportamento de disparo de arma	52
4.2.3 A punição do disparo de arma como ultima ratio na proteção da incolumidade pública.....	58
CAPÍTULO 5 ASPECTO DOGMÁTICO DO DELITO DE DISPARO	62
5.1. A inexpressividade do art. 15 da Lei 10.826/03.....	62
5.2 O reflexo dogmático do tipo legal inapto	64
5.3 O injusto penal: uma chance de recuperar a idoneidade do tipo penal.....	65
5.3.1 O objeto de proteção: uma concretização da incolumidade pública perante a conduta típica.....	66
5.3.2 O resultado da conduta: uma determinação da ofensa à incolumidade pública.....	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

Após uma tendência de retração da intervenção penal, já possui luz própria, dentro da linha evolutiva das reformas na Parte Especial, o atual movimento de neocriminalização que se destaca pelas repercussões promovidas nas bases da dogmática jurídico-penal.

Na tentativa de abarcar o alto grau de especialidade da matéria regulada, a reforma legislativa dispensa grande atenção à reprodução da realidade do caso, ao ponto do texto legal tornar-se irreconhecível aos olhos das categorias de interpretação sistemática previstas na Parte Geral. Paralelamente a esse estranhamento no interior do ordenamento jurídico-penal, o desenvolvimento dogmático - ao que mais nos interessa -, dos delitos inscritos nas Leis Penais Especiais tem seguido os passos de um fenômeno jurídico-penal caracterizado pela efemeridade própria da sociedade pós-moderna.

Cunhado no âmbito das discussões do Direito penal europeu por “dogmática sem conseqüências”, essa forma de interpretar e apresentar solução aos entraves jurídicos preza pelo ecletismo doutrinário, no qual os diversos argumentos e perspectivas sobre um mesmo problema buscam conquistar o seu quinhão de verdade, muitas vezes, pela via que melhor atenda o “gosto do cliente”, ou seja, que apresente a solução mais conveniente à agilização do contingente processual ou à eficiência na “guerra contra a criminalidade”, aproximando, aqui, o fenômeno da nossa realidade forense.

Diante de uma oferta de soluções “corretas” tão generosa e de fácil execução, a jurisprudência tende, assim, a abdicar da truncada e complexa interação com a Ciência jurídico-penal no âmbito do processo de aplicação das novas figuras delitivas. Com efeito, o entendimento e as decisões judiciais no campo da legislação penal extravagante podem vir a contribuir para o alargamento do fosso que distancia a aplicação prática do Direito penal de seu desenvolvimento científico.

A ruptura do compromisso com o fundamento de validade científico-jurídica favorece uma práxis de resolução *ad hoc* que, em razão da incoerência sistemática que promove no ordenamento jurídico como um todo, fomenta uma intervenção penal guiada pela tônica da desproporção, que constrói um ambiente jurídico incapaz de frutificar resultados benéficos à sociedade e simultaneamente não prejudiciais ao indivíduo, em uma palavra, soluções justas.

Frente a este cenário de explicações paliativas e assentimentos precipitados, o presente trabalho procura reavivar a importância de uma reaproximação entre o estudo teórico e a realidade prática, acreditando ser essa a via mais propícia para verificar se o labor dogmático

ainda é capaz de provocar uma atitude crítica perante a realização do Direito penal tanto nos momentos de elaboração legislativa, quanto nos de decisões jurisprudenciais; ou, para ater as expectativas do trabalho dentro de um espaço de atuação mais próximo, verificar a possibilidade de um aprendizado jurídico mais consciente.

A intenção de religação compreende a essência da análise dogmática que aborda o problema em torno da legitimação do delito de disparo de arma. O desencadeamento da mencionada tentativa manifesta-se na execução da proposta que consiste em repensar a incriminação do disparo como uma nova forma de tutela da incolumidade pública, estimulando a abertura da investigação às disciplinas científicas prévias à construção dogmática.

Assim, o estudo adentra no aspecto criminológico da questão penal para encontrar dados empíricos capazes de esclarecer o significado antisocial que ensejou a criminalização do comportamento de disparo. Guiados por esse objetivo, chama-nos a atenção a questão de ser suficiente para antecipar a intervenção penal, o fato do preceito penal estar inserido como parte de uma política pública destinada à redução da violência social. Caso contrário, qual seria o substrato sociológico que sustenta tamanha prevenção? Indagação essa, que direciona o olhar da pesquisa para a configuração das interações sociais próprias do modelo de sociedade pós-industrial, bem como para a exigência de segurança frente à ressonância que o comportamento de disparo assume nesse tipo de interação.

A reaproximação da lei à necessidade social que a desencadeou, no entanto, não legitima por si só a transposição das considerações criminológicas para fundamentar a construção dogmática. A limitada capacidade funcional do Direito penal impede que uma interpretação compromissada com as conseqüências deixe de congrega a intencionalidade preventiva da incriminação com os parâmetros político-criminais impostos pelo sistema jurídico-penal. Aqui, haverá uma oportunidade para estabelecer os fundamentos da legitimação do tipo penal de disparo. Dessa forma, será possível verificar se a tutela penal da incolumidade pública corresponde a um interesse consensual, ou melhor, constitucionalmente admitido, ou, trata-se apenas de um instrumento para viabilizar o programa governamental do desarmamento. Além disso, poderá avaliar se o referencial constitucional é suficiente para impor, ante a amplitude que o valor expressa, um conteúdo material do delito apto a demarcar concretamente os limites da criminalização consoante a opção político-criminal de intervenção mínima.

Chegados até este ponto, tudo o que for constatado não passará de puro encantamento teórico ou de uma horizontal discussão criminológica e político-criminal, caso não haja a

devida projeção dogmática. O momento de retorno ao problema será uma oportunidade rara e necessária ao desenvolvimento prático do Direito Penal contemporâneo, pois permitirá abordar todas as discussões relativas ao contexto da sociedade pós-industrial, à categoria dos crimes de perigo e dos bens jurídicos supra-individuais, em função da sistematização concreta de um delito em particular.

Aqui, o estudo trans-sistemático revelará sua grande importância para efetivar a prometida revitalização dogmática, servindo como um verdadeiro filtro hermenêutico ante a diversidade de concepções e posicionamentos a respeito das novas categorias interpretativas que se apresentam para a determinação do injusto penal de disparo.

Por fim, sem a pretensão de apresentar soluções acabadas ou apaziguar todas as controvérsias pertinentes a uma matéria que tem na complexidade do seu conteúdo a razão de existir, acreditamos na possibilidade de atentar, com este estudo, para a importância da concepção de “Ciência conjunta do Direito penal” na reintegração sistemática das atuais reformas legislativas, notadamente, no setor dos delitos contra a incolumidade pública.

CAPÍTULO 1 O PROBLEMA DOS DELITOS CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO

Na busca por uma adequação sistemática dos delitos contra a incolumidade pública, a identificação dos elementos eventualmente problemáticos de sua aplicação prática mostra-se como um salutar ponto de partida para revelar, desde o início, a importância e utilidade do enfoque dogmático da questão penal ¹.

Assim, será possível orientar os esforços do presente estudo por caminhos que procurem a solução do problema em meio a sua realidade social, permitindo-lhe alcançar resultados teóricos, cujo compromisso com a validade jurídica não comprometa sua efetivação operacional. Em uma palavra, a partir da confrontação das construções dogmáticas com a sua realidade prática, poder-se-á discutir o tema proposto dentro dos parâmetros de maior justiça².

1.1 O estado atual da dogmática jurídico-penal no delito de disparo de arma de fogo

A dogmática jurídica assume, no âmbito da Ciência Penal, a tarefa de elaborar e ordenar conceitos e estruturas que sirvam à aplicação do Direito Penal de uma forma segura e igualitária, mas não menos adequada às necessidades de justiça do caso concreto, funcionando, em verdade, “como ponte de ligação entre a lei e a prática.”³ (JESCHECK, 1981, v. 1, p. 58).

¹ Trata-se, aqui, de assumir as orientações de Dias (1987, p. 6-7) para a abordagem de uma questão penal de natureza dogmática, segundo as quais, muito além da análise independente de cada um dos elementos do crime “[...] é do problematismo próprio de cada situação que se deve partir para a determinação da totalidade normativa [...]”, tendo em vista que “[...] na justa resolução do problema posto pela situação e na sua posterior integração no sistema há-de, pois, consistir a verdadeira e integral função da dogmática jurídica.”

² Nesse sentido, segundo Castanheira Neves é “[...] a consideração da dimensão problemática [que] abre continuamente o sistema e só ela permite uma realização adequada e justa (materialmente correcta e normativamente plausível) da juridicidade.” (NEVES, A. C. O actual problema metodológico da realização do direito. Estudos em homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia, 1990 apud FERNANDES, F., 2003, p. 74).

³ Cabe, aqui, situar o estudo dentro de uma concepção dogmática que se preocupa não somente em garantir a segurança jurídica nas decisões judiciais, mas, concomitantemente, em dar solução satisfatória ao caso concreto, atingindo com isto maior grau de justiça na resolução dos problemas jurídico-penais (ROXIN, 2006a, t. I, § 7, nm.51-52, p. 217).

Essa última, particularmente, tem ganhado destaque nos desenvolvimentos científicos do Direito Penal já há algum tempo⁴, em razão do crescente *déficit* de utilidade prática das construções dogmáticas de formação tradicional⁵.

Dessa forma, os estudos dogmáticos têm reforçado o seu compromisso com a redução da excessiva abstração teórica dos institutos e categorias da teoria geral do delito⁶, com vistas a diminuir a distância entre o seu conteúdo e a gama de situações encontradas no mundo real, podendo, então, contribuir para uma “[...] valoração consciente e responsável do significado e alcance [...]” de cada tipo delitivo em específico⁷.

A consecução desse objetivo fica a depender, nos dias atuais, de um labor dogmático (científico ou prático-judicial) que se preocupe⁸ com o desenvolvimento dos critérios de imputação penal utilizados na interpretação e aplicação dos tipos legais de crimes pertencentes ao “processo de expansão”⁹ do Direito Penal contemporâneo.

⁴ Trata-se da relativa influência do modelo anglosaxão no seio da dogmática alemã tipicamente teórica, verificada no segundo pós-guerra. Essa influência, segundo Mir Puig, ajudou a conformar “uma importante corrente metodológica que concentra sua atenção no processo de aplicação da lei à realidade, e caracteriza a dogmática como ciência que persegue a decisão dos casos” (cf. MIR PUIG, Santiago. Dogmática creadora y política criminal. Comunicação ao Colóquio Regional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, 1977 apud TOLEDO, 1994, p. 2).

⁵ Dada à influência do Direito Penal alemão na maioria dos ordenamentos jurídicos de matriz ocidental européia, nos quais o Ordenamento Jurídico brasileiro se insere, faz-se aqui referência direta à concepção rigorosamente sistemática da teoria do crime, proveniente do modelo analítico-classificatório de delito proposto por Franz von Liszt e desenvolvido pela dogmática convencional até o início dos anos 60 (SILVA SANCHÉZ, 2004, p. 16). Essa postura dogmática caracteriza-se por confiar a solução do caso a um processo de derivação conceitual lógico-abstrata, que reduz a atividade dogmática a um verdadeiro “contorsionismo classificatório” das questões penais, desligado da realidade social do delito e que, portanto, pouco contribui para a atividade do operador jurídico. Em perfeita síntese, Roxin (2000, p. 85-86) a define: “[...] quase todas as teorias do delito até hoje construídas são sistemas de elementos, isto é, elas dissecam o comportamento delitivo em um número de diferentes elementos (objetivos, subjetivos, normativos, descritivos etc.), que são posicionados nos diversos estratos da construção do crime, constituindo algo como um mosaico do quadro legislativo do fato punível.”, distanciando os esforços teóricos das peculiaridades do caso concreto.

Ademais, Schünemann (1991, p. 28) caracteriza de esotérico o tratamento dado à tradicional dogmática jurídico-penal alemã, já que suas categorias eram ignoradas com frequência pela aplicação prática do direito penal.

⁶ Com clareza, Silva Sánchez (2002b, p. 362) define: “[...] a teoria do delito se ocupa da exposição sistemática dos pressupostos que devem concorrer de modo genérico para a imposição de uma sanção penal e das conseqüências intrasistemáticas que resultam da presença ou ausência de cada um deles.”

⁷ Um importante marco dessa tendência de maior atenção teórica aos problemas reais do delito encontra-se nos trabalhos de elaboração do Projeto Alternativo do Código Penal (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*) alemão, em 1966, sob a intenção de aproximar a dogmática tradicional dos setores da realidade social e, assim, proporcionar a construção de figuras jurídico-penais, cuja significação e alcance diriam respeito às soluções dos problemas concretos. (TIEDEMANN, 1981, p. 99-100; ANDRADE; DIAS, 1997, p. 99-100).

Nesse sentido, de forma paradigmática, é o estudo programático de Claus Roxin (2000), intitulado “Política criminal e sistema jurídico-penal”.

⁸ Essa preocupação parte do pressuposto que concebe as regras de imputação, que são desenvolvidas sob o trabalho de interpretação dogmática da legislação penal, como veículo por meio do qual o programa do legislador incide na esfera de liberdade dos cidadãos (SILVA SANCHÉZ, 2001, p. 49).

⁹ Expressão referida por Silva Sánchez (2002a, p. 21) como sendo “[...] uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes [...]”, cujas causas, segundo o autor, “[...] fundam suas raízes no modelo social que vem se configurando no decorrer, pelo menos, das duas últimas décadas [...]”. Nesse sentido, Hirsch (1986, p. 395) conclui a respeito dos movimentos de reforma da Parte Especial: “[...] depois de uma etapa na qual se tratou de restringir a intervenção do Direito penal, domina agora a tendência de ampliá-lo.”

Esse novo alcance do Direito Penal positivo representa, hodiernamente, a materialização do co-natural desafio evolutivo da Ciência Jurídico-Penal¹⁰, pois implica, em um primeiro momento, o aumento da tensão normativa entre Parte Geral e Especial¹¹ do Código Penal¹², ao ponto de dificultar a mínima integração entre elas, sem a qual a efetiva aplicação Direito Penal fica prejudicada¹³.

Essa inconciliável tensão revela-se, aos olhos dos operadores jurídicos, na forma de entraves jurisprudenciais, nos quais é cada vez maior a dificuldade em se utilizar os conceitos e as regras de imputação, fixados pela tradicional teoria geral do delito, para interpretar e apresentar soluções aos casos concretos que estão no âmbito dos novos tipos penais, sobretudo aqueles inscritos nas chamadas Leis Penais Especiais.

Ao que mais nos interessa, esse fenômeno é plenamente observável na análise do delito de disparo de arma de fogo, que já no plano legislativo apresenta uma formação diversa dos tipos legais da Parte Especial do CP.

Ante os novos comportamentos delitivos, até então inexistentes ou não com o mesmo significado social, surgidos em razão do incremento na complexidade das relações interpessoais (SILVA SÁNCHEZ, 2002b, p. 27 et. seq); junto aos obstáculos burocráticos de uma reforma global da Parte Especial do CP, o legislador lança mão de um procedimento reformista calcado na criação de leis parciais e esparsas¹⁴ (HIRSCH, 1986, p. 395), em cujo

¹⁰ Ao contrário de considerar-se o estado atual das Leis Penais Especiais como um fenômeno de crise, característico exclusivamente do Direito penal contemporâneo, acolhe-se, aqui, o pensamento de Silva Sánchez (2002a, p.13-14), que estende aquela situação de crise para algo imanente a todo Direito Penal moderno. Segundo o mesmo autor, a crise é traduzida na constante tensão entre os interesses de prevenção da criminalidade e garantia das liberdades individuais diante do *ius puniendi*, embate originado desde o surgimento dos ideais iluministas. Enxergando nessa tensão “[...] o principal combustível que propulsiona a evolução da Ciência Jurídico-Penal, com particular ênfase à estrutura dogmática respectiva.” (cf. FERNANDES, F., 2003, p. 58).

¹¹ Considere-se, também, as leis penais esparsas ao Código Penal, uma vez que os preceitos da Parte Geral nelas incidem assim como para os da Parte Especial codificada (ROXIN, 2006a, §1, nm.7, p. 44). Arzt (1989, p.85) faz a distinção entre direito penal comum (preceitos penais contidos no Código Penal) e direito penal especial, cujos preceitos estão contidos em leis extra-penais sem, no entanto, serem considerados secundários em relação aos primeiros.

¹² Na seqüência, será empregada a forma abreviada CP.

¹³ Faz-se, aqui, referência à importante integração entre a função descritiva dos concretos tipos penais da Parte Especial, que carregam em si as valorações comunitárias relevantes à sociedade atual, e a função fundamentadora dos preceitos de imputação e validade da Parte Geral, capazes de conformar a aplicação das diversas figuras típicas aos princípios jurídico-penais. Tal integração contribui para o aperfeiçoamento do Direito Penal enquanto ordenamento jurídico prático e científico (COSTA, 2007, p. 13-23).

¹⁴ O marco inicial dessa tendência reformista aponta para a edição, em 1976, da lei alemã de luta contra a criminalidade econômica - *Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* (WiKG) -, que aumentou o rigor das medidas jurídico-processuais e criminalizou novas condutas relacionadas às práticas dessa espécie de criminalidade (HIRSCH, 1986, p. 385).

contexto está inserida a Lei n. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) que tipifica, dentre outros comportamentos puníveis relacionados às armas de fogo, a conduta do disparo¹⁵.

Em consonância com a referida tendência legislativa, o Estatuto do Desarmamento busca abranger a referida complexidade da matéria jurídica, apresentando tipos legais de crime constituídos por elementos indeterminados e cláusulas gerais, cuja compreensão, muitas vezes, remete ao conhecimento das regulamentações extra-penais destinadas à implementação da política pública do controle das armas de fogo¹⁶.

Concretamente, a interpretação do injusto do disparo de arma de fogo sofre uma sobrecarga, pois torna o exercício de delimitação típica do caso concreto dependente de inúmeros conceitos técnicos e dados empíricos específicos¹⁷ não compreendidos nos elementos teóricos da parte geral do CP.

Diante desse aumento da complexidade técnica dos elementos do tipo penal, ao contrário do que deveria ocorrer, o operador jurídico não encontra respaldo dogmático capaz de compreender e explicar a relevância penal do fato com o mesmo grau de especialidade exigida pelas novas realidades anti-sociais.

Nesse ponto, surge, para a análise de um grupo dos delitos contra a incolumidade pública¹⁸, o dito estranhamento entre Parte Geral e Especial, o qual é refletido na forma de entraves no exercício de tipificação, notadamente, aqueles relacionados ao preenchimento dos critérios pragmáticos de imputação penal no caso concreto¹⁹.

A começar pela identificação do bem jurídico tutelado pelos tipos penais relacionados ao controle das armas de fogo. Diante do silêncio do legislador, a determinação do objeto de

¹⁵ A criminalização do disparo de arma de fogo foi marcada pela Lei n. 9.437/97, que elevou à condição de crime a contravenção penal do art. 28 do Dec.-lei 3.688/41.

¹⁶ Além da definição das condutas puníveis, o Estatuto estabelece as condições para o registro, o porte, uso e comercialização de armas de fogo no Brasil. (BUENO, 2004, p. 199-208).

¹⁷ Um exemplo da grande complexidade técnica dos elementos do tipo penal pode ser demonstrada pela definição de arma de fogo, dada pelo art. 3, inc. XIII, do Dec. 3.665/2000: “[...] arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.”

¹⁸ Sob uma pretensa visão sistemática, pode-se englobar nesse grupo boa parte dos delitos de trânsito, tipificados na Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), junto aos crimes de posse irregular, porte ilegal e disparo de arma de fogo (previstos no Estatuto do Desarmamento), em razão de compreenderem um conjunto de preceitos penais relativos à nova área de tutela da incolumidade pública, nos quais se fazem coincidentes os problemas destacados nesse tópico.

¹⁹ Cabe esclarecer que o presente estudo (pretensamente sistemático) é consciente da repercussão problemática em todas as categorias do delito de disparo de arma de fogo (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e demais pressupostos de punibilidade), no entanto, tomará como objeto de análise somente as questões relativas à primeira delas – sobretudo, no âmbito da imputação penal objetiva -, visando, em primeiro lugar, respeitar a ordem de estruturação sistemática do delito e, em segundo, reconhecer a incompatibilidade dos limites desse trabalho com a extensão exigida para um tratamento integral que seja digno da excepcional relevância e especificidade de todos os problemas envolvidos. Quanto à orientação para análise do delito conforme sua estruturação sistemática (cf. ROXIN, 2006a, §7, nm. 32, p. 207).

proteção restou ao encargo do desenvolvimento doutrinário, que elegeu, em sua maioria, a tutela da incolumidade pública como fundamento autônomo e legítimo para a intervenção penal. No entanto, dada à amplitude do conceito, dificulta-se a sua corporificação em uma situação concreta. Tal dificuldade torna-se evidente na definição do bem, dada por JESUS (2005, p. 6), como sendo o “[...] nível de segurança pública no que tange às relações sociais.”²⁰

Em conseqüência da indeterminação do objeto de tutela, o estranhamento ganha evidência prático-judicial no momento de identificar a forma de afetação daquele nível de segurança coletiva.

Concretamente, o operador jurídico, restrito ao âmbito de uma concepção causal-naturalista de imputação penal objetiva²¹, vê-se limitado a constatar a relevância penal dos efeitos imateriais de um fato, por meio da simples análise da exteriorização físico-natural da conduta típica.

Assim é, pois o critério do nexa causal nada tem a oferecer à função restritiva de tipos penais, nos quais a conduta típica aparenta dizer muito pouco a respeito do bem jurídico que irá afetar, seja porque no tipo do disparo de arma de fogo inexistente um resultado naturalisticamente constatável, que possa facilitar a visualização da ofensa ao bem jurídico; seja porque a amplitude do valor tutelado extrapola a distancia tradicionalmente admitida entre conduta e bem jurídico a ser afetado (lesão, perigo concreto)²².

²⁰ Dando respaldo à referida concepção coletiva de tutela penal, JESUS (2005, p. 6 et. seq.) autonomiza-a como bem jurídico, ao considerá-la em si um autêntico interesse público da coletividade, fundado no preceito constitucional do art. 144, *caput*, “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos [...]”, independente de um referente bem jurídico individual. No mesmo sentido (cf. CAPEZ, 1997, p. 22, 51; GOMES; OLIVEIRA, 2002, p. 49-51).

²¹ A restrição a tal concepção de imputação penal objetiva atribui-se ao fato do Código Penal brasileiro adotar a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*, conforme o preceito do art. 13. Tal teoria transfere o critério limitador da imputação penal para o plano subjetivo (do dolo e da culpa) – em razão da posterior influência finalista -, e, portanto, abandona o juízo de imputação objetiva do resultado a uma verificação puramente físico-descritiva, tornando a análise típica (no plano objetivo) insípida a qualquer juízo de natureza axiológica (TOLEDO, 1994, p. 110 et. seq.; ROXIN, 2006a, p. 345-365). Em boa medida, trata-se das conseqüências do *monismo causalista* que impediram o desenvolvimento da categoria da tipicidade (e da imputação penal objetiva em particular) conforme a pluralidade de situações sociais de conflito, surgidas ao longo das mudanças histórico-sociais (SCHÜNEMANN, 1991, p. 45).

²² Paradigmática é a classificação de delitos quanto à intensidade de afetação ao objeto da norma, de Karl Binding, que os divide em “crimes de ofensa” (*Angriffsdelikte*) e crimes de “mera desobediência” (*der einfache Ungehorsam*). Classificação essa que admite os crimes de perigo concreto e de lesão como legítimos fatos ofensivos e exclui – partindo de sua concepção de perigo como “comoção na certeza do ser” (*Gefährdung ist immer Erschütterung der Daseinsgewissheit*) - as hipóteses do perigo abstrato, descritos como presunção absoluta (*juris et de jure*) de perigo e, portanto, incapazes de atender aos termos de ofensividade admitidos por aquela concepção (BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Deliktes*. 3ª ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916. v.1: *Normen und Strafgesetze*, p. 326 et. seq.; 380; 372 apud D’AVILA, 2005, p. 102-103).

Nesse ponto, visualiza-se, à luz da dogmática tradicional, um “enfraquecimento” da relação entre a conduta do disparo e o bem jurídico tutelado²³ (DIAS, 2001, p. 60-61), com respaldo direto no aspecto de legitimação material do juízo de tipificação.

Esse abalo na legitimidade é causado pela afronta direta ao princípio jurídico-penal da ofensividade²⁴, já que o primeiro estágio da responsabilização penal do agente é imputado, apenas, com base em uma presunção de ofensa ao bem jurídico. Tal hipótese, dentro de uma concepção de delito calcada na lesão ou exposição a perigo real de bens jurídicos, abre espaço à punição de fatos desprovidos de qualquer perigosidade e, em decorrência, tende a desbordar a intervenção penal para além de seu caráter subsidiário, adentrando em âmbitos, onde se fará desproporcionalmente gravosa (DIAS, 1999, p.78-79).

Diante desse impasse, que, em verdade, se apresenta como um problema de integração sistemática do delito de disparo de arma, a doutrina nacional busca resolvê-lo a partir de duas vertentes teóricas, contrapostas na forma, mas idênticas na substância.

Em um sentido, procura-se reafirmar a exclusiva concepção formal do delito de disparo de arma (classificado na forma do crime de perigo abstrato), com suporte no argumento que afirma ser suficiente para a tipicidade do caso concreto a presunção legal de ofensividade contida na *ratio legis*²⁵ e, com isso, isenta o operador jurídico da verificação de ocorrência material dos efeitos ofensivos à incolumidade pública²⁶.

Em outro sentido, insurgindo-se contra a presunção legal de perigo no caso concreto, parte da doutrina afasta o enquadramento do delito da categoria do perigo abstrato e

²³ Nessa esteira, Hassemer (2003, p. 60-61) refere-se à redução de clareza e percepção do injusto, que passa a ser não mais “do que o resultado de uma pura avaliação técnica”.

²⁴ Conforme Marinucci e Dolcini (2001, p. 449-454), o princípio da ofensividade deriva constitucionalmente de “[...] um Estado pluralista, laico, inspirado em valores de tolerância, nos quais todos os poderes estatais emanam do povo soberano, que no homem reconhece o valor da dignidade e um núcleo de direito inviolável.”; e se expressa em um modelo de direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, bem como em um delito estruturado como ofensa aos bens jurídicos, na forma de lesão ou ao menos de colocação em perigo. De forma pragmática, esse princípio vincula a atividade punitiva (tanto do ponto de vista do legislador quanto do intérprete) na medida em que só legitima a relevância penal de fatos que comportem uma lesão ou, ao menos, exposição a perigo de um bem jurídico, sob pena do Direito Penal punir mera desobediência, violação de deveres ou atitudes internas do agente.

²⁵ Para reforçar o argumento de legitimidade da concepção formal, Capez (1997, p. 26) lastreia a suficiência dessa, na opção político-criminal do legislador que lança mão de tamanha antecipação de tutela penal para “[...] resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas.”, diante já dos riscos provenientes da utilização de arma de fogo. Em última publicação, o mesmo autor analisou a Lei. n. 10.826/07, mas sem reformulações quanto a esse posicionamento (CAPEZ, 2006, p. 44-48).

²⁶ Em análise da legislação antecedente ao Estatuto do Desarmamento (Lei n. 9.437/97, art. 10, §1º, III), Capez (1997, p. 51) estende o posicionamento acima ao delito de disparo de arma de fogo: “[...] do mesmo modo que nas hipóteses do art. 10, *caput*, a lei presume o perigo ante a realização das condutas previstas no tipo. O perigo, por presunção legal, é inerente a qualquer das ações nucleares, sendo irrelevante comprovar sua efetiva ocorrência no caso concreto.”

classifica-o como crime de lesão²⁷. Contudo, essa tese é incapaz de dar resposta palpável para o conteúdo material do delito, pois procura satisfazer os anseios por ofensividade real a partir de uma concepção de lesão à incolumidade pública excessivamente normativa²⁸, na qual se fundamenta a consumação material do delito por meio de um juízo formal estendido. Em outras palavras, essa teoria consegue isentar o aplicador da comprovação material de ofensa por intermédio do argumento formal e abstrato de se tratar de um crime de mera conduta (JESUS, 2005, p. 9).

Em suma, ambas as construções teóricas pouco contribuem para solucionar a questão de fundo, que tanto incomoda à aplicação judicial do delito de disparo, qual seja, a busca por critérios materiais que indiquem a existência de um bem jurídico digno de tutela penal, e a forma como a conduta do disparo o afeta.

Em termos dogmáticos, nenhuma delas cogitou a necessidade de harmonizar os pressupostos da imputação penal com as peculiaridades da situação fática; insuficiência teórica que impede o operador jurídico de restringir a intervenção penal com base na realidade do caso concreto. Ao contrário, percebe-se um esfumaçamento do conceito material do fato punível, por meio da redução dos pressupostos de punibilidade, oculta em novas roupagens do perigo presumido (melhor dizer “mera desobediência”), as quais, por sua vez, depositam toda a carga legitimadora em um conceito do bem jurídico demasiadamente ampliado e, portanto, inapreensível²⁹.

Conclusivamente, a situação atual do tratamento dogmático dos delitos contra a incolumidade pública dá sinais da sua incapacidade em manter uma coerência sistemática das soluções dos problemas práticos com os princípios fundamentais do Estado de Direito, sem a qual a realização do Direito Penal perde seu fundamento científico, correndo o perigo de ser

²⁷ No mesmo sentido, mas em relação aos delitos de trânsito: (cf. JESUS, 2000, p. 2 et. seq.; GOMES, 1994, p. 69 et. seq.).

²⁸ Segundo Jesus (2005, p. 11): “[...] sempre há ofensa ao bem jurídico primário [incolumidade pública], no sentido de que o fato delituoso [o simples comportamento] reduz o nível mínimo de segurança que deve existir nas ‘relações sociais’, conforme os parâmetros impostos pelo Estado.” No mesmo sentido, quanto aos delitos de trânsito serem classificados como de lesão (cf. JESUS, 2000, p.18 et. seq.).

²⁹ Nesse sentido, Greco (2004, p. 117) considera-as como falsas concepções de bens jurídicos coletivos (dentre elas a incolumidade pública), capazes de ocultar os déficits de legitimidade de antecipações da tutela penal. Ademais, vale mencionar a crítica de Hassemer (2003, p. 58) quanto à inversão do princípio da proteção de bens jurídicos no Direito Penal moderno, no qual aquele “[...] transforma-se de uma proibição limitada de punição em uma ordem de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização.” No entanto, antecipadamente, deve-se ponderar a partir do pensamento de Figueiredo Dias, que atribui os problemas referidos acima à pouca atenção dada pelos esforços dogmáticos a estes bens e, por conseguinte, ao invés de negar-lhes autenticidade prematuramente, cobra que “[...] se trabalhe no aprofundamento do seu estudo, se progrida no estabelecimento dos seus contornos e se tome sempre a benefício de inventário, com o auxílio indispensável do ordem axiológica jurídico-constitucional [...]” (DIAS, 2001, p. 57).

colocado a serviço de anseios exclusivamente políticos, morais ou meramente pragmáticos (SCHÜNEMANN, 1996, p. 211-215).

Enfim, caso essa suspeita se confirme na jurisprudência, a dogmática jurídico-penal fracassará em sua missão de “abrir as portas à reforma da legislação penal” do controle das armas de fogo, por meio da elaboração de um Direito Penal “melhor, mais justo e racional” (MUÑOZ CONDE, 2000, p. 46, 50-51).

1.2 As decorrências prático-operacionais de uma dogmática jurídico-penal “fracassada”

Indiferente à problemática desenhada acima, a jurisprudência dos nossos tribunais vale-se, em grande parte, daquela concepção formal do delito de disparo de arma para formar o juízo de tipicidade nos casos concretos.

O desapego a qualquer critério material que evidencie e concretize a ofensa ao bem jurídico pode ser verificado tanto nas decisões que admitem aquele como uma afetação de perigo abstrato³⁰ quanto naquelas que julgam apreender a ofensividade da conduta por meio de um juízo meramente formal, tendo em vista a natureza imaterial do bem jurídico³¹.

Ao lado de qualquer crítica direcionada à eventual superficialidade dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais, é de se notar a naturalidade com que os operadores jurídicos, sobretudo magistrados e representantes do Ministério Público, têm reproduzido uma

³⁰ Nesse sentido, indique-se voto constante em acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “[...] o disparo de arma de fogo em via pública constitui crime de perigo abstrato, ou seja, é prescindível que a conduta do agente resulte na produção de um perigo real para o bem jurídico tutelado, no caso em tela, a segurança coletiva.”. Ap. Crim. 70022338206, Rel. Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira – DJ 19.01.07, (RIO GRANDE DO SUL, on-line). Nesse mesmo sentido, os acórdãos dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, respectivamente: Ap. Crim. 1083.144.3/7, Rel. Des. Luís Soares de Mello - DJ 16.10.07, (SÃO PAULO, on-line); Ap. Crim 1.0514.04.012886-0/001(1), Rel. Des. Sérgio Braga – DJ 12.09.06, (MINAS GERAIS, on-line). No que toca o Supremo Tribunal Federal, semelhante discussão gira em torno do julgamento do HC 90075/SC, que apura a tipicidade do crime de porte de munição sem autorização legal (Lei 10.826/2003, art. 14), constando votos dos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa no sentido de tratar-se de delito de perigo abstrato. Informativos nº457 do STF, (BRASIL, on-line).

³¹ Nesse sentido, indique-se trecho do acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “[...] o delito de disparo de arma de fogo, na verdade, é crime de mera conduta. Não há, no caso, qualquer relevância em se perquirir se o fato ofereceu perigo ou ofendeu a integridade física de outrem, pois para sua configuração basta o agir em desconformidade com a norma legal.”. Ap. Crim 70025197732, Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas – DJ 10.09.08, (RIO GRANDE DO SUL, on-line). Nesse sentido, analisando o delito de porte ilegal de arma de fogo previsto na legislação anterior (Lei 9.437/97, art. 10), indique-se o trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “O fato de o bem jurídico protegido não pertencer ao mundo fenomênico não retira a integridade do tipo [...]”. HC 22.662, Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ 7.11.02. (BRASIL, on-line).

concepção de fato punível alheia às preocupações em integrá-las aos princípios fundamentais do Direito Penal.

Talvez essa postura esteja relacionada às eventuais facilidades de natureza prático-processuais advindas daquela concepção, pois no âmbito da jurisprudência a praticidade das teorias tem preferência sobre a sua coerência sistemática (SCHÜNEMANN, 1996, p. 211).

Nesse cenário, um conceito de crime que “viabilize” a comprovação da autoria e materialidade no caso concreto apenas pela via de depoimentos testemunhais e exames periciais que respondam à pergunta óbvia sobre a ocorrência de um disparo da arma de fogo, é, por certo, mais bem-vindo³².

Cabe atentar nesse ponto que a subsistência de uma impressão pouco nítida do princípio da ofensividade nas concretizações dogmáticas extrapola o plano teórico do Direito Penal e chega à nossa realidade através de um processo penal menos garantista³³.

A interpretação formalista do disparo de arma incentiva a diluição das exigências probatórias sobre o concreto processo de produção de danos posteriores pela conduta, cuja relevância lesiva fica subentendida por suposições teóricas. Tal flexibilização das regras probatórias pode afetar a integridade do processo penal, pois as presunções de lesividade tendem a inverter a carga de prova inteiramente sobre os ombros do imputado – quando não lhe é negada por completo -, permitindo, em último caso, que uma suspeita seja tomada como fato típico inconteste; em poucas palavras, atenta-se contra o princípio da presunção de inocência³⁴ (MENDOZA BUERGO, 2001a, p.106).

Ademais, retomando a idéia de estranhamento (melhor dizer, “conflito”) de perspectivas teóricas entre a Parte Geral e a realidade das Leis Penais Especiais, uma análise do caso que prime pelo aspecto formal-naturalístico do crime contribui em boa medida para

³² Postura verificada nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande de Sul, com grande ênfase. A título ilustrativo, ganham caráter emblemático as decisões no estilo: “A materialidade delitiva foi comprovada pelo auto de exibição e apreensão da arma de fogo e pelo laudo pericial, que atesta a eficácia da arma apreendida. A autoria é inconteste”. Nesse sentido: Ap. Crim 492.325.3/9-00, Rel. Des. Salles Abreu – DJ 20.05.08, (SÃO PAULO, on-line); Ap. Crim 4215/08, Rel. Des. Angelo Moreira Glioche – DJ 29.06.08, (RIO DE JANEIRO, on-line); Ap. Crim 70025197732, Rel. Des. Manual José Martinez Lucas – DJ 10.09.08. (RIO GRANDE DO SUL, on-line).

Em relação às facilidades para a aplicação do Direito Penal, trazidas pelas inovações legislativas, bem como sobre os problemas decorrentes (cf. HASSEMER, 2003, p. 60-61).

³³ Sobre a definição e importância da relação entre o modelo de Direito Penal material e o de processo penal, Fernandes (2001, p. 55-56) esclarece: “O Direito Penal material e o Direito Processual Penal estão, em última instância, em íntima relação funcional (*supra*) e, por isso, um Direito Processual Penal com todas as garantias do Estado de Direito somente é possível com um Direito Penal material baseado nos mesmos princípios.” Sobre o conceito de relação de *mútua complementariedade funcional* entre Direito Penal e Processo Penal (cf. DIAS, 1981, p. 28, 32-33). Quanto ao resultado de redução das possibilidades de defesa (cf. HASSEMER, 2003, p. 62).

³⁴ No mesmo sentido (cf. SILVA SÁNCHEZ, 2002b, p. 90).

mascarar aqueles entraves e, assim, possibilitar uma argumentação “tranqüila” sobre a solução do caso concreto.

Dessa forma, sem um critério sistemático capaz de fazer referência ao caráter valorativo do fato punível, a decisão judicial, no âmbito do grupo de delitos contra a incolumidade pública - ao qual pertence o delito de disparo de arma -, fica relegada ao mar de incertezas do juízo intuitivo do magistrado, em meio ao qual estará lançada a sorte do imputado. Nesse ponto, segundo Silva Sanchez (2001, p. 42-43), revela-se uma inversão no *modus operandi* da jurisprudência, pois o juiz passa a utilizar as categorias e regras do sistema tradicional do delito não para encontrar a solução do caso concreto, mas apenas para justificar, *a posteriori*, uma decisão tomada em um contexto fático, possivelmente, alheio ao alcance e intencionalidade da lei³⁵.

Em conseqüência, a aplicação do delito de disparo corre o risco de seguir orientada, unicamente, por argumentos formulados em razão de outros interesses que não sejam a persecução da verdade e da justiça (SCHÜNEMANN, 1996, p. 215-217). Diante desse desvio, a dogmática jurídico-penal perde totalmente o seu papel dentro da Ciência do Direito Penal, sobretudo porque suas regras não mais serão capazes de estabelecer os moldes válidos e seguros à aplicação do Direito, dos quais tanto depende a legitimidade do controle de armas de fogo pela via penal³⁶.

1.3 A atual (des)sistematização do delito de disparo: perda da eficácia preventivo-integradora da tutela penal da incolumidade pública

A dificuldade de integrar o delito de disparo de arma aos princípios tradicionais do sistema penal, além de abalar o aspecto de garantia na esfera da Justiça criminal, acarreta a

³⁵ Segundo a expressão de Muñoz Conde (2000, p. 50) relativamente aos efeitos de uma “[...] dogmática sem conseqüências”, tem-se a impressão de que “[...] a fundamentação que se dá *expressis verbis* muitas vezes não é mais que a muleta que se utiliza para dar à sentença que se considera justa o requerido apoio dogmático”. Nessa esteira, identificando no “processo formal de reacção [...]” um eficaz instrumento de conformação dos fatos à lei (cf. DIAS; ANDRADE, 1997, p. 370-371).

³⁶ Quanto a essa conclusão, torna-se imprescindível citar as palavras de Gimbernat Ordeig (2004, v. 13, p. 37-38), que sintetizam a decorrência prática do problema dogmático: “[...] a dogmática jurídico-penal, [...] torna possível, por conseguinte, ao assinalar limites e definir conceitos, uma aplicação segura e calculável do Direito Penal, [...] Quanto menos desenvolve o Direito Penal uma dogmática, mais imprevisível será a decisão dos tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontrolláveis a condenação ou a absolvição. Se não se conhecem os limites de um tipo penal, se não se estabeleceu dogmaticamente seu alcance, a punição ou a impunidade de uma conduta não será a atividade ordenada e meticulosa que deveria ser, apenas uma questão de loteria.”

diminuição da consistência preventiva da lei, pois distancia a aplicação do respectivo grupo de delitos contra a incolumidade pública da unidade normativa do ordenamento jurídico-penal.

Essa unidade expressa-se na estruturação dos tipos penais inscritos na Parte Especial do CP, que está organizada conforme uma coerência “lógica material interna” das molduras penais abstratas, a qual toma como referente material, determinadamente, “a natureza e densidade do bem jurídico protegido” e “a forma do ataque ou violação àquele bem jurídico” (COSTA, 2007, p.14-15, 20-21).

Segundo Costa (2007, p.14), essa coerência impede de se fazer da Parte Especial do CP “uma seqüência sem sentido e anômala de tipos legais de crime”, mas, ao contrário, permite que os preceitos penais sejam assumidos pela comunidade com maior intensidade e clareza.

Concretamente, torna-se possível reafirmar a devida importância social de cada bem jurídico tutelado e a gravidade de sua ofensa por meio do sistema de justiça penal, desde que nas decisões judiciais sejam observados aqueles critérios materiais que orientaram a fixação da moldura penal abstrata.

Em verdade, essa técnica revela a necessária correspondência entre a pena aplicada e a clareza dos elementos do tipo penal, cuja importância é refletida no reforço da finalidade de motivação da norma jurídico-penal, exercida sobre os cidadãos da comunidade³⁷.

Ademais, assim cumprida a finalidade preventiva do Direito Penal, não se descuida dos anseios garantistas, na medida em que a divulgação clara dos parâmetros da ameaça sancionatória, pelas decisões jurisprudências, possibilita aos destinatários orientarem suas condutas externas sem serem surpreendidos por uma incoerente aplicação de pena (SILVA SÁNCHEZ, 2002a, p 318).

No entanto, no que diz respeito ao delito de disparo, aquela função preventivo-integradora fica prejudicada em razão dos mencionados referentes não estarem adequados aos parâmetros tradicionais sobre os quais foram estruturados os tipos penais codificados.

Assim, ausente uma concepção de incolumidade pública que seja compreensível tradicionalmente e, ao mesmo tempo, que reproduza a nova realidade de segurança exigida

³⁷ Sucintamente quanto a isto, atribui-se às normas jurídico-penais a capacidade de exercer influência sobre a motivação humana, por esta razão aquela é tida como um imperativo - mais do que mero juízo de valor -, que pretende orientar o comportamento dos seus destinatários no sentido de não atuarem de forma ofensiva a bens jurídicos penalmente protegidos, mediante uma ameaça de pena àquelas condutas, alinhando-se, assim, à missão preventiva do Direito Penal. No entanto, o efeito motivatório não se esgota na ameaça de pena, mas pode ser reforçado pela concreção dessa pelos juízes, confirmando a “seriedade da ameaça” na esfera comunitária (SILVA SÁNCHEZ, 2002a, p. 334, 353 et. seq.).

para o controle de armas de fogo, dificilmente poder-se-á relacioná-la aos demais bens tutelados pelo Ordenamento jurídico-penal. Em razão disso, a gravidade da pena no delito em questão fica a carecer de proporcionalidade e sentido se relacionada às molduras penais de delitos mais graves, notadamente à sanção fixada para o crime de lesão corporal de natureza leve (art. 129, caput, do CP), que, ao tutelar a integridade física - cujo significado e valor social estão bem definidos para a totalidade dos destinatários -, comina pena menos severa.

Além disso, sem uma concreção do grau de afetação daquele bem jurídico no caso concreto, prejudica-se a reprodução clara, pela administração da justiça, da finalidade político-criminal que orientou o legislador na criminalização do comportamento de disparo de arma. Em termos práticos, o aumento do rigor punitivo que elevou a contravenção do disparo à condição de crime, aos olhos do destinatário, passa a ser aplicado sem justificação concreta³⁸.

Na verdade, as decisões condenatórias das condutas de disparo, ao fundamentarem a cominação penal em um critério não distinto da antiga contravenção penal³⁹, mantêm-se incapaz de transmitir ao destinatário, o acréscimo de importância atribuído ao controle de armas de fogo na sociedade atual.

Conseqüentemente, a aplicação judicial frustra um importante objetivo da reforma penal no âmbito das novas realidades delitivas, qual seja, conscientizar a comunidade da verdadeira gravidade social das condutas previstas nas Leis Penais extravagantes tanto quanto o fazem os tradicionais injustos penais inscritos no CP (ARZT, 1989, p.100).

Em conseqüência da descontextualização sistemática do tipo legal, o Direito Penal perde em termos de eficácia preventiva e, ao mesmo tempo, garantidora; pois, muito além de não ser capaz de motivar o cidadão, a decisão judicial que condena ao delito de disparo de arma, por não vincular a gravidade da pena a um elemento correspondente do caso concreto, fica a dever ao destinatário o mínimo de segurança na administração da justiça.

Em conclusão, é possível constatar que a ausência de maior “injunção de valor acadêmico-científico” ao tratamento dogmático do delito de disparo acarreta a perda de sua eficácia preventiva real⁴⁰. Urge, portanto, a necessidade de tomar-se uma postura frente ao

³⁸ Consoante a esse ponto, Silva Sánchez (2002a, p. 196-197) atribui a ineficácia preventiva na concretização da pena, à eventual desconexão desta com a norma penal, que, por meio dos pressupostos de punibilidade, é capaz de estabelecer um “diálogo racional” com o destinatário.

³⁹ O ordenamento jurídico-penal brasileiro adota a classificação bipartida para diferenciar as condutas puníveis, havendo apenas uma distinção quantitativa entre crime e contravenção, no que diz respeito à gravidade da conduta e da pena cominada (cf. BITENCOURT, 2002, v.1, p. 155).

⁴⁰ Nesse sentido, Hassemer (1991, p.27) vincula o sucesso da função preventiva a um dever de “[...] implantar uma determinada visão do Direito penal na mente das pessoas de modo que enfatize a invulnerabilidade da igualdade e liberdade, pois de outra forma não se pode esperar uma aceção das partes.”

estado de coisas em que se encontra no âmbito do controle penal das armas de fogo, caso contrário, correr-se-á o sério risco daquele confirmar as sábias palavras de Eduardo Correia (1998, v. 1, p. 7, grifo do autor):

[...] face a uma tal confusão de normas e de sanções, chega a dizer-se que os homens acabam por pensar ou concluir que, já que tudo é criminalmente proibido, tudo passa afinal a ser permitido. E daí o estado de *anomia*, de ausência de padrões ético-jurídicos, que prejudica a própria dignidade do direito criminal.

CAPÍTULO 2 O DESAFIO DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: UM DILEMA INSUPERÁVEL OU UMA OPORTUNIDADE DE APROFUNDAMENTO CIENTÍFICO?

Ao longo da análise do problema não será de se estranhar que a dúvida sobre a legitimidade do específico grupo de delitos contra a incolumidade pública tenha se tornado aparente, sobretudo, em razão dos efeitos práticos não condizerem com os benefícios de ordem social e individual, que a norma penal pretende alcançar.

Entretanto, conforme mencionado, a causa da referida incoerência, ao contrário de corresponder a um problema restrito à elaboração legislativa do Estatuto do Desarmamento, encontra-se no centro do mais novo desafio imposto à evolução do Sistema jurídico-penal.

Assim como está configurada a situação atual do delito de disparo, o Direito Penal contemporâneo, como um todo, vive uma crise de efetividade⁴¹ relacionada à intervenção nas modernas realidades delitivas, oriundas do desenvolvimento social das últimas décadas.

A referida crise se explica pelo fato do controle dos novos riscos⁴² impor ao sistema convencional da teoria do crime⁴³ uma tarefa irrealizável do ponto de vista da concepção científica sobre a qual está estruturado; um pensamento ancorado na lógica da “razão técnico-instrumental”, que confia a compreensão e solução dos problemas no pretense poder de um conhecimento causal-naturalista, tido como absoluto e atemporal⁴⁴.

De forma mais clara, o modelo de imputação tradicional, apesar de plenamente capaz de conter os problemas decorrentes da interpretação dos tipos delitivos clássicos⁴⁵ - pois ficam

⁴¹ Mendoza Buergo (2001, p. 39) menciona que diante das dificuldades enfrentadas pelo ordenamento jurídico-penal no tratamento das novas situações de risco, alguns partidários dessa idéia reconhecem a existência de um estado de crise de efetividade nesse terreno.

⁴² Na sociedade atual, os cidadãos são ameaçados por novos riscos provenientes das implicações negativas do constante avanço tecnológico, nos quais tanto o processo de produção quanto os reais efeitos, apesar do prospecto catastrófico e globalmente destrutivo, não são inteiramente conhecidos, porque envoltos em complexas relações de interdependência social. Nesse contexto de incerteza cresce uma “sensação geral de insegurança” expressa em uma demanda constante por mais segurança, cujo logro converte-se em uma “pretensão social” que, segundo Silva Sánchez, não busca, ademais, a satisfação no seu “lugar natural” clássico (direito de polícia), mas sim no Direito Penal (2002b, p. 41; MENDOZA BUERGO, 2001a, p. 23-34).

⁴³ No processo de modernização do Direito Penal, Hassemer (2003, p. 59) ressalta que o âmbito central da reforma da legislação penal alemã foi a parte especial do Código Penal e o Direito Penal complementar, em detrimento absoluto da parte geral do Código Penal e da Execução Penal.

⁴⁴ Originalmente, Dias (2001, p. 46) (em referência a Anselmo Borges) reitera que: “[...] para a formação da razão técnico-instrumental, concorrem, por paradoxal que possa parecer, o idealismo e o naturalismo, tanto num como no outro cabendo papel decisivo à concepção da objetividade científica como *Gegenstand* e à do sujeito como mera consciência universal, intemporal e impessoal.” Detalhadamente, sobre este ponto (cf. FERNANDES, P. S., 2001, p.110 et. seq.; D’AVILA, 2005, p. 25 et. seq).

⁴⁵ Sobre a influência da concepção clássica de delito na Reforma da Parte geral do Código Penal brasileiro, em 1984 (cf. TOLEDO, 1991, p. 73).

restritos a tutela de bens jurídicos individuais, em face de afetações de natureza imediata e pessoal⁴⁶ (DIAS, 2001, p. 43) -, torna-se inapto diante das novas estruturas típicas, que suscitam a tutela de “valores comunitários como tais”⁴⁷ (DIAS, 1983-4, p. 264, nota 4) e requerem formas de imputação ampliadas⁴⁸, as quais ultrapassam a visão pessoal-individualista do crime.

Em termos específicos, o tratamento jurídico do delito de disparo de arma coloca-se como um típico “caso limite” para a classificação convencional das formas de ataque do bem jurídico, uma vez que as categorias do perigo (concreto e abstrato) e da lesão não são capazes de expressar, com a devida clareza e plenitude, as características da figura delitiva em questão sem extrapolar os limites do próprio sistema⁴⁹. Ilustrativa é a controvérsia doutrinal e jurisprudência a respeito desse ponto⁵⁰.

Diante do aludido anacronismo do sistema jurídico-penal e dos seus efeitos contraproducentes⁵¹ para a aplicação judicial e para a própria legitimidade da intervenção penal nos novos contextos sociais, as discussões doutrinárias insistem em pressupor, arbitrariamente, o esgotamento do modelo penal, condicionando à questão da evolução do

⁴⁶ Em relação aos bens jurídicos de natureza coletiva tutelados pelo Código Penal, a perspectiva de proteção personificada torna-se evidente no que toca a caracterização do fato penalmente relevante, ou seja, apesar de tutelar um ente coletivo, essa tutela será feita por intermédio da prevenção de um fato circunscrito em uma dimensão individualizada. Ilustrativamente, pode ser tomado o caso do delito de incêndio, previsto no art. 250 do Código Penal como espécie dos crimes de perigo comum, nos quais a tutela da incolumidade pública é delimitada por um critério objetivo, “perigo a um número indeterminado de pessoas”, que está materializado na presença de pessoas no local do incêndio ou próximo a ele (é dizer, tem como pressuposto a existência de um objeto material no raio de ação da conduta). Essa personificação permite, facilmente, a comprovação da exposição do bem jurídico a perigo concreto de dano, por meio da demonstração naturalística da existência de pessoas no local do fato, ainda que não tenham sido atingidas efetivamente pelo mesmo (FRAGOSO, 1965, v. 3, p. 765 et. seq.).

Nesse sentido, Bitencourt considera indispensável para a caracterização do crime de incêndio, a “[...] demonstração segura de que a vida, a integridade física ou o patrimônio de *terceiros* tenham sido colocados em perigo.” [itálico nosso] (2004, v. 4, p. 172). Em suma, a insistência em pautar a tutela dos bens jurídico-penais sob uma perspectiva individualizada está ancorada no fato de que, apesar de uma já existente “dogmática do perigo”, “[...] o desvalor do dano continua a ter enorme ressonância na consciência jurídico-comunitária” (COSTA, 2000, p. 345, nota 124).

⁴⁷ Segundo Paredes Castañón (2003, p. 12), esses bens jurídicos são “[...] definidos de tal modo que neles o objeto de proteção do direito penal parece ser uma realidade social complexa, um fenômeno macro-social.”

⁴⁸ Atualmente generalizadas na categoria do crime de perigo abstrato.

⁴⁹ A tradicional classificação das formas de ofensa ao bem jurídico (lesão, perigo concreto, perigo abstrato), segundo Silva Sánchez (2004, p.17, nota 6), é limitada por uma lógica binária cerrada, que ao contrário de possibilitar uma aproximação entre o bem jurídico e as características próprias da conduta real, funciona basicamente para determinar o grau de abstração com que o aplicador formulará o juízo de tipicidade.

⁵⁰ Ver itens 1.1; 1.2 deste trabalho.

⁵¹ Hassemer (2003, p. 61) ressalta o aparecimento de “déficits de execução” nos setores do moderno Direito Penal, que, segundo o mesmo autor, “[...] não significam somente que as leis, lamentavelmente, não funcionam como deveriam, mas significam também que as leis e sua aplicação levam a consequências injustas e desiguais [...]”

Direito Penal ao dilema inconciliável entre os princípios jurídico-penais clássicos e as novas exigências de eficácia preventiva⁵².

Em consonância com essa visão dilemática, predominam as posturas generalizantes nos dois sentidos: por um lado encontram-se aqueles que defendem uma extensiva funcionalização das categorias jurídico-penais com intuito de agregar maior eficácia ao sistema, no qual as garantias fundamentais transformam-se em obstáculo à modernização do Direito Penal⁵³; de outra parte, opõe-se uma postura que defende a conservação integral dos princípios tradicionais do Direito Penal, afastando para esferas não penais, notadamente a administrativa⁵⁴, as exigências de proteção que não se sujeitam completamente ao paradigma clássico⁵⁵ (HASSEMER, 2003, p. 65).

Independente de um prospecto crítico de cada uma das propostas em particular⁵⁶, a elaboração de um direcionamento jurídico-penal ante os problemas decorrentes da aplicação dos novos delitos implica, utilizando as palavras de Dias (2007, p. 25), “[...] que vejamos com a justeza e a modéstia possível o que dele pode e deve esperar-se [...]”; isso significa dizer

⁵² Schünemann (1996, p. 189) refere-se ao enfoque como “O Direito penal entre o funcionalismo e o pensamento europeu dos princípios tradicionais”. Sobre o mesmo ponto: (cf. MENDOZA BUERGO, 2001a, p. 60; D’AVILA, 2005, p. 30; SILVA SÁNCHEZ, 2002a, p. 14-15).

⁵³ Essa corrente postula a flexibilização de princípios clássicos que orientam as regras de imputação penal, especificamente, a partir da autonomização de bens jurídicos universais tomados em si mesmos, e do alargamento da responsabilidade do autor para além do que lhe seja dominável (situações de azar), tudo às custas de princípios como o da culpabilidade e da subsidiariedade (KINDHÄUSER, 1995, p. 447; KRATZSCH, Dietrich. *Verhaltensteuerung und Organisation im Strafrecht. (Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzanwendung)* 1985 apud MENDOZA BUERGO, 2001a, p.131-132). Todo esse pensamento é representado de forma mais acabada no modelo de *actuarial justice*, de raiz anglo-saxônica, que se pauta pela crença no controle total dos novos riscos, a ser realizado pelo Direito penal, mediante a funcionalização dos indivíduos em favor exclusivo da eficiência na gestão dos riscos (DIAS, 2005, p. 52-53; FERNANDES, P. S., 2001, p. 112-113).

⁵⁴ Especificamente, trata-se de regular grande parte dos novos riscos em um “Direito de Intervenção”, construção formulada por Hassemer (2003, p. 65), como alternativa de tutela menos gravosa e por isso mais adequada àqueles problemas da sociedade atual. Segundo o autor, o novo setor de tutela jurídica, localizado entre o Direito Penal e o “Direito de ilícitos administrativos”, revela-se mais adequado, pois permite o reivindicado abrandamento das garantias e regulações processuais, em compensação à cominação de “sanções menos intensas”. Silva Sánchez (2002b, p. 139 et. seq.), por sua vez, propõe a elaboração de um “Direito Penal de segunda velocidade”, ou de segundo nível, que apesar de possuir muitos pontos em contato com a idéia de Hassemer, está inserido no seio penal e configurado de forma mais precisa, pois, segundo o autor, “[...] a diminuição de garantias e de ‘rigor’ dogmático poderia ser explicada (e inclusive legitimada) no Direito Penal contemporâneo se isso fosse o elemento correspondente à generalização de sanções pecuniárias ou privativa de direitos, ou – mais ainda – da ‘reparação penal’ [...] em lugar das penas privativas de liberdade.”

⁵⁵ O posicionamento aqui apontado atribui-se à chamada “Escola de Frankfurt”, que primeiro observou a transposição do paradigma da sociedade de risco para o discurso penal [impressa na expressão “Direito Penal do Risco”, tratado pela primeira vez na obra de Cornelius Prittwitz, intitulada “Direito Penal e risco” – *Strafrecht und Risiko*” -, em 1993 (ROXIN, 2006a, §2, nm. 23b, p. 61), e, de forma crítica, enxerga na funcionalização do Direito penal um grande perigo à vertente garantística que lhe atribui identidade, prevendo a transformação da intervenção penal em instrumento a serviço de interesses políticos e econômicos, desvinculando-a do indivíduo. Para os representantes de Frankfurt, tal missão sobrecarrega o reduzido efeito simbólico da sanção penal e produz, em contrapartida à esperada pacificação, uma verdadeira desintegração do Direito Penal e, por consequência, de toda a sociedade (HERZOG, 1999, p. 56; FERNANDES, P. S., p.71, et. seq.).

⁵⁶ Sobre uma análise crítica específica de cada uma das propostas (cf. DIAS, 2001, p. 50, et. seq.; DIAS, 2007, p. 23, et. seq.).

que, antes de optar por uma das vias do dilema, devemos projetar o desafio penal contemporâneo no plano dos fins do Direito Penal.

Para tanto, as decisões jurídico-penais devem ser perspectivadas sobre uma relação dialética entre os interesses de prevenção e garantia - ambos integrantes da finalidade de exclusiva proteção de bens jurídico-penais⁵⁷ -, pois assim, conforme o raciocínio de Silva Sánchez (2002b, p. 180-188,193), é possível orientar o desenvolvimento dogmático das categorias jurídico-penais no sentido das finalidades do Direito Penal, ou seja, para que produzam efeitos socialmente úteis para o indivíduo e para a comunidade.

Projetada essa visão condensada da integralidade dos fins do Direito penal sobre as propostas acima, fica evidente o caráter precipitado daquelas decisões⁵⁸, na medida em que optar pela construção de novas categorias de imputação, desvinculadas da respectiva função dogmática, nega ao Direito penal o papel limitador do *ius puniendi*, um patrimônio evolutivo herdado desde a época do Iluminismo. Dessa mesma forma, uma posição apegada, demasiadamente, às tradições clássicas, ao ponto de obstruir o efetivo desenvolvimento do direito penal ante as evidentes transformações sociais, ignora a importante contribuição do direito penal para a prevenção eficaz dos novos riscos⁵⁹.

Portanto, para responder ao “desafio jurídico-penal do risco” é necessário retirar-lhe o caráter dilemático (tendo em vista a integralidade dos fins jurídico-penais), atitude presente na proposta de superação da razão técnico-instrumental, ensaiada por Anselmo Borges e chancelada por Dias (2001, passim). Segundo esse pensamento, o “*paradigma penal* das sociedades democráticas industriais do fim do séc. XX”⁶⁰ não deve ser abandonado, mas aperfeiçoado também agora sobre uma tutela penal da *esfera comunitária de vivência coletiva*

⁵⁷ Segundo Silva Sánchez (2002a, p. 181, nota 8), “[...] em realidade, [...] o Direito penal deve proteger os bens jurídicos dos indivíduos tanto frente às intervenções agressivas de outros indivíduos como frente à própria intervenção punitiva do Estado.”. Igualmente, Roxin (1993, p. 28): “[...] o bem jurídico recebe uma dupla proteção: *através* do direito penal e *ante* o direito penal.”

⁵⁸ Schünemann (1996, p. 189) considera as mencionadas atitudes teóricas não mais que dois “becos sem saída”, capazes apenas de interromper a evolução da Ciência do Direito Penal.

⁵⁹ No sentido da crítica a essa proposta, Stratenwerth (STRATENWERTH, 1993, p. 679 apud ROXIN, 2006a, §2, nm. 23d, p. 62) considera inadmissível renunciar à sanção penal, precisamente onde estão “[...] em jogo interesses vitais não só dos indivíduos, mas da humanidade em sua totalidade.” Dias (2001 p. 50) critica, no mesmo sentido, a atitude reducionista, com a expressão: “[...] pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade ou de *ultima ratio* ‘de pernas pôr ar’ [...]”

⁶⁰ Segundo Dias (2001, p. 40-41), “o *paradigma penal* das sociedades democráticas industriais do fim do séc. XX” revela um ordenamento jurídico fundado nas bases dos princípios jurídico-penais clássicos do pensamento iluminista, cuja expressão se mostra através de uma intervenção penal mínima e necessária, voltada exclusivamente à proteção subsidiária de bens jurídico-penais.

do homem⁶¹, cuja relevância ético-social deriva do conjunto de atividades do Estado de Direito material⁶², destinadas à promoção dos direitos sociais e econômicos indispensáveis à livre realização da personalidade humana (DIAS, 2001, p. 68).

Tal proposta, ao contrário de presumir o esgotamento do modelo penal, conduz ao seu desenvolvimento científico frente aos problemas advindos do Direito penal moderno, por meio do aprofundamento das categorias jurídico-penais, cuja relevância e indispensabilidade para o Direito Penal são historicamente inquestionáveis (D'ÁVILA, 2005, p. 35). De forma geral, trata-se de buscar a legitimidade dos novos delitos, ainda uma vez mais, dentro do postulado da proteção subsidiária de bens jurídico-penais, notadamente, por meio de sua concretização dogmática no âmbito dos direitos sócio-econômicos constitucionalmente admitidos (DIAS, 2001, p. 65; ROXIN, 2006a, §2, nm. 23b, p. 61).

Cabe ressaltar, neste ponto, que a imprescindibilidade do enfrentamento desse desafio pela via dogmática se justifica na exigência científica de que mais esta evolução do Direito Penal cumpra-se sob a premissa dos princípios político-criminais clássicos. Somente assim, será possível fazer deste momento de “crise” uma oportunidade para retomar o processo de racionalização da intervenção penal⁶³, por último sinalizado na elaboração do Projeto Alternativo do Código Penal (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*) alemão, nos idos anos da década de sessenta⁶⁴.

⁶¹ A expressão vem da conjunção dos termos de Dias (1999, p. 68), quando esclarece a distinção axiológica entre o direito penal de justiça e o direito penal secundário: “[...] diferença que radica, por sua vez, na existência de duas zonas relativamente autônomas na atividade tutelar do Estado: uma que visa proteger a esfera de atuação especificamente *peçoal* (embora não necessariamente “individual”) do homem: do homem ‘como este homem’; a outra que visa proteger a sua esfera de atuação *social*: do homem ‘como membro da comunidade’ [...]”; com os termos de Fernando A. Fernandes, ao conceituar a missão do Direito Penal: “A função do Direito Penal é a indispensável proteção de bens essenciais para a pessoa individualmente viver comunitariamente, e coletivamente viver comunitariamente no meio social [...]” (2007, não publicado). Em suma, trata-se da previsão de delitos *mala quia prohibita* (ARZT, 1989, p. 100).

⁶² Dias (1983-4, p. 8) designa como Estado de Direito material, todo aquele que, “[...] por uma parte, mantenha incólume a sua ligação ao Direito e mesmo a um esquema rígido de legalidade no que toca à definição formal dos seus pressupostos, ao processo da sua actuação constitucional e ao respeito e garantia dos direitos fundamentais [...]”; “[...] mas que, por outra parte, se mova dentro deste esquema em função de considerações axiológicas materiais de justiça, na promoção de todas as condições (econômicas, sociais e culturais) de livre desenvolvimento da personalidade do homem.”

⁶³ Nesse contexto, D’Ávila (2007, p. 91, 97-98) afirma que se há uma crítica a ser feita à legitimidade e estruturação do direito penal contemporâneo, ela passa sem dúvida pela (re)elaboração cientificamente ajustada, do espaço político-criminal, e propõe, mais a frente, que aquela se faça por meio de um “[...] fortalecimento da ciência normativa do direito penal, constitucionalmente informada, enquanto lugar por excelência de convergência e afirmação das garantias fundamentais em matéria penal, diante dos interesses de política criminal, como tarefa indispensável para a manutenção da racionalidade do direito penal no novo milênio.”

⁶⁴ A respeito da intencionalidade racionalizadora desse Projeto Alternativo de reforma penal alemão (cf. ROXIN, 1993, p. 49 et. seq.).

No entanto, dada à complexidade da matéria abordada nos tipos penais⁶⁵ (DIAS, 1999, p.69), a concretização da legitimidade dos delitos pertencentes ao direito penal moderno “não pode se realizar em bloco”, mas valorada em cada uma das normas penais, individualmente (PARIONA ARANA, 2007, p. 138).

Em específico, ante a desintegração sistemática do grupo de delitos contra a incolumidade pública, um caminho cientificamente válido a trilhar, será a via de um repensar dogmático do problema do delito de disparo de arma, buscando, essencialmente, analisá-lo sob os critérios advindos da teoria do bem jurídico⁶⁶ e do princípio da ofensividade⁶⁷, concretizando-os conforme o novo significado social da conduta típica.

Por fim, ao contrário de caminhar no sentido da descriminalização imediata do delito de disparo ou consentir com a antecipação da tutela penal a estágios prévios da afetação de um bem jurídico-penal, caberá delimitar a intervenção penal do controle das armas de fogo por meio do resgate da Dogmática jurídico-penal como instrumento de aperfeiçoamento prático e científico do Direito Penal.

2.1 O fundo metodológico de uma dogmática jurídico-penal renovadora

A posição de destaque concedida à via dogmática implica, no entanto, uma atenção maior à diretriz metodológica que orientará o desenvolvimento da proposta acima. Tal observação vem justificada na incapacidade de o método dogmático, tradicionalmente adotado, conduzir a um estudo que contribua para a melhor compreensão de uma realidade específica.

De natureza dedutivo-axiomática, aquela orientação metodológica impossibilita a elaboração de critérios (considerações) interpretativos conforme as características e os elementos pertencentes à realidade do caso concreto⁶⁸ (ROXIN, 2006b, p. 78-79). Em consequência desse encerramento sistêmico, o labor dogmático torna-se incapaz de

⁶⁵ Dias (1999, p.69) ressalta, como nota mais relevante do direito penal secundário, o fato da matéria proibida assumir uma “[...] relevância sistemática muito maior do que em crimes definitivamente consolidados à escala planetária”, o que não deve ser ignorado ou minimizado “em sede de hermenêutica e de aplicação do direito.”

⁶⁶ Sobre a utilidade da teoria do bem jurídico para a análise da legitimidade do direito penal moderno (cf. PARIONA ARANA, 2007, p. 135).

⁶⁷ Sobre a complementação da função crítica do bem jurídico-penal, exercida pela sua análise em conjunto com a noção de ofensividade (cf. D’ÁVILA, 2007, p. 97).

⁶⁸ Detalhadamente, sobre as características do método dedutivo-axiomático consolidado pelas elaborações sistemáticas da teoria clássica e finalista (cf. SILVA SÁNCHEZ, 2002a, p. 48-54, 57-62, 72-76).

compreender e expressar as diferenças materiais existentes entre as diversas situações nas quais a conduta típica pode se realizar. Disso, resulta somente uma série de conceitos abstratos, cujo conteúdo é insuscetível de reconhecer-se na realidade social⁶⁹.

Para que o presente estudo não seja um “ocioso jogo de pérolas falsas” (ROXIN, 2006a, §7, nm. 50, p. 217), faz-se imprescindível que discuta o problema levando em consideração suas conseqüências reais, o que, porém, não significa optar por um procedimento que esqueça as exigências sistemáticas a um segundo plano e permita que soluções político-criminais discrepantes lancem a aplicação do direito no mar de improvisações retóricas (ROXIN, 2000, p. 8-9).

Do que realmente se trata é de uma opção metodológica que, ao contrário de enxergar uma oposição entre a coerência sistemática e as preocupações com a justiça do caso, conduza a uma “[...] solução justa do caso concreto e simultaneamente adequada ao (ou comportável pelo) sistema jurídico-penal” (DIAS, 1999, p. 35).

Portanto, pretende-se aqui adotar o “método racional-teleológico”, que, ao orientar a construção do sistema jurídico-penal referindo-o às “valorações político-criminais” (DIAS, 1999, p. 35), permite atribuir conteúdo valorativo aos pressupostos de punibilidade, e, assim, desenvolvê-los conforme o significado histórico-real da matéria jurídica em particular.

Nesse sentido, a concepção de uma dogmática funcional-teleológica contribuirá para a ampliação de sua capacidade explicativa bem como para sua maior aplicabilidade às novas situações da vida⁷⁰ (ROXIN, 2006a, §7 nm. 82, p. 230).

Concretamente, tal caminho metodológico possibilitará a concretização dos princípios penais clássicos sob a perspectiva da realidade circunscrita ao uso das armas de fogo, pois a penetração de considerações político-criminais no trabalho dogmático obriga a análise a adentrar nas hipóteses de fato da vida, para preencher o conteúdo dos tradicionais critérios interpretativos de forma mais exata e ajustada às particularidades do caso real.

Portanto, para que o repensar dogmático do delito de disparo de arma tenha chances de contribuir para o fortalecimento prático-científico da aplicação do Direito penal, torna-se imprescindível uma análise prévia do aspecto criminológico da questão penal, junto à posterior valoração político-criminal dos dados empíricos obtidos, para, assim, permitir à

⁶⁹ Nesse sentido, sobre os perigos do pensamento sistemático (cf. ROXIN, 2006a, §7, p. 210-215).

⁷⁰ De forma clara, o método racional-teleológico, quando possibilita “a integração do problema no âmbito do sistema”, permite obter-se “[...] dessa forma o sentido e orientação para esse sistema bem como a sua necessária mobilidade [...]” (FERNANDES, F., 2003, p. 74). No sentido da complementação mútua entre o pensamento do típico e sistemático (cf. CANARIS, 2002, p. 273).

dogmática jurídico-penal, mais do que estabelecer os princípios e sistematizá-los, exercer um papel renovador na interpretação dos delitos contra a incolumidade pública⁷¹.

Por fim, buscando uma síntese para a razão de tal opção metodológica, cabe transcrever as palavras de Roxin (2000b, p. 82), que esclarecem o trajeto investigativo a percorrer: “[...] transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, de *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente justo.”

⁷¹ Nesse sentido é a expressão de Roxin (2006a, §7, nm. 69, p. 225), ao referir-se à aplicação do Direito, no contexto da elaboração criadora (ou seja, desenvolvimento e sistematização) das finalidades legislativas, como “política criminal revestida do manto da dogmática”.

CAPÍTULO 3 ASPECTO CRIMINOLÓGICO DO DELITO DE DISPARO: UMA EXPLICAÇÃO ETIOLÓGICA E INTERACIONISTA⁷²

A pretendida aproximação da análise dogmática à realidade do delito de disparo de arma determina o avanço do estudo na busca por dados materiais relativos à nova significação do comportamento no contexto social, de modo a contribuir para uma interpretação da tipicidade das condutas de disparo condizente com a relevância atribuída pelo Estatuto do Desarmamento.

No entanto, muito além de uma investigação criminológica restrita à explicação das causas empíricas que motivaram o acréscimo de punibilidade pela reforma legislativa, será imprescindível para a obtenção da mencionada contribuição, adentrar no estudo da ressonância valorativa assumida pela conduta do disparo em razão do novo contexto social. De forma mais clara, pretende-se, mais do que buscar uma justificação de cunho determinista para o acréscimo de punibilidade, verificar a relação entre tal qualificação jurídica e o substrato sociológico que a fomentou.

Somente assim será possível uma visão fiel à intencionalidade da criminalização, sobre a qual se poderá, posteriormente, estabelecer os limites da intervenção penal, bem como pautar a renovação dos critérios interpretativos da construção típica do delito de disparo de arma (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 88).

3.1 A criminalização do uso de armas como combate à violência armada

O processo de neocriminalização do disparo de arma, introduzido pelo Estatuto do Desarmamento, foi elaborado no contexto da reestruturação do controle administrativo e jurídico da disponibilidade e do uso das armas de fogo, como parte da política nacional de segurança pública destinada à redução da violência no país (BUENO, 2004, p. 217-220).

⁷² Trata-se, aqui, de empreender o estudo do aspecto criminológico sob uma perspectiva interacionista, introduzida pela corrente do *labeling approach*; pensamento criminológico que, avesso ao determinismo do tradicional modelo de explicação de delito, alarga o campo de análise até às instâncias formais de controle, permitindo uma compreensão global do problema criminal e, portanto, de caráter científico mais intenso (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 87, 159, 355).

Tal estratégia governamental foi proposta em meio às constatações e discussões em torno do fenômeno da violência armada no Brasil, que se revelou a partir dos altos índices de mortalidade e criminalidade associados ao mau uso das armas de fogo, nas últimas décadas do século XX.

Segundo o Relatório Nacional, intitulado “Violência por armas de fogo no Brasil”, as mortes por essas armas foram a única causa externa de mortalidade a apresentar tendência de crescimento constante que passou de 20,9% em 1991, para 29,95% em 2000. No final de década de noventa, esse índice chegou a ultrapassar a proporção das mortes por acidentes de trânsito (27,8%) (PERES, 2004, p. 78). Ademais, o Relatório da Unesco indicou, entre os anos de 1979 a 2003, terem sido registradas acima de 550 (quinhentas e cinquenta) mil mortes no Brasil causadas por disparo de arma, sendo mais recorrente a forma do homicídio, que cresceu 542,7% no mesmo período⁷³ (UNESCO, 2005, p. 11).

O referido diagnóstico estatístico sobre a intensificação da violência armada chamou a atenção, pela primeira vez no Brasil, para a assombrosa possibilidade de vir a se concretizar no âmbito social uma situação de violência generalizada e de destruição massiva de vidas humanas, ambiente onde seriam insustentáveis até mesmo os mínimos níveis de incolumidade à vida e à integridade física dos membros da população.

Todavia, os meios de controle conhecidos padecem, para o desespero social, de uma aguda incapacidade operativa perante a nova “situação de risco”⁷⁴. Não há como identificar integralmente as causas desse fenômeno mediante uma constatação empírica, tendo em vista que as interações com armas de fogo estão diluídas no complexo modelo de produção industrial, altamente subdividido⁷⁵; nem como dominar (prever e mensurar) por completo as respectivas conseqüências, que, apesar de ainda não concretizadas, não são passíveis de cálculos probabilísticos, em razão da magnitude e irreparabilidade dos possíveis danos (MENDOZA BUERGO, 2001a, p. 42). Concretamente, pode-se representar o quão inviável é

⁷³ Segundo a Unesco (2005, p. 57), em relatório, o Brasil ocupa o segundo lugar em óbitos por armas de fogo - logo abaixo da Venezuela -, em uma lista de 57 países analisados.

⁷⁴ Cabe esclarecer, aqui, a contextualização do fenômeno da violência armada como uma das implicações negativas do desenvolvimento tecnológico e do sistema produtivo e de consumo na sociedade pós-industrial, as quais adquirem entidade própria e ameaçam de forma massiva os cidadãos, em virtude do aparecimento de novos riscos, cuja magnitude encerra um novo modelo societário: a “sociedade do (de) risco” (*Risikogesellschaft*) (MENDOZA BUERGO, 2001a, p. 25). Originariamente, o modelo foi instituído pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, que dá título a sua obra de referência: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986 (há tradução espanhola de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998).

⁷⁵ O perigo atribuído às armas de fogo, em verdade, é fruto do desenvolvimento interno da própria sociedade, pois conta com a contribuição de todos os seus membros em razão da complexa rede de interações que envolvem o modelo de produção da sociedade industrial. Dessa forma, a responsabilidade pelos danos e perigos que assim se produzem pertence à comunidade como um todo, o que dificulta a determinação de uma imputação pessoal específica. Nesse sentido, de forma geral (cf. COSTA, 2000, p. 345).

a responsabilização por essas novas ameaças, buscando imputar o evento das “balas perdidas” a um disparo específico, por meio da determinação espaço-temporal de um nexos de causalidade entre essas duas situações.

Diante da perplexidade em assimilar tamanha ameaça, as preocupações voltam-se para as práticas individuais como o uso de armas de fogo, em razão dos perigos a que os cidadãos são expostos pelo fenômeno da violência armada derivarem das decisões adotadas por outros concidadãos no manejo com armas de fogo⁷⁶; tais decisões, ao contrário dos riscos, são passíveis de controle e condução. Assim, o simples exercício da liberdade relacionado às armas é tomado como perigoso em si mesmo (GÜNTHER, 2000, p. 503), recaindo sobre tal atitude uma boa parcela da responsabilidade pelo aumento da complexa situação de violência armada⁷⁷.

Portanto, nesse contexto a conduta de disparo em si, assume o *status* de verdadeira fonte geradora dos novos e grandes riscos à segurança pública como um todo (BUENO, 2004, p. 228), cujo fundamento é atribuído à relação direta entre a disponibilidade de armas pela sociedade e o agravamento do quadro da violência social⁷⁸.

No entanto, tal relação de causalidade revela-se insuficiente para explicar a nova percepção dos riscos derivados das armas de fogo, pois a análise prescinde de uma constatação mais evidente quanto à intensificação do uso de armas pela sociedade, tendo em vista a precariedade dos dados estatísticos existentes em relação a esse fundamento empírico⁷⁹.

Diante dessa explicação empírica insuficiente, subsiste a necessidade de uma compreensão mais ampla das causas da criminalização do delito de disparo, que permita

⁷⁶ Dentre as conseqüências negativas do desenvolvimento da técnica, Silva Sánchez (2002b, p. 29) ressalta “[...] a configuração do *risco de procedência humana como fenômeno social estrutural*”, compreendido no fato “de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos.”

⁷⁷ No que diz respeito à análise actuarial de gestão dos riscos (cf. RIVERA BEIRAS, 2005, p. 230).

⁷⁸ Segundo o texto contido no *Projeto Segurança Pública para o Brasil*, a arma de fogo é “[...] instrumento de proliferação, agravamento e simbolização da violência. É o vetor da epidemia.” (cf. BISCAIA, [200], p. 92).

⁷⁹ Ponto reiterado nos relatórios oficiais que analisam o fenômeno da violência armada. De forma representativa, no Relatório Nacional *Violência por armas de fogo no Brasil* são elencados os principais problemas que limitam a qualidade dos dados estatísticos produzidos pelos órgãos oficiais: a falta de padronização entre as categorias em diferentes anos, duplicação de informações coletadas por diferentes departamentos de polícia, falta de informação sobre características das vítimas, dos agressores e das atividades criminais, falta de padronização nos procedimentos de coleta de dados e nas categorias utilizadas entre diferentes unidades, e sub-notificação” (PERES, 2004, p. 23). Nesse sentido, Bueno (2004, p. 193) revela: “[...] o esforço no aumento de trabalhos acadêmicos na área esbarra frequentemente na precariedade e descontinuidade de informações, inclusive as criminais disponíveis em sistemas eletrônicos, por falta de modelação dos dados para o registro de eventos com armas.”; e cita, como exemplo para o essa dificuldade, a inexistência, no Boletim de Ocorrência (BO), de campo específico para constar o tipo de arma utilizada para o cometimento do crime.

lastrear a sua legitimação no verdadeiro substrato criminológico. Nesse sentido, vale buscar uma outra análise tendo em mente o que conclui Bueno (2004, p. 54):

[...] a variável disponibilidade isolada, não pode ser nem deixar de ser considerada causa principal do nível de violência para toda e qualquer sociedade. É necessário colocá-la no contexto social, questionar os fatores culturais e explicar as complexas combinações dos elementos que podem tornar a disponibilidade de armas significativa ou não.

3.2 O substrato sociológico: um referencial material e possível para a intencionalidade da tutela penal

Ao considerar-se a relevância assumida pela conduta de disparo de arma na sociedade contemporânea, há que se atentar, um instante, para o fato de que a gravidade dela proveniente, assim como o próprio comportamento, sempre estiveram presentes diante de nós⁸⁰. Falta, todavia, uma explicação que justifica tamanha preocupação em relação a um comportamento, cuja referida significação jurídico-social não foi possível constatar por meio dos dados empíricos.

A chave para compreender essa mudança de perspectiva em relação a um antigo comportamento reside no fato de que a conduta de disparo de arma está inserida em um setor da reforma legislativa, no qual os delitos contra a incolumidade pública

[...] tem por objeto formas de comportamento que já estavam, ao menos parcialmente, castigadas no Direito administrativo sancionador ou no Direito penal acessório, mas que por uma *mudança em sua valoração* se incorporaram ao Direito Penal, experimentando assim não só um endurecimento em sua regulação, mas também, frequentemente, uma expansão da mesma, que tem lugar, ademais, antecipando as barreiras de punibilidade.⁸¹ (MENDOZA BUERGO, 2001a, p. 41, grifo nosso).

Essa nova valoração do delito de disparo advém não só da constatação empírica, via dados oficiais, sobre a contribuição do uso de armas de fogo para o aumento da violência

⁸⁰ Nesse sentido, é a crítica de Schünemann (1996, p.198) a respeito de uma consideração extraordinária dos riscos atuais. Segundo o autor, “[...] os riscos vitais do indivíduo são hoje em dia muito menores que no começo da Idade Média, na qual a vida era um constante risco, enquanto que a dimensão específica dos grandes riscos industriais aparece claramente já também no século XIX.”

⁸¹ O grupo dos delitos contra incolumidade pública se enquadra em um dos vários setores de um movimento de reforma parcial da Parte Especial do Código Penal, iniciada a partir dos anos setenta na Alemanha e posteriormente em outros países europeus, como a Espanha. Detalhadamente sobre cada um dos setores (cf. MENDOZA BUERGO, 2001a, p. 41; HIRSCH, 1986, p. 385-389; ROXIN, 1989, p. 46-50).

armada, mas também e em boa parte, da forma como a atual sociedade percebe os riscos oriundos desse fenômeno, que, diga-se desde já, corresponde a uma percepção superior à realidade⁸² (SILVA SÁNCHEZ, 2002b, p. 37).

Tal discrepância entre a realidade do uso de armas e a forma como é percebida pelos indivíduos deve-se a um dado característico do modelo de configuração social contemporâneo, no qual se vive uma “sensação geral de insegurança” (SILVA SÁNCHEZ, 2002b, p. 33) que, apesar de construída sobre a evidência real dos riscos, tem sua base efetiva na insegurança proveniente do modo de estabelecer as relações sociais próprias do modelo de sociedade pós-industrial⁸³.

Essa nova configuração das relações sociais surge do contexto de transformações político-sócio-econômicas em que o indivíduo passou a viver a partir da década de oitenta, com a crise do modelo de Estado do bem-estar social.

Com a quebra do compromisso estatal em proteger o bem-estar da população - traduzido em condições de trabalho, saúde e seguridade social capazes de garantir uma vida segura e tranqüila⁸⁴ -, e o subsequente predomínio do poderio econômico sobre o estatal⁸⁵, as relações sociais assumem um forte caráter individualista, motivado pela lógica do mercado que, ao incentivar a competitividade entre os indivíduos, contribui para a dessolidarização da sociedade. Em consequência, observa-se o distanciamento da vida individual de qualquer identidade com o grupo social⁸⁶ (RIVERA BEIRAS, 2005, p. 229), que, junto à deterioração hodierna dos referenciais de família, tradição e religiosidade, cria um indivíduo destituído de

⁸² Silva Sánchez (2002b, p. 37, grifo do autor) sustenta, nesse sentido, que “*a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos*”.

⁸³ Evitou-se o uso da conhecida expressão “sociedade de risco” para fazer referência ao atual modelo societário, em razão não somente das objeções quanto à legitimação histórica de tal caracterização da sociedade contemporânea, mas, sobretudo, pela presente análise focar o substrato criminológico do delito de disparo nas características de estabelecimento das relações sociais, ou melhor, nas condições que precedem o desencadeamento do risco propriamente dito. São elas, “[...] a substituição dos contextos de ação individual para os de ação coletiva, em que os contatos interpessoais são substituídos por formas de comportamento anônimas e estandarizadas.” (SCHÜNEMANN, 1996, p. 199). Sobre a objeção à legitimação histórica do termo cunhado por Beck (cf. DIAS, 1999, p. 72).

⁸⁴ Nesse sentido, Rivera Beiras (2005, p. 224-225) refere-se à quebra do modelo “fordista” de sociedade, que tinha no Estado social o seu eixo.

⁸⁵ Trata-se, aqui, da hegemonia econômica implantada pelo “processo de globalização” na sua dimensão unilateral, que difunde o globalismo sob uma ideologia do predomínio do mercado sobre a ação política do Estado. No sentido da dimensão plural do fenômeno, Tadeu Antonio Dix Silva (1998, p. 82) revela: “[...] a globalização não ocorre apenas em razão das transformações na economia, mas abrange perspectivas sociais, culturais e políticas, [...] não é possível existir somente uma entidade única denominada ‘globalização’ ou, mais precisamente ‘globalização econômica’: o que há são *globalizações*, uma pluralidade de conjuntos sociais que estão em transformação, fenômenos que acontecem simultaneamente e intimamente interligados entre si, como a globalização da tecnologia, globalização dos mercados, globalização da cultura.”, etc.

⁸⁶ Nesse sentido, Silva Sánchez (2002b, p. 35) aponta ser o “[...] ‘individualismo de massa’, o modo social hoje dominante, no qual a sociedade já não é uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses.”

vínculos e valores que lhe permitam estabelecer relações de confiança e certeza (RIVERA BEIRAS, 2005, p. 228).

A esse fator de atomização do indivíduo soma-se a perda de auto-suficiência provocada pela crescente interdependência dos indivíduos na vida social (SILVA SÁNCHEZ, 2002b, p. 35), cujo resultado paradoxalmente acentua o nível de anonimato e desconfiança nos contatos humanos (SCHÜNEMANN, 1996, p. 199), contribuindo para potencializar a percepção de insegurança frente aos novos riscos sociais.

Concretamente, a nova percepção dos riscos oriundos do comportamento de disparo de arma provém da repercussão social de uma situação na qual uma pessoa dispõe de um objeto perigoso (arma de fogo) sem que dela se possa conhecer nada relevante sobre suas orientações e reações frente a uma ameaça ou, simplesmente, em face dos outros indivíduos que compartilham o mesmo ambiente (JAKOBS, 2003a, v. 1, p. 32).

Assim, a revalorização atribuída ao delito de disparo tem causa em um substrato sociológico, no qual a insegurança, derivada dos “déficits cognitivos condicionados pela anonimidade” das relações sociais, desperta uma maior atenção da população para a proteção das condições de incolumidade pessoal nas interações coletivas (JAKOBS, 2003a, p. 40).

Dada preocupação social com tais condições de segurança materializa-se em manifestações promovidas por organizações, associações não-governamentais e movimentos sociais em geral⁸⁷, que enfocam o combate à violência na restrição da proliferação e do uso de armas, reivindicando políticas públicas de maior controle das práticas com armas de fogo. As exigências pelo controle das armas não dispensam, invariavelmente, a via penal, por enxergarem no seu rigor um meio adequado para resgatar a asseguaração das condições de utilização dos bens jurídicos pessoais, a qual “atualmente já não se tem por pressuposto” na configuração de grande parte das relações sociais (JAKOBS, 2003b, p. 26).

Em suma, muito além de uma estratégia de combate às causas da violência armada, a neo-criminalização do disparo de arma está lastreada por um substrato sociológico que imprime na intervenção penal uma preocupação com a conformação de orientações normativas da sociedade (SILVA SÁNCHEZ, 2002b, p. 41). Concretamente, o novo significado do delito de disparo retira seu sentido não somente do risco físico-natural da presença da arma na sociedade, mas, sobretudo, do risco que representa diante da atual configuração das interações sociais, o qual impede a manutenção de um conjunto de interesses humanos realizados em coletividade⁸⁸.

⁸⁷ Segundo Bueno (2004, p. 232), a forte mobilização de organizações não-governamentais, principalmente as ONGs “VIVA Rio” e “Instituto Sou da Paz”, contribuiu fundamentalmente para apressar a aprovação do Estatuto do Desarmamento, ainda em 2003.

⁸⁸ Próximo a essa idéia, Kindhäuser (1995, p. 449) refere-se às “[...] condições de segurança imprescindíveis para o desfrute despreocupado dos bens [...]”, como essencial ao aproveitamento racional dos mesmos.

CAPÍTULO 4 ASPECTO POLÍTICO-CRIMINAL DO DELITO DE DISPARO: UMA NOVA SÍNTESE ENTRE OS FINS CONTRAPOSTOS DO DIREITO PENAL

A importância de promover uma valoração político-criminal do delito de disparo de arma está não apenas em possibilitar a transposição para o labor dogmático de dados da realidade, que permitirão fundamentar a solução do “caso” para além do plano formal da lei. Mais do que um canal de abertura destinado ao aumento do rendimento prático dos conceitos dogmáticos, a política criminal funciona como o espaço no qual as soluções adequadas ao problema encontram lugar e limites dentro da capacidade, ou melhor, da finalidade específica do Direito penal⁸⁹.

O sistema jurídico-penal, apesar de constituir um subsistema do sistema social, por intermédio do sistema jurídico, possui uma teleologia própria que, diga-se de passagem, é mais estreita do que a dos outros ramos do Direito (DIAS, 1999, p. 37). A harmonização das propostas solucionadoras - emanadas das considerações criminológicas - com essa racionalidade jurídico-penal permite que a efetivação das primeiras pelo instrumento penal conduza a resultados funcionalmente frutíferos para a sociedade e para o indivíduo.

Ademais, a aludida congregação de uma solução eficiente à prevenção do delito e simultaneamente adequada ao sistema de garantias não é pensada na forma de uma coexistência pacífica e acabada, mas sim consciente dos prováveis conflitos, que junto às tentativas de suas superações servirão como elemento chave para o esperado aprimoramento dos conceitos dogmáticos.

⁸⁹ O duplo aspecto da política criminal relaciona-se à concepção de Roxin (2000a, p. 58), segundo o qual: “[...] por política criminal entendo, a diferença por exemplo de Liszt, não só à escolha das sanções preventivo especiais (ou incluída pelas outras concepções fundamentais, preventivo geral) mais eficazes para a prevenção do delito, mas também o conjunto dos aspectos fundamentais que segundo nossa Constituição e o Código penal devem presidir a fixação e desenvolvimento dos pressupostos da penalidade assim como as sanções. Dessa forma, também os elementos limitadores de nosso Ordenamento jurídico-penal, como o princípio *nullum crimen* ou o da culpabilidade, são parte da política criminal do Estado de Direito [...]”. Com o mesmo entendimento. (cf. DIAS, 1999, p. 37, et. seq.).

4.1 A finalidade de prevenção-integradora: sobre a necessidade de conformação social do valor da incolumidade pública

Identificada a razão de ser do delito de disparo na atual premência social pela segurança das relações de interdependência pessoal, há de se perceber que a tutela da incolumidade pública, daí surgida, é fruto de uma tendência de juridicalização das mencionadas expectativas de segurança, com intuito de consolidá-las socialmente por meio da força impositiva presente nas normas jurídicas. Nesse processo, a segurança deixa de ser concebida como mero reflexo da atividade policial, convertendo-se em um direito a ser assegurado pelo Estado⁹⁰ (JAKOBS, 2003b, p. 27).

No âmbito jurídico-penal, a pretendida consecução de segurança manifesta-se por meio da elaboração de normas penais capazes de despertar na consciência do cidadão a importância da incolumidade pública nos diversos âmbitos sociais em que ela se faz presente⁹¹. Em termos mais claros, é mediante a imposição punitiva de uma norma de comportamento, cujo efeito manifesta-se na fixação social do mesmo – “estabilização de standards de comportamentos” – (GRASSO, 1986, p. 717), que a intervenção penal contribui para promover o respeito à manutenção dos níveis de incolumidade pública pelos participantes das interações coletivas.

Tal protagonismo penal adquire impulso na relação de “dependência recíproca entre a sociedade e o Direito Penal”, nomeadamente, na via que concede ao Direito Penal um papel na conformação dos novos valores advindos do desenvolvimento social, de forma a contribuir para a evolução da comunidade⁹² (JAKOBS, 2003b, p. 7-9).

Essa missão de conformação ético-social dos níveis de incolumidade pública encontra reflexo no fim de prevenção geral positiva exercido pela pena, especificamente, no que tange

⁹⁰ No sentido da intensificação do uso do Direito como forma de proteção da pessoa, Cunha (1995, p. 23, nota 14) ressalta: “[...] o Direito tende a absorver, hoje, toda a normatividade, que noutros tempo dava grande relevo à religião, moral, normas de cortesia, etc.”

⁹¹ Representativo dessa tendência político-criminal é o pensamento de Kindhäuser (2001, p. 128-130), que defende a consecução de segurança por meio da instância penal, admitindo, no entanto, que a legitimidade das regras de comportamento não se deriva em absoluto das atuais necessidades sociais de segurança, mas somente pela via que reconhece e respeita o caráter de *última ratio* do Direito penal para resolução dos conflitos sociais.

⁹² Em atenção à reciprocidade da relação entre Direito penal e sociedade, o mesmo autor esclarece: “Portanto, por um lado, não se pode relegar o Direito Penal ao papel de um mero lacaio, pois é parte da sociedade [...], por outro lado, o Direito Penal tampouco pode constituir-se na base de uma revolução social, pois quando não mais contribua à manutenção da configuração desta [...], falta a base sobre a qual poderia iniciar-se com êxito uma revolução.” (JAKOBS, 2003b, p. 9).

o seu efeito pedagógico sobre os destinatários da norma⁹³ (ROXIN, 2006a, § 3, nm. 27, p. 91). Dessa forma, a tutela da incolumidade pública demanda um reforço preventivo na finalidade político-criminal da norma penal do disparo, a ser incorporado no importante papel que aquela assume na orientação normativa da sociedade.

A pertinência da intervenção penal para auxiliar a conformação ético-social do valor da incolumidade pública revela-se com mais clareza diante do estágio de consolidação comunitária em que se encontra o delito de disparo, uma vez que está compreendido em uma “área social de conflito”, na qual o significado dos preceitos normativos jurídico-penais não se encontra uniformemente percebido pela sociedade (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 88-89). Ao contrário dos delitos clássicos, o reconhecimento da prescrição proibitiva contida no tipo penal de disparo acontece de forma conflituosa⁹⁴ (JAKOBS, 2003b, p. 28). Concretamente, nem todos reconhecem, no uso de armas de fogo, uma conduta arriscada; pelo contrário, muitos cidadãos pretendem fazer uso das armas com intuito de obterem segurança. Esse fato é representado pela subsistência de um seguimento considerável de pessoas na sociedade que concebem a arma de fogo como um instrumento capaz de garantir-lhes a defesa pessoal⁹⁵.

Frete à “maneira descentralizada”⁹⁶ com que o comportamento do disparo pode ser percebido no âmbito social, surge a necessidade de que a respectiva criminalização funcione, sobretudo, de modo a emprestar eficácia ao reconhecimento das novas expectativas de segurança que passaram a integrar a relação estabelecida por aquela conduta⁹⁷.

⁹³ A conformação social por meio do aspecto de prevenção geral da pena dá-se, segundo Silva Sánchez (2002a, p. 230), pois “[...] a sanção reforça contrafaticamente a vigência da norma, posta em tela de juízo pela comissão do delito, mostrando que o incorreto é precisamente o delito e que a norma continua marcando uma pauta de conduta vinculante. Todo o esquema produz uma impressão de forte conotação educativa: a pena, pois, e o juízo de desvalor que precede a sua imposição, contribuem de modo decisivo a formar a consciência ética, valorativa da coletividade.”. Considerando a elaboração dos tipos legais e da cominação das penas uma verdadeira autorização para agir, passada em favor dos órgãos estatais, Toledo (1994, p. 5) atesta a concretude da função de prevenção geral na “[...] ameaça bem real que se exterioriza e se prolonga, no meio social e comunitário, pela presença física e atuante dos vários organismos empenhados na *persecutio criminis*.”

⁹⁴ Jakobs (2003a, p. 35) representa essa conflituosidade no reconhecimento das normas, que trata por “insuficiência da administração descentralizada das normas”, por meio de um exemplo nas relações de trânsito: as “[...] impetuosidades que alguns jovens condutores interpretam como exercício estimulante mas inócua de suas capacidades, outros classificam como – no mínimo – condutas aptas a produzirem lesões, danos etc., e isso se dá quer se tome o problema a partir de um simples descuido, ainda que insignificante, na condução em condições de segurança do veículo, até a condução em estado de embriaguez de um automóvel malconservado (pronto para desmantelar-se)”; o autor, ainda complementa: descentralizadamente, cada indivíduo pode experimentar impressões muito distintas sobre o significado de um determinado comportamento.”

⁹⁵ Seguimento denominado por Bueno (2004, p. 57) de “*pró-armas*”, os quais “[...] vêm como o principal instrumento de defesa pessoal, da família e da propriedade, (e) argumentam que o direito de possuí-las para tal finalidade está assegurado num direito natural, anterior a qualquer legislação e posteriormente codificado, fazendo parte da legislação de muitos países.”

⁹⁶ A expressão é utilizada por Jakobs (2003a, p. 32) para caracterizar a forma como os postulados normativos passam a se administrar no âmbito das situações anônimas.

⁹⁷ Sobre o papel dos crimes que integram zonas sociais de conflitos, de forma geral (cf. DIAS; ANDRADE, p. 88-89).

Portanto, em razão da necessidade de conformação advinda do substrato criminológico junto à suscetibilidade preventivo-integradora da pena, revela-se um fundamento político-criminal do delito de disparo, expresso na contribuição que o Direito penal deve prestar para a manutenção dos níveis de incolumidade pública⁹⁸. No entanto, a legitimação do processo de neocriminalização do comportamento de disparo de arma não se justifica no aspecto preventivo em si mesmo, sob pena do Direito penal assumir um papel transcendente à sua limitada capacidade de solução dos conflitos sociais.

A legitimidade da função preventivo-integradora do Direito Penal requer, para além da exigência de conformação ético-social, que aquela esteja referida a um determinado bem jurídico-penal, capaz de servir-lhe como critério de delimitação⁹⁹.

Nesse ponto, existe um espaço nevrálgico para o juízo de legitimação material do delito de disparo, já que a doutrina nacional adota uma concepção formalista da tutela da incolumidade pública. Segundo esse pensamento, intervenção penal frente à disposição e uso de arma está fundada inteiramente no Direito Constitucional positivo, nomeadamente, no preceito que tutela o direito fundamental à segurança (art. 5º, caput) e no que impõe ao Estado o dever de garanti-la no seu aspecto coletivo (art. 144, caput). Tal concepção, advinda do tradicional pensamento italiano¹⁰⁰, basta-se na “relevância constitucional dos valores penalmente tuteláveis”¹⁰¹ (CUNHA, 1995, p. 174), sem uma preocupação com a concretização do conteúdo do respectivo valor¹⁰².

⁹⁸ Nos termos de Dias (1983-4, p. 12), o modo-de-ser do ilícito penal secundário expresso em uma relevância ético-social autônoma perante o direito penal clássico codificado, funda-se na “[...] particular ressonância que as tarefas de conformação ético-social da comunidade assumem nos quadros de um Estado de direito material.”

⁹⁹ Trata-se, aqui, de buscar determinar a concepção de tutela da incolumidade pública em consonância com uma “concepção teleológico-funcional e racional de bem jurídico”, a qual, segundo Dias (1999, p. 65), “[...] deve traduzir, em primeira linha, um qualquer *conteúdo material* [...]”, entendida numa “acepção substanciável”, para que se possa arvorar em indicador útil do conceito material de crime; não bastando por isso que se identifique com os preceitos penais cuja essência pretende traduzir, ou com qualquer técnica jurídica de interpretação ou de aplicação do direito. Ele deve servir, em segundo lugar, como *padrão crítico* de normas constituídas ou a constituir, porque só assim pode ter a pretensão de se arvorar em critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização”. Finalmente, deve ser “[...] *político-criminalmente orientado* e nesta medida, também ele, intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional.”

¹⁰⁰ Representada pela concepção de Franco Bricola, na qual o critério limitador da intervenção penal advém da “significatividade do valor Constitucional”, que, no entanto, segundo crítica de Musco, não está determinada com precisão, ao ponto de permitir a delimitação da legítima criminalização (MUSCO, Enzo. *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974, p. 122 apud CUNHA, 1995, p. 177).

¹⁰¹ Representativo, nesse ponto, é o posicionamento de Gomes e Oliveira (2002, p. 47, nota 17), que legitima a dignidade jurídica do valor da segurança coletiva somente no amparo do texto constitucional. No mesmo sentido (cf. JESUS, 2005, p. 6).

¹⁰² “A obtenção de critérios de delimitação do objeto que deva ser protegido pelo Direito penal é, pois decisiva a fim de contar com um parâmetro político-criminal que permita analisar criticamente os processos de criminalização ou descriminalização que se estão levando a cabo e no qual se pode apoiar uma correta práxis nesta matéria.” (SILVA SÁNCHEZ, 2002a, p. 276).

Diante disso, o âmbito de incriminação fica referido a uma concepção de bem jurídico particularmente vaga e, por isso, susceptível a diferentes concretizações. Essa imprecisão torna o bem inapto para servir como padrão crítico da respectiva norma penal, impossibilitando a identificação de limites da prevenção geral a ser exercida pela sanção penal¹⁰³.

Concretamente, o aplicador do Direito dificilmente saberá qual o conteúdo do valor tutelado pelo tipo legal, assim como não encontrará critérios suficientemente substanciais que lhe apontem os comportamentos capazes de ofender o referido bem, ou seja, as condutas socialmente danosas. Ademais de uma falta de orientação operacional, a atual concepção de tutela da incolumidade pública permite ao intérprete-aplicador um amplo espaço de arbitrariedade não condizente com a sua função dentro do primado da divisão de poderes.

Nesse ponto, o formalismo que permanece sobre a legitimidade da tutela penal aumenta as chances da assunção pelo Direito penal do mencionado desvio funcional. Em outras palavras, a ausência de um referente material na aplicação da pena gera o risco da proibição penal ser posta a serviço da “engenharia” política do desarmamento, assumindo o papel de promotora de uma infinidade de interesses políticos nem sempre condizentes com o real significado da pretendida tutela¹⁰⁴.

Com isso, a legitimidade da função preventivo-integradora do delito de disparo tende a ser fundada exclusivamente no efeito intimidatório da sanção penal, tendo em vista que o processo legislativo é resultado do jogo de interesses econômicos, político-partidários e corporativos, em meio aos quais, os ideais político-criminais clássicos assumem um papel insignificante ante às necessidades de prevenção do delito¹⁰⁵ (HERZOG, 1993, p. 319).

Conseqüentemente a essa absolutização do aspecto preventivo da incriminação, o operador jurídico tende a se iludir com a idéia de que o incremento punitivo é o meio primordial para alcançar o escopo preventivo. Em função dessa ilusão, a incriminação do

¹⁰³ Para uma aproximação dessa análise com a concepção metodológica do bem jurídico-penal, de base neokantiana, (cf. CUNHA, 1995, p. 69). Uma explicação para a tese de legitimação adotada pela doutrina nacional pode ser encontrada na esclarecedora síntese de Figueiredo (2008, p. 65) quanto à concepção dominante do bem jurídico no nosso país: “[...] no Brasil é ainda pouco aprofundado e difuso o pensamento que confere ao bem jurídico as funções atrás delimitadas (servir como critério material para o legislador e para a interpretação dos tipos penais existentes), sendo *não poucos os doutrinadores que ainda se atêm a uma concepção próxima à de Honig*, relegando ao conceito uma função não mais que intra-sistemática e voltada exclusivamente à delimitação do conteúdo proibitivo dos tipos penais; sem, portanto, servir como interlocutor no discurso da descriminalização ou como suporte para uma interpretação teleológica dos tipos penais, em sintonia com o princípio da ofensividade.”

¹⁰⁴ De forma crítica, sobre a função promocional atribuída ao Direito Penal atualmente (cf. HASSEMER, 2003, p. 61; DIAS, 1999, p. 72).

¹⁰⁵ No mesmo sentido, Hirsch (1986, p. 396) enfatiza a atual exclusão da ciência na elaboração das reformas parciais da Parte Especial do CP, a qual é deixada “[...] quase exclusivamente nas mãos dos parlamentares que têm nelas um interesse *ad hoc* e da burocracia dos Ministérios.”

disparo de arma corre o risco de converter-se em verdadeiro instrumento de repressão autoritária e de moralização social, tendente a um cenário de “terror estatal” (ROXIN, 2006a, §3, nm. 31, p. 93).

Em concreto, a aplicação da sanção penal poderia ser funcionalizada para o atendimento da *ratio legis* do Estatuto do Desarmamento, tendo em vista a excessiva amplitude da tutela da incolumidade pública nesse setor. Assim, o respectivo juízo de punibilidade teria como horizonte de conformação assegurar a existência de uma “sociedade sem armas de fogo”¹⁰⁶ e, como consequência, a intervenção penal se adiantaria a qualquer situação formalmente típica, incluindo os disparos em ambiente no qual a segurança dos interesses pessoais é assegurada naturalmente pelas relações sociais que ali se estabelecem, a exemplo do seio familiar.

Portanto, como decorrência da concepção formal - melhor dizer, superficial - da tutela penal da incolumidade pública, a incriminação do disparo de arma encontra-se em uma posição extremamente insegura do ponto de vista tanto de sua legitimação dentro do ordenamento jurídico-penal admitido quanto em relação à própria viabilização do efeito (externo) de integração social. Em relação ao apontado em primeiro lugar, o inconsistente conceito de incolumidade pública, patrocinador do aludido desvio funcional, coloca o processo de neocriminalização do disparo em confronto com os princípios básicos de um Direito penal garantista, adequado ao Estado de Direito. Como consequência dessa orientação marcadamente eficientista, a função preventivo-integradora ficará prejudicada, pois o efeito pedagógico exercido pelo Direito penal¹⁰⁷ depende da aplicação de uma pena que transmita a integral consciência jurídica da sociedade, e que, para tanto, integre junto às preocupações com a eficiência da prevenção do delito, os direitos e garantias do indivíduo.

Portanto, a legitimação do delito de disparo de arma como instrumento de conformação ético-social fica a depender da determinação material de seu conteúdo para que seja capaz de referir aquela função a um objetivo que contribua para promover a convivência pacífica em sociedade.

¹⁰⁶ Segundo Roxin (2006b, p. 37), essa forma de construção de bem jurídico “[...] não significa mais do que uma descrição da finalidade da lei.”

¹⁰⁷ “Para cumprir a função educativa que se pretende, é preciso que a sanção integre conteúdos como a culpabilidade, a proporcionalidade (a justiça, em suma) que estão arraigados na consciência popular e sem cujo respeito ao sancionar o infrator, o Direito penal não consegue essa fidelidade que pretende obter da população.” (SILVA SÁNCHEZ, 2002a, p. 232, 278-281).

4.2 A legitimação da tutela penal: uma opção político-criminal de intervenção mínima

A ausência de um aprofundamento material do delito de disparo sopra ares de instabilidade em direção ao juízo de legitimação, evidenciados por uma acentuação no conflito entre os fins de prevenção e garantia.

Em razão disso, a necessária determinação do conceito material do delito, de que tanto depende a efetiva legitimação, deve se dar sobre uma racionalidade fundada na pretensão de síntese entre os aludidos fins do Direito penal. No entanto, para o reconhecimento jurídico de tal síntese é indispensável que ela seja encontrada dentro dos parâmetros de justiça advindos do consenso social.

A via para orientar uma valoração político-criminal nesses termos é traçada pelo outro sentido da mencionada relação de “dependência recíproca entre o Direito Penal e a sociedade”, representado pela interferência que cabe ao modelo de estado constitucionalmente adotado exercer sobre o modelo de Direito penal. Tal atribuição deve-se ao reconhecimento daquele “[...] como melhor expressão para se chegar à identificação do modelo de ordenação social respectivo [...]”, no qual radica um nível mínimo de consenso comunitário (FERNANDES, F., 2003, p. 54, 59).

Depreendida tanto do preceito constitucional expresso¹⁰⁸ quanto do conjunto normativo subjacente à Constituição Federal, a concepção de Estado adotada corresponde ao modelo de *Estado Social Democrático de Direito*, expresso num programa político-estatal cuja base é composta pela síntese entre os princípios do Estado de Direito e do Estado Social, que, nos termos de Roxin (2000b, p. 20), corresponde a uma “unidade dialética”, segundo a qual “[...] uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito.”

Em termos mais claros, a respectiva síntese entre os aspectos de *direito e social*, da qual deriva a materialização do modelo de Estado, manifesta-se na busca do equilíbrio entre os interesses de justiça social e preservação da liberdade individual, num sentido de que a promoção e realização das condições sociais, culturais e econômicas sirvam ao livre desenvolvimento da personalidade de cada homem (DIAS, 1983-4, p. 8), ou melhor, de que tenham sempre como referência e limite a pessoa humana (FERNANDES, F., 2003, p. 62).

¹⁰⁸ Ver art. 1, caput, da Constituição Federal.

O aludido equilíbrio trata-se, em verdade, de uma ponderação entre os respectivos interesses, a qual encontra seu limite no princípio nuclear da ordem jurídica do Estado social e democrático de direito, qual seja o da *proteção da dignidade humana*, entendida como a união dos direitos fundamentais - tanto de índole pessoal quanto social e econômica -, indispensável à existência humana. Por tal importância – por consistir uma “densificação valorativa” da condição de *ser humano* -, o princípio impõe a toda função de proteção jurídica, que restrinja ou suprima algum direito a ele inerente, um inapelável juízo de necessidade (FERNANDES, F., 2003, p. 64-65).

Em razão disso, a legitimação do Direito penal no âmbito do nosso modelo de Estado, exige que a intervenção penal – consubstanciada na restrição ou supressão de direitos e liberdades fundamentais - esteja reduzida ao mínimo necessário para proteção de bens jurídicos essenciais.

Assim, do modelo de Estado advém uma racionalidade de síntese entre os fins do Direito Penal, manifestada em uma opção político-criminal de “intervenção mínima”¹⁰⁹ que serve de orientação para a determinação do conteúdo material do delito de disparo de arma, de forma a impor os limites dentro dos quais a intervenção penal poderá contribuir com a sua parte na conformação ético-social da incolumidade pública (DIAS, 1999, p.81).

4.2.1 A relevância social da incolumidade pública

Como decorrência primeira do programa político-criminal de intervenção mínima tem-se que a pena não pode ser imposta para atingir fins transcendentais¹¹⁰, mas apenas para a preservação de condições essenciais da vida do homem em sociedade, pois no âmbito de um Estado democrático que se quer tolerante e pluralista, esse não poderá interferir nas convicções particulares das pessoas mesmo que estas estiverem em contradição com a moral ou sentimentos populares dominantes (CUNHA, 1995, p.88). Assim, o poder punitivo só

¹⁰⁹ Dentre os representantes da doutrina brasileira, Luisi (2003, p. 39) encerra a origem do princípio da necessidade, também chamado de princípio de intervenção mínima, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 8º: “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias [...]”, do qual deriva para o Direito Penal a recomendação de só legitimar “[...] a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico.”

¹¹⁰ Paradigmáticos são os termos do Projeto Alternativo ao Código Penal Alemão de 1966 (*Alternativ Entwurf eines StGB von 1966*): “[...] a pena não é ‘um processo metafísico, mas uma amarga necessidade dentro de uma comunidade de seres incompletos como são os homens’ [...]” (cf. P. A., 1ª edição, p. 29, apud CUNHA, 1995, p. 73).

poderá restringir direitos e liberdades individuais em prol da tutela de interesses socialmente relevantes para a pessoa e para a comunidade.

Nesse ponto, o primeiro passo para a legitimação da tutela dos níveis de incolumidade pública, mediante a criminalização do disparo, reside na verificação de ser esse valor essencial para a convivência harmônica na sociedade atual¹¹¹. Em termos mais diretos, a opção político-criminal derivada constitucionalmente revela, como primeiro pressuposto de legitimação material, a existência de um bem digno de tutela jurídica.

O caráter de essencialidade que condiciona a seleção do bem depende, em parte, das condições sócio-culturais da sociedade de cada época, tendo em vista que a feição dos valores varia de acordo com elas (SOUZA, 2004, p. 141-142). Por essa razão, a dignidade do bem jurídico depende de estar devidamente situado no contexto histórico-social da comunidade¹¹².

Em atenção ao referido acima, a tutela dos níveis de incolumidade pública revela sua importância no atual contexto das interações coletivas, em razão de serem essas, em sua maioria, estabelecidas por contatos anônimos¹¹³, incapazes de assimilar o acréscimo de cuidado em relação ao outro, que decorreu do incremento na interdependência pessoal provocado pelo avanço tecnológico¹¹⁴. Diante desse cenário, a valoração individualizada dos bens jurídicos pessoais torna-se insuficiente para expressar o novo plano de realização assumido por tais interesses naquela realidade social, sendo necessário considerar o campo de atuação em que o bem se realiza, como realidade integrante da sua existência, uma realidade por excelência dinâmica¹¹⁵ (D'AVILA, 2007b, p. 41).

No entanto, o objetivo dessa atuação não pode ser deduzido unicamente de considerações sociológicas, cuja estreita dependência com o discurso cultural sujeitaria àquela aos problemas decorrentes, por exemplo, da carência de representatividade na construção do

¹¹¹ Analisando as diferentes definições do conceito de bem jurídico existentes na doutrina dominante, Cunha (1995, p. 83) ressalta “o caráter de essencialidade dos bens para a existência humana em comunidade” como ponto de consenso fundamental nas diversas concepções teóricas.

¹¹² Nesse sentido, para Kindhäuser (1995, p. 445), “[...] bens jurídicos são as condições, juridicamente garantidas, de livre desenvolvimento do indivíduo em uma sociedade concretamente configurada.”

¹¹³ O caráter anônimo refere às relações sociais insusceptíveis de serem controladas na sua origem quanto aos possíveis envolvidos, impossibilitando, em razão disso, o regramento de situações especiais (JAKOBS, 2003a, p. 31, nota 3).

¹¹⁴ Schünemann (1996, p. 199, tradução livre) aponta como peculiaridade da sociedade industrial atual, “[...] a substituição dos contextos de ação individual por contextos de ação coletivos, nos quais o contato interpessoal é substituído por uma forma de comportamento anônimo e estandardizado.”

¹¹⁵ No sentido de uma valoração mais ampla dos bens jurídicos individuais, Grasso (1986, p. 716) não considera a incolumidade pública como um bem diverso e autônomo, mas uma abstração conceitual diretamente compreendida pelas vidas individuais dos sujeitos concretos. No sentido de uma valoração mais ampla dos bens jurídicos individuais (cf. MARINUCCI; DOLCINI, 2001, p. 518).

aludido discurso¹¹⁶. De forma mais clara, lastrear o significado social da incolumidade pública unicamente em juízos de valor desapegados das referências jurídicas pode implicar em uma definição centrada na “[...] instauração ou reforço de ordenações axiológicas transcendentais de caráter religioso, moral, político, econômico, social ou cultural.” (DIAS, 1999, p. 75). Assim, a capacidade crítico-limitadora do bem jurídico perante o âmbito de incriminação do disparo ficará prejudicada, em razão de concreções pautadas em juízos parciais¹¹⁷ (PAREDES CASTAÑÓN, 2003, p. 24).

A via mediadora capaz de revelar uma essencialidade do bem jurídico junto aos valores fundamentais, sem deixar de identificá-la historicamente, é encontrada na Constituição, em razão dessa ser entendida como a positivação do quadro de valores e interesses que integram o consenso comunitário de uma sociedade concreta¹¹⁸. Conforme grande parte da doutrina atual¹¹⁹, o ordenamento jurídico-constitucional assume o posto de referência obrigatória para a atividade punitiva do Estado, em razão da aludida concepção material. Segundo Dias (1999, p. 66), deve haver uma “relação de mútua referência” entre a ordem dos bens jurídico-penais e a ordenação axiológica jurídico-constitucional, de modo que a referida essencialidade do bem jurídico só existe quando “[...] se encontre *refletido* num valor jurídico-constitucional reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal.” (1983-4, p. 10)¹²⁰.

¹¹⁶ Contra a transferência direta de descrições e conclusões próprias da ciência social para a construção do discurso político-criminal do “direito penal do risco”, Paredes Castañón (2003, p. 22) aponta: “[...] as investigações da teoria crítica e dos estudos culturais põe de manifesto que em numerosas ocasiões determinados conceitos teóricos e determinados discursos das ciências sociais pecam da dita falta de representatividade, na medida em que só certos setores da população – usualmente, os mais poderosos – têm acesso à configurações do discurso, ou o tem de um modo privilegiado: gerando-se assim discursos forjados desde uma perspectiva de classe, de raça, de gênero, etc.”

¹¹⁷ “A esta luz surgirá especialmente justificada” a afirmação de Dias (1999, p. 43), “[...] de que não é exato que a política criminal possa e deva fazer apelo direto e imediato ao sistema social como tal para estabelecimento das suas finalidades e das suas proposições.”

¹¹⁸ Quanto à justificativa de identificar na Constituição o instrumento mediatizador do conceito de bem jurídico, Cunha (1995, p. 116) ressalta: “[...] contendo a Constituição as decisões de fundo mais importantes para uma ordem jurídica, quer a nível organizatório quer material, as opções valorativas mais fundamentais e simultaneamente mais consensuais, ela reflecte o ambiente social-valorativo de uma comunidade e impõe-se a toda a ordem jurídica.”. Nesse sentido é que se compreende Dias (1999, p. 43), quando afirma: “[...] exato é antes que as finalidades e as proposições político-criminais devam, elas também, ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição do Estado.”

¹¹⁹ Sobre o ordenamento jurídico-constitucional ser referência obrigatória à legitimação do *ius puniendi* (cf. DIAS, 1983-4, p. 10; JESCHECK, 1981, p. 9 et seq.; ROXIN, 2006b, p. 55, §2, nm. 9; PALLAZZO, 1989, p. 84 et seq; PRADO, 1997, p. 76).

¹²⁰ Nesse sentido, Marinucci e Dolcini (2001, p. 517, tradução livre) sublinham que “[...] a relevância constitucional de um bem é um seguro índice da sua importância e portanto de um dos dois pressupostos primordiais do recurso à pena: o merecimento de tutela penal.”

Apontado o caminho, a relevância jurídico-social da tutela dos níveis de incolumidade pública encontra reflexo no âmbito da tutela constitucional do direito social à segurança¹²¹, pois essa esfera axiológica integra o campo da função do Estado (determinado pelo seu aspecto de direito social), responsável por promover a viabilização das condições essenciais da atuação do homem no plano coletivo, ou seja, do homem enquanto ser-social (DIAS, 1999, p. 67-68). Nesse sentido, o juízo de valor que compreende a incolumidade pública como uma “esfera de manifestação”, indispensável para a completa existência dos interesses humanos em ambientes de interação coletiva, ganha respaldo no âmbito da ordem constitucional que reconhece as condições para a convivência comunitária como parte indispensável do livre desenvolvimento da personalidade do homem, e, assim, como autêntico bem jurídico¹²².

Portanto, a essencialidade da incolumidade pública está reconhecida constitucionalmente como uma realidade (normativa¹²³) importante para que o homem realize seus interesses essenciais no atual plano de convivência comunitária.

Em conclusão, ademais de revelar a existência da relevância jurídica do valor, a referência constitucional legítima a incriminação do disparo de arma dentro de uma racionalidade de síntese entre os fins de proteção jurídico-penal. Isso se explica, pois a essencialidade do bem está determinada com base nas exigências preventivo-integradoras, sem desapegá-lo de um claro referencial à pessoa humana¹²⁴, conferindo ao valor, respectivamente, a possibilidade de efetivar-se na realidade social, além de funcionar como ponto de partida limitador do poder punitivo¹²⁵, capaz de afastá-lo da proteção de valores “manipulados ideologicamente” (FIANDACA, 2000, p. 431) e de funções ou estratégias político-sociais.

¹²¹ Previsto no art. 6, da Constituição Federal.

¹²² Segundo Cunha (1995, p. 126, nota 349), a tutela penal de conteúdo social “[...] corresponde a uma evolução no sentido da consciencialização de que o pleno desenvolvimento humano exige determinadas condições, determinados bens de tipo colectivo, que não se podem identificar com os tradicionais direito subjectivos.”. Em relação a este outro âmbito de tutela jurídica, Roxin (1993, p. 28) fez menção à necessidade do Estado moderno assegurar, “[...] se necessário através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de carácter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social”. Incluindo, definitivamente, a esfera de proteção da atuação comunitária do homem na função de exclusiva proteção de bens jurídicos, Dias (1983-4, p. 12) a define como uma “ordem legal de bens jurídicos de índole específica que tem por critério rector a ordem axiológica constitucional dos direitos sociais e da organização econômica.”

¹²³ Apesar da ausência de um substrato material suscetível de ser percebido pelos sentidos, a incolumidade pública pode ser notada a partir de uma percepção intelectual, que, necessariamente, exige um processo de valoração.

¹²⁴ Expressado, segundo Silva Sánchez (2002a, p. 271), na idéia chave de que “[...] só podem ser bens jurídicos aqueles objetos que o ser humano precisa para sua livre autorealização (que obviamente tem lugar na vida social).”

¹²⁵ Apontando a necessidade de um conceito de bem jurídico que reunisse fecundidade crítica e interpretativa (cf. SILVA SÁNCHEZ, 2002a, p. 337 et. seq.).

4.2.2 A ofensividade do comportamento de disparo de arma

Apesar da referência constitucional à tutela da incolumidade pública servir como ponto de partida para a legitimidade da incriminação do disparo de arma, não se pode esperar que a Constituição forneça um conteúdo informativo pleno e definitivo do conceito material do delito (CUNHA, 1995, p. 205, nota 578), sob pena de incidir na falácia da tese de legitimação constitucional estrita, dominante na doutrina nacional.

O caráter genérico e abstrato dos preceitos constitucionais, inerente à sua condição de estatuto fundamental da ordem jurídica geral¹²⁶, aponta para uma tutela cuja amplitude não condiz com a gravidade da pena, podendo, em certos casos, a aplicação do direito penal desbordar o programa político-criminal de intervenção mínima, por conta de sua desproporcionalidade em relação ao ilícito praticado.

No sentido dessa constatação, é que Dias (1999, p. 67) esclarece consistir o real significado da relação entre a ordem dos bens jurídico-penais e a ordenação axiológica jurídico-constitucional, não em uma “recíproca cobertura”, mas sim na “[...] *analogia material*, fundada numa essencial *correspondência de sentido e* – do ponto de vista da sua tutela – *de fins*.”

A insuficiência da legitimação constitucional, expressa na impossibilidade de uma coincidência entre as respectivas ordenações valorativas, decorre do caráter fragmentário da proteção penal de bens jurídicos, que está reservada somente face às agressões insuportáveis ao bem tutelado (PRITTWITZ, 2000, p. 428 et. seq.), sendo necessário, portanto, restringir a intervenção penal às condutas que sejam capazes de provocar uma grave ofensa àquele.

Fundada na necessidade de tutela do bem jurídico-constitucional da liberdade (D’AVILA, 2005, p. 66), a exigência de necessária ofensa ao bem jurídico-penal permite delimitar a respectiva tutela aos casos de reconhecida danosidade social. Tal delimitação é possível, pois, no âmbito normativo-constitucional, a restrição ao direito fundamental de liberdade somente se justifica quando seu exercício implica em uma grave ofensa a outro valor de fundamental relevo à sociedade¹²⁷ (D’AVILA, 2006, p. 87).

¹²⁶ Em respeito ao princípio democrático sob o qual foram forjados, os preceitos constitucionais devem “[...] exprimir um quadro geral de princípios e valores já com algum enraizamento social suficientemente generalizado e consentir uma certa adaptação a mudanças conjunturais [...]”, de modo a funcionar como instrumento de estabilidade e pacificação no âmbito de uma sociedade plural (CUNHA, 1995, p. 205, nota 576).

¹²⁷ D’Avila (2006, *passim*) aponta, para além de outros indicativos de ordem infraconstitucional, a concreção legislativo-constitucional da exigência de ofensividade do ilícito-típico, na proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade que está submetida a uma cláusula de ponderação restrita à conservação de valores em consonância com a ordem constitucional.

Assim, um segundo passo para a legitimação da proibição penal ao uso de armas de fogo consiste em verificar a existência de uma relação possível entre a conduta de disparo e a produção de uma efetiva ofensa ao bem jurídico, objeto da proteção.

Nesse ponto, a incriminação do disparo esbarra em fortes objeções a sua legitimidade, motivadas pela difícil identificação de um resultado socialmente grave¹²⁸.

Tal dificuldade deve-se ao fato da incriminação do comportamento de “disparo em local destinado à comunidade”¹²⁹ consistir – sob uma perspectiva individualista¹³⁰ –, em uma inevitável antecipação da tutela penal de bens jurídicos pessoais, como a vida, integridade física, dentre outros¹³¹. A proibição da conduta de disparo, antes mesmo que seus efeitos atinjam uma pessoa determinada, está justificada, faticamente, na impossibilidade da proteção penal assegurar, no contexto de interações anônimas, a manifestação social daqueles bens, caso restrinja a punição às hipóteses de disparo que lesionem ou concretamente ponham em perigo os respectivos bens¹³².

O necessário alargamento da punibilidade até comportamentos que não tenham uma relação direta com o bem jurídico corporizado¹³³ (vida, integridade física) produz o esfumaçamento do juízo de ofensividade da conduta típica, que, no entanto, não encontra luz alguma na imaterialidade da incolumidade pública. De forma mais clara, a inconsistente lesividade¹³⁴ do “disparo em local destinado à comunidade” revela-se na impossibilidade tanto em assegurar-se um imediato alcance dos seus efeitos a uma vida humana determinada, quanto em comprovar-se empiricamente uma efetiva depreciação do convívio social

¹²⁸ Trata-se, aqui, não necessariamente da concepção de resultado naturalístico, revelado por uma modificação do mundo exterior, mas sim do conceito de resultado enquanto efeito derivado da ação (e dela separado), cuja verificação é indispensável para determinar a realização do ilícito-típico (MONIZ, 2005, p. 13 et seq.).

¹²⁹ Por consistir neste momento um juízo específico sobre a conduta típica, passar-se-á a utilizar a expressão “disparo em local destinado à comunidade” para que o texto se aproxime do real conteúdo da tipificação penal, fundamental para a compreensão clara e transparente da ofensividade jurídico-penal do comportamento de disparo de arma de fogo, que se revelará mais a frente.

¹³⁰ Neste sentido, Fiandaca (1984, p. 462, tradução livre) define a proteção penal da incolumidade pública como um reflexo da antecipação da tutela dos bens da vida e da integridade física, implementada pelo legislador diante de “perigos de particular difusividade”.

¹³¹ Grasso (1986, p. 715, tradução livre) aponta o reconhecimento, ante as modernas formas de ameaça, da inevitável antecipação de tutela penal, na motivação do Projeto Alternativo do Código Penal alemão, segundo o qual: “[...] na nossa sociedade altamente tecnicizada, orientada à produção e ao consumo de massa, a vida e a saúde humana são ameaçadas em uma medida até agora desconhecida”. Em complemento à idéia, o mesmo autor reitera: “[...] é evidente como as técnicas de proteção dos bens jurídicos devem adequar-se à complexidade e à standardização dos processos produtivos típicos da sociedade contemporânea.”

¹³² O aludido aniquilamento da manifestação social dos bens jurídicos individuais pode ser representado pela situação de abandono da convivência social a um quase “estado de guerra”.

¹³³ O termo quer fazer referência à expressão de Rupp relativa aos bens jurídicos de conteúdo individualista, que têm em sua origem um forte apelo liberal, fazendo deles um “*monolito jurídico corporizado*” facilmente percebido no mundo exterior (DIAS, 1999, p. 63).

¹³⁴ A utilização do termo “lesividade” quer fazer significar uma ofensividade da conduta de disparo referente à categoria do dano/lesão.

provocada por uma única conduta, sem mencionar, ademais, a comprovação da probabilidade desse menoscabo ocorrer⁽¹³⁵⁾(¹³⁶).

Diante da ausência de uma ameaça concreta e efetiva de bens jurídicos individuais, o delito de disparo incompatibiliza-se com o princípio da ofensividade¹³⁷. Uma vez mais, a legitimação do processo de incriminação é posta em alerta, devido ao acirramento na zona de tensão entre os fins do Direito Penal, aqui representados, por um lado, pela necessidade de proteção da especial forma de manifestação do bem jurídico da incolumidade pública e, por outro, pelas exigências constitucionais de legitimidade material do ilícito (D'AVILA, 2007, p. 34).

Alimentado talvez pelo ideal pragmático¹³⁸, ou apenas por reconhecer a premência social daquela antecipação de tutela, o pensamento doutrinário tradicional dá a volta no conflito acima e fundamenta a proibição de meros comportamentos a partir de uma consideração geral e não particular da ofensa que se imputa ao autor do disparo (MENDOZA BUERGO, 2001b, p. 67). Segundo essa tese, a justificação da punição das condutas baseia-se em uma presunção geral (absoluta ou relativa) de perigosidade da conduta, fundada em uma relação estatística ou em regras de experiência que apontam para a evidência na qual sempre ou com frequência relevante haverá a produção de um perigo concreto ou mesmo um dano efetivo pelo comportamento típico¹³⁹.

Independentemente do resultado de uma investigação sobre a validade empírica da referida regra de experiência ou da relação estatística, compreender o fundamento da proibição penal do disparo mediante uma presunção geral de sua perigosidade implica em uma exclusão da exigência de ofensividade no âmbito da aplicação do Direito. Isso ocorre, pois o juiz, ancorado pela “força” generalizante da presunção, prescinde da confirmação das aludidas máximas no caso concreto, atendo-se às considerações gerais de ofensividade que

¹³⁵ De forma a contextualizar o problema tratado, vale citar as palavras de Mendoza Buergo (2001b, p. 4) a respeito do fenômeno de ampliação da intervenção penal, observada com o advento das reformas penais na Alemanha, desde 1995: “[...] o problema da cada vez maior ampliação do Direito penal ao campo da punição de meras ações definidas como perigosas com caráter geral é especialmente intenso quando se produz uma incriminação em fases muito adiantadas do terreno prévio à lesão e à possibilidade de uma evidência do perigo e quando, ademais, ele se instrumenta para a proteção de interesses cada vez menos delimitados, de caráter supraindividual, dificilmente reconduzíveis a interesses identificáveis com clareza.”

¹³⁶ A dificuldade de tal juízo pode ser representada no problema social das “balas perdidas”, no qual é impossível estabelecer um nexo causal, seja entre a prática de um disparo e as mortes ou lesões provocadas por “balas perdidas”, ou mesmo entre aquela e a produção completa do próprio fenômeno.

¹³⁷ Sobre o conceito do princípio da ofensividade, ver item 1.1, nota 25.

¹³⁸ Relacionado à necessidade de atribuir ao fato concreto uma relevância lesiva manifestada na produção de um perigo, frente às dificuldades de prova por meio dos processos estatísticos.

¹³⁹ Conforme Mendoza Buergo (2001b, p. 67 et. seq.), o pensamento majoritário do perigo fundamenta a antecipação extrema de tutela penal com base nas teorias *da presunção de perigo e da perigosidade geral* ou *perigosidade como motivo do legislador*, ambas, apesar de partirem de argumentos diferentes, concluem no mesmo sentido de uma presunção geral de perigosidade.

motivaram o legislador na promulgação da norma¹⁴⁰. Ao tomar “uma coisa pela outra”, ou seja, ao fundar a ofensividade do caso individual na decisão geral do legislador, o juiz interrompe o processo de consolidação do conteúdo material do fato típico¹⁴¹, relegando-o à mera contrariedade do texto legal.

Nesse ponto, cabe obstar que a necessidade político-criminal de antecipação da tutela penal não pode permitir que a intervenção penal no caso concreto escape à exigência de uma relevância ofensiva do comportamento típico, sob pena de assentir no que Costa¹⁴² (2000, p. 621, nota 130) considera “[...] uma das expressões mais acabadas de subversão e incompreensão metodológicas” do princípio da proteção de bens jurídicos, impressa no argumento “de que é precisamente em nome da proteção de bens jurídicos que se devem ou têm de punir condutas elas mesmas não violadoras de bens jurídicos.” (COSTA, 2000, p. 626).

Ceder a tais simplificações do fundamento material do delito de disparo acarreta permitir a extensão da punibilidade até condutas formalmente típicas que, consideradas individualmente, são desprovidas de qualquer perigosidade ao bem jurídico. Por meio desse “déficit de objetividade” na aplicação da norma penal¹⁴³, o processo de incriminação do disparo fica exposto à crítica de estar a castigar mera desobediência de normas de organização (MOCCIA, 1997, p. 115), bem como põe por terra a “razão de ser” da antecipação de tutela penal, ao não estabelecer um vínculo claro entre a conduta típica e o impedimento da manifestação social dos bens individuais, que aquela quer evitar.

Para não cair nessa esfera de erros, que certamente conduzirá à outra, é dizer, ao desdém descriminalizador, é preciso dar um passo para trás de todo o processo explicativo no qual o fundamento da antecipação de tutela está compreendido, e procurar recolocá-lo

¹⁴⁰ A tese de que a consideração de perigosidade da conduta compreende a mera *ratio* do processo legislativo de incriminação, segundo Mendoza Buergo (2001b, p. 78), segue mantendo plena vigência na doutrina atual, tanto na alemã como na espanhola ou italiana e, de fato, constitui a explicação mais estendida entre os tratadistas alemães mais importantes do presente, entre os quais cabe destacar Roxin, Jakobs, Jescheck, Otto, assim como, Köhler. Quanto à questão da relativização do princípio da ofensividade, a mesma autora aponta sua origem em um problema que deriva da teoria de presunção da perigosidade, qual seja, “uma discutível e infundada relação de implicação necessária entre a consideração da perigosidade de certas condutas como *legítimo motivo* para sua incriminação e a afirmação da *desnecessidade* da *comprovação* da *perigosidade* para constatar a tipicidade do fato, pela via de negar sua relevância como elemento – expresso, se entende – do tipo.” (MENDOZA BUERGO, 2001b, p. 82, grifo do autor).

¹⁴¹ A ser finalizado com o trabalho hermenêutico do operador jurídico.

¹⁴² Costa (2000, p. 626), citando Patalano, argumenta que “[...] a legitimidade dos delitos de perigo presumido não pode ser limitada aos aspectos particulares do problema, mas implica necessariamente uma mais ampla e aprofundada análise do fundamento e da função dessa forma de incriminação que vem adotada mais frequentemente nas legislações modernas.”

¹⁴³ Segundo Hassemer (1991, p. 30), “[...] a prevesibilidade da aplicação da norma se mede na quantidade e qualidade das condições objetivas, que estão a disposição da realização objetiva instrumental da norma.”

novamente dentro de um espaço hermenêutico¹⁴⁴ que admita a tensão dos fins jurídico-penais para a necessária construção valorativa.

Em outras palavras, trata-se de insistir na busca de um conteúdo material da conduta típica para além da perigosidade que motivou o legislador a optar pela antecipação da tutela¹⁴⁵. O que conduz a um adentrar no significado do comportamento de “disparo em local destinado à comunidade” assumido dentro do contexto social onde a incolumidade pública assume relevância. No entanto, a concepção tradicional de ofensividade inviabiliza a apreensão de tal significado, uma vez que está apegada à idéia de dano/lesão ao bem jurídico, condicionando o juízo de desvalor da conduta à existência de um resultado empiricamente desprendido da ação¹⁴⁶.

Para compreender a ofensividade da conduta típica é preciso descortinar a expressão essencial que dá sentido à função do Direito penal, compreendida, segundo Costa¹⁴⁷ (2002, passim), em uma “relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo”, relação que, por ser primordial à organização de qualquer comunidade jurídica¹⁴⁸, está consubstanciada na proteção penal de bens jurídicos (COSTA, 2000, p. 317).

De forma mais clara, a proteção penal de bens jurídicos quer ontologicamente manter estável a teia de relações de cuidado – mediatizada historicamente -, que conserva a

¹⁴⁴ A mencionada recolocação quer inserir o fundamento no espaço da “espiral hermenêutica” considerada, por Costa (2000, p. 173), indispensável para o processo de legitimação, já que a constante tensão entre os seus diferentes pontos “[...] (dado – alteração da ordem social; decisão - momento constitutivo da juridicidade; normas – tipos; princípios normativos; sistema; referentes metajurídicos) faz com que a legitimação se tenha de olhar de um jeito plúrimo”. O mesmo autor complementa: “Nada se justifica por um só acto, daí a necessidade de buscarmos diferentes pólos de valoração, de norma, para se legitimar o multiversum jurídico.”

¹⁴⁵ O sentido dessa atitude segue conduzido pela proposta enunciada nas palavras de D’Avila (2007b, p. 54): “[...] no atual estado das ciências jurídico-penais, em que temos presenciado, no âmbito do direito penal ambiental, mas também em inúmeros outros espaços de normatividade do denominado direito penal secundário, o contínuo esvanecer das linhas que historicamente conferiram identidade ao direito penal, parece-nos legítimo e necessário um voltar de olhos ao resultado jurídico, à noção de ofensa a bens jurídicos. Um voltar de olhos comprometidos não apenas em resgatar o significado crítico-garantista da idéia de ofensividade, mas também em desenvolver categorias capazes de atender aos desafios que o nosso tempo coloca.”

¹⁴⁶ No Brasil, Gomes (2002, p. 103) encampa a referida noção do princípio da ofensividade. Em sentido diametralmente oposto, está a concepção de ofensa a bem jurídico admitida por Toledo (1994, p. 20), expressada na crítica à visão apegada ao dano: “[...] é um equívoco, porém, a nosso ver confundir-se dano, evento danoso, com ofensa ao bem jurídico. Isso seria incorrer na confusão inicialmente apontada entre objeto material do crime e bem jurídico tutelado. Na tentativa inidônea de homicídio pode não haver dano algum, mas, apesar disso, haverá sempre um ataque ao bem jurídico vida humana. O que faz com que a pena seja, nessa hipótese, menor que a do crime consumado são fatores de política criminal, o grau e a intensidade da ofensa, a frustração do ato criminoso, o que não significa ausência de ofensa ao bem jurídico, por falta de um resultado meramente material.”. Sobre a formação e consolidação de uma concepção tradicional de ofensa (cf. COSTA, 2002, p. 317; COSTA, 2002, p. 12 et. seq.).

¹⁴⁷ No mesmo sentido, D’Avila (2006, p. 92) define as dimensões da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo: no “cuidado de eu para com o outro e do eu para comigo mesmo”.

¹⁴⁸ Quanto à expressão ontológica da comunidade jurídica, Costa (2000, p. 328) reitera: “De modo que não temos dúvidas em reafirmar que a comunidade jurídica só pode verdadeiramente ser percebida quando nela destacamos, por direito próprio, o segmento que faz dela uma comunidade de cuidados e de perigos. Que faz dela, em suma, uma comunidade de cuidado-de-perigo.”

comunidade de homens funcionando de forma harmônica. Nesse sentido, a ofensividade é concebida como a “oscilação de uma daquelas relações de cuidado”, permitindo, assim, apreender as formas de ofensa conforme as particularidades de cada situação, autonomamente¹⁴⁹ (COSTA, 2000, p. 622 et. seq.).

Portanto, o significado do comportamento de “disparo em local destinado à comunidade”, no âmbito da incolumidade pública, só pode ser compreendido dentro de uma oscilação da relação de cuidado do “eu” para com os interesses coletivos essenciais dos “outros”, cujos limites vão além de uma afetação empírica (D’AVILA, 2005, p. 161).

Em termos concretos, a oscilação da relação de cuidado-de-perigo, provocada pela conduta de “disparo em local destinado à comunidade”, pode se manifestar em três níveis de afetação aos bens jurídicos individuais: os disparos podem causar a morte de um transeunte, resultando um efetivo dano; podem não matar ou ferir alguém apesar do intenso movimento de pessoas ali presentes, mas colocam suas vidas ou mesmo as integridades físicas em concreto perigo; ou, ainda, podem nada causar em razão de não existir pessoas na via pública naquele momento, interferindo, porém, em uma esfera de manifestação indispensável para a plena existência do homem (D’AVILA, 2005, p. 162-163).

Em todas as hipóteses é possível enxergar formas de ofensas a interesses humanos essenciais, até mesmo na situação de interferência na esfera de manifestação, que, apesar da inexistência de um bem jurídico individual no raio de ação da conduta, revela uma significativa situação de perigo, já que os disparos, ao inviabilizarem o convívio público naquele ambiente, impedem a tranqüila expressão dos interesses humanos realizados somente em coletividade. Em termos mais específicos, a ofensa advinda da conduta de “disparo em local destinado à comunidade” consubstancia-se como oscilação de uma relação de cuidado-de-perigo, por subtrair, em última instância, a mínima tranqüilidade do viver comunitário, elemento necessário para a manutenção da referida relação de cuidado com os interesses coletivos de outrem (D’AVILA, 2005, p. 161).

Revelado o resultado da conduta típica na interferência da esfera de manifestação dos interesses humanos coletivos, podemos afirmar a existência de ofensividade no comportamento de “disparo em local destinado à comunidade” que, apesar de acentuadamente normativa, está representada pelas concretas circunstâncias do fato (D’AVILA, 2005, p. 164).

¹⁴⁹ Ressaltando os benefícios de uma concepção de ofensividade referida à relação matricial de cuidado-de-perigo, D’Avila (2006, p. 92) afirma: “[...] a ofensividade torna-se, pois, uma categoria jurídica capaz de expressar um autônomo desvalor de resultado, absolutamente independente de outros centros de desvalor que possam a ela estar teleologicamente relacionados. A ofensividade ganha, dessa maneira, plena autonomia e, por decorrência, capacidade de fundamentação e delimitação do ilícito.”

Por fim, a legitimação da incriminação do disparo segue reafirmada até o momento por meio do encontro de uma nova síntese entre os fins do Direito penal, que se expressa na autorização da antecipação de tutela através de uma valoração da ofensividade do disparo, vislumbrada com clareza e transparência pelo advento de um resultado desvalioso para o bem jurídico, verdadeiramente percebido, ou melhor, vivenciado pela comunidade, na qual se insere.

4.2.3 A punição do disparo de arma como *ultima ratio* na proteção da incolumidade pública

A legitimação do processo de incriminação do disparo de arma não se esgota na existência de um injusto penal, sendo necessário voltar os olhos para as conseqüências da atuação jurídico-penal sobre ele.

Tal exigência de uma valoração político-criminal de índole pragmática decorre, uma vez mais, do meio utilizado pela tutela penal – a pena - constituir a mais drástica das intromissões estatais na esfera de liberdade e dos direitos individuais do cidadão (ROXIN, 2006a, §2, nm. 29, p. 65).

Diante de tamanha contundência, o Direito penal só pode atuar como *ultima ratio* na proteção de bens jurídico-penais sob pena dos danos causados pela intervenção penal superarem os benefícios que pretende proporcionar¹⁵⁰ falhando, assim, na tarefa de possibilitar o livre desenvolvimento do homem, enquanto indivíduo (SCHÜNEMANN, 2005, p. 20).

Nesse ponto, a intervenção penal deve se restringir aos casos de ofensa a bens jurídicos, quando for indispensável frente à insuficiência dos demais meios de controle não-penal, bem como quando se mostrar eficiente na respectiva proteção (CUNHA, 1995, p. 221).

Portanto, um terceiro passo para a legitimidade da incriminação do disparo deve ser dado em direção à análise da subsidiariedade¹⁵¹ e da idoneidade¹⁵² do sistema penal, para a proteção da incolumidade pública.

¹⁵⁰ “Em opinião de Lüderssen, *ultima-ratio* significa também, ‘que o Direito penal não é um mero instrumento de controle, pois a causa das conseqüências de sua aplicação resulta especialmente problemático, tanto para os particulares, como para a sociedade. Por isto requer especiais garantias jurídicas’ [...]” (PRITTWITZ, 2000, p. 433).

¹⁵¹ “O princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio* constitui-se num postulado que sugere ao legislador o uso limitado e somente como último remédio do poder público para proteger penalmente determinados bens jurídicos porque o Estado social e democrático de direito pode dispor de outros meios de menor custo social oferecidos pelo próprio ordenamento jurídico (ou até mesmo por intermédio de outros meios extrajurídicos) que podem ser mais eficazes, práticos e racionais.” (SOUZA, 2004, p. 159).

¹⁵² O princípio político-criminal da adequação ou idoneidade diz respeito à análise da capacidade do instrumental penal efetivar com êxito os fins da norma, notadamente na aplicação prática (SOUZA, 2004, p. 156 et seq.).

A afirmação do caráter subsidiário da intervenção penal implica em verificar a incapacidade dos meios não-penais, notadamente a via da ética social, do Direito civil e do Direito administrativo, em conferir proteção suficiente ao bem jurídico-penal em causa.

No que tange a contribuição das normas de moral social na conformação do uso seguro, melhor dizendo, responsável das armas de fogo, a própria configuração atual da sociedade evidencia sua deficiência em reestruturar parâmetros ético-sociais mínimos diante de conflitos de orientação normativa¹⁵³, tendo sido possível constatar isso na inexistência de um reconhecimento social uniforme da ilicitude do disparo de arma¹⁵⁴.

Diante dessa instabilidade cognitiva, a reprovação ético-moral à conduta de “disparo em local destinado à comunidade” nem sempre será observada pela sociedade. Dessa forma, não se pode confiar às eventuais normas de moral social toda a proteção da incolumidade pública, sob o risco de favorecer o próprio alastramento do uso descontrolado e inseguro de armas de fogo.

Em segundo lugar, em relação aos meios jurídico-civis, notadamente o ressarcimento por danos, a tendência de objetivação da responsabilidade civil, representada pela evolução de um modelo indenizatório de seguro, torna duvidosa a eficácia preventiva que o Direito civil pode suscitar perante as condutas de disparo. Essa dúvida confirma-se, considerando a conseqüente diminuição dos níveis de diligência do agente atirador estimulada pela transferência da responsabilidade dos eventuais danos à seguradora, o que, ademais, intensifica a perda de conteúdo valorativo da reprovação¹⁵⁵.

Por último, no que se refere ao Direito Administrativo, ao contrário do que se defende¹⁵⁶, a transferência dos problemas do direito penal moderno para essa esfera não é obrigatoriamente opção menos gravosa. O acentuado rigor das medidas sancionatorias, com vistas a elevar a eficiência da autoridade administrativa, não é passível de restrição somente aos casos verdadeiramente graves, em razão da ausência de garantias individuais formalizadas, o que possibilita a generalização e intensificação da intervenção estatal sobre a esfera de liberdade dos indivíduos (SCHÜNEMANN, 2005, p. 21).

¹⁵³ Quanto à incapacidade das normas de moral social suprirem a necessidade de tutela dos bens jurídicos de forma eficaz, Silva Sánchez (2002b, p. 58) afirma: “[...] as sociedades modernas, nas quais durante décadas se foram demolindo os critérios tradicionais de avaliação do bom e do mau, não parecem funcionar como instâncias autônomas de moralização, de criação de uma ética social que redunde na proteção dos bens jurídicos.”

¹⁵⁴ Ver item 4.1 deste trabalho.

¹⁵⁵ Em relação ao direito penal moderno de forma geral (cf. SILVA SÁNCHEZ, 2002b, p. 60).

¹⁵⁶ O principal arauto da descriminalização das áreas de expansão do Direito penal, Hassemer (2003, p.65), recomenda a regulação daqueles no âmbito administrativo, por meio de um “Direito de Intervenção”, considerado via mais adequada e eficaz. Sobre o “Direito de intervenção” ver Capítulo 2, nota 55.

Frente à verdadeira face das medidas administrativo-sancionatórias, dispensar-lhe todo o controle sobre uma conduta reconhecidamente grave, como é o disparo de arma, contribuirá, certamente, para o ressurgimento do mais puro punitivismo estatal sob uma outra “etiqueta”¹⁵⁷.

Constatada a insuficiência dos meios não penais em conferir uma proteção que prescindida da intervenção penal, reafirma-se o espaço à tutela penal da incolumidade pública, sem com isso querer reivindicar para essa esfera toda a responsabilidade no controle do uso das armas de fogo, desestimulando, se assim for, a promoção de políticas públicas adequadas, indispensáveis à verdadeira concretização do princípio da subsidiariedade (BOTTINI, 2007, p. 207).

A importância que rende ao Direito penal um lugar na tutela da incolumidade pública está estritamente condicionada à característica que o singulariza dentre os outros meios de controle social, qual seja, o alto grau de formalização sob o qual funciona o aparato jurídico-penal¹⁵⁸. Em outros termos, a contribuição da intervenção penal para a consecução do fim de conformação social dos níveis de incolumidade pública depende da concretização, no processo de aplicação da pena, dos parâmetros político-criminais estabelecidos para a legitimação do delito de disparo.

Portanto, ao lado da inexistência de uma alternativa que substitua por completo o Direito penal, o juízo de necessidade da intervenção penal está condicionado ao desempenho da administração da justiça na efetivação dos fins, em razão dos quais a norma foi criada.

Trata-se, a partir deste ponto, de valorar a idoneidade da incriminação do disparo de arma em permitir a aplicação correta da sanção penal.

A pretendida eficácia da justiça criminal está condicionada, em boa parte, à limitação de reações somente aos comportamentos verdadeiramente mais graves. Para tanto, a atuação prática deve estar amparada de um texto legal preciso, capaz de transmitir aos destinatários a inteireza das intenções e limites da decisão criminalizadora tomada pelo legislador¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Para além de uma “burla de etiquetas” através da intensificação de sanções administrativas sobre as modernas formas delitivas, Dias (DIAS, 2001, p. 50) chama a atenção, neste caso, para uma inversão no princípio da *ultima ratio*, ou melhor, “[...] um pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade ou de *ultima ratio* ‘de pernas para o ar’, ao subtrair à tutela penal precisamente as condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a *solidariedade com as outras pessoas* – as que existem e as que hão de vir.” [itálico nosso].

¹⁵⁸ Segundo Silva Sánchez (2002a, p. 251), a importância da formalização está compreendida na específica atenção, por parte do Direito penal, às finalidades garantíticas individuais, ressaltando, ainda, que essa característica deve ser tomada como ponto de referência constante na hora de valorar qualquer nova instituição ou proposta político-criminal.

¹⁵⁹ A exigência de precisão ao texto legal deriva do mandato de determinação, vertente material do princípio da legalidade que ordena ao legislador a redação de leis o mais precisas possível (SILVA SÁNCHEZ, 2002a, p. 254).

CAPÍTULO 5 ASPECTO DOGMÁTICO DO DELITO DE DISPARO

5.1. A inexpressividade do art. 15 da Lei 10.826/03¹⁶¹

A necessidade do desenvolvimento dogmático dos elementos descritos na figura típica do delito de disparo nos conduz a um retorno ao âmbito do sistema jurídico-penal.

Com o intuito de averiguar o grau de formalização do texto legal, a análise do problema mergulha no universo dogmático para revelar a capacidade do instrumental teórico e prático permitir ao operador jurídico o reconhecimento de importância penal somente nos casos concretos em que estejam presentes os parâmetros legitimadores do delito de disparo.

O tipo legal de crime tem como papel a fixação do marco de interpretação e conseqüente aplicação da norma penal. O cumprimento desse encargo fica a depender de uma técnica legislativa capaz de forjar os termos da lei de modo preciso e fiel ao conteúdo material¹⁶², de tal forma que o caráter especialmente reprovável que dele se expressa possa ser captado com precisão mediante a leitura do dispositivo legal¹⁶³ (ROXIN, 2006, §7, nm. 55, p. 219).

No que tange a esse rendimento interpretativo no âmbito do tipo legal de disparo, a aplicação prática do enunciado contido no artigo 15 da Lei 10.826/03 tem evidenciado certa esterilidade expressiva do texto legal. Tal deficiência está manifestada na superficialidade com que os operadores jurídicos reconhecem a relevância penal das hipóteses concretas de disparo, tendo em vista o fato no qual a determinação de um efetivo resultado de ofensa não é levado em conta como pressuposto da tipificação daqueles casos.

O reflexo dessa visão incompleta do conteúdo material do delito está projetado nas razões que compõem grande parte dos processos judiciais relacionados à aplicação do aludido dispositivo legal. Talvez em decorrência da ausência de um resultado típico que facilitasse a visualização da ofensa ao bem jurídico, as análises jurisprudenciais do delito de disparo

¹⁶¹ O artigo 15 da Lei 10.826/03 prevê como crime: “[...] 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.”

¹⁶² Trata-se da “função de garantia” atribuída ao tipo penal que, em um sentido político-criminal, consubstancia o cumprimento do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* pelo legislador, devendo criar “[...] com o teor literal do preceito um marco de regulação que é preenchido e concretizado pelo juiz.” (ROXIN, 2006b, §5, nm. 28, p. 148).

¹⁶³ Segundo Roxin (2006b, §5, nm. 11, p. 141), dentre as conseqüências do princípio da legalidade, uma delas exige que o legislador elabore o preceito penal de forma mais precisa, permitindo que nele reconheçam-se as características atribuídas à conduta punível.

concentram a força dos argumentos de reprovação do fato em torno do desvalor da ação, faltando empenho na valoração do resultado¹⁶⁴. Não é sem razão que, invariavelmente, as decisões de absolvição por atipicidade da conduta são tomadas somente em sede dos casos de inexistência da ocorrência do disparo¹⁶⁵ ou ausência de dolo ensejada por “disparo acidental”¹⁶⁶, ao passo que as decisões condenatórias consideram irrelevante para o cumprimento do tipo “[...] a avaliação subsequente sobre a ocorrência de efetivo perigo à coletividade.”¹⁶⁷

Toda essa dificuldade do operador em inferir o conceito material do delito por intermédio da análise do enunciado legal demonstra que, ao contrário do esperado¹⁶⁸, a descrição típica não é capaz de transmitir os aspectos do comportamento de disparo que o tornam relevante para o Direito penal e, portanto, que servirão para orientar o juízo legítimo de tipicidade da conduta concreta¹⁶⁹. Em outras palavras, tal deficiência expressiva impede o tipo penal de vincular o aplicador à opção político-criminal de intervenção mínima, já que os termos legais da descrição típica não oferecem ao operador indicativos que apontem para a necessidade de identificar a ofensa ao bem jurídico tutelado e a gravidade com que a conduta o afeta (aniquilando? Pondo em perigo?).

Portanto, a constatação de que o enunciado do art. 15 da Lei. 10.826/03 não expressa o conteúdo material do delito de disparo com a devida clareza, faz surgir uma desconfiança sobre a idoneidade da descrição legal em assegurar a interpretação dos elementos típicos e a conseqüente aplicação da pena, conforme os parâmetros político-criminais de legitimação do delito de disparo.

¹⁶⁴ O injusto penal é composto, em todo caso e sem exceções, da existência de uma ação desvaliosa, no que tange a sua finalidade, e de um resultado juridicamente desaprovado, em razão da causação de ofensa ao bem jurídico tutelado (ROXIN, 1997, §10, nm. 88, p. 320).

¹⁶⁵ Nesse sentido, indique-se acórdão da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Ap. Crim. n. 70.014.854.657, Rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello – DJ 20.09.06, (RIO GRANDE DO SUL, on-line). O mesmo entendimento é identificado em acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Ap. Crim. n.993.07.097070-7, Des. Rel. Cláudio Caldeira – DJ 5.03.09, (SÃO PAULO, on-line); Ap. Crim. n. 990.08110633-7, Rel. Des. Wilson Barreira – DJ 29.01.09, (SÃO PAULO, on-line).

¹⁶⁶ Indique-se acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Ap. Crim. n. 998318.3/6-0000-000, Rel. Des. Mariano Siqueira – DJ 23.04.07, (SÃO PAULO, on-line).

¹⁶⁷ Trecho do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Ap. Crim. n. 1.0177.05.002048-2/001, Rel. Des. Sérgio Resende – DJ 8.05.07, (MINAS GERAIS, on-line).

¹⁶⁸ Segundo Silva Sánchez (2002a, p. 312), as normas jurídico-penais são o sentido, a mensagem prescritiva que se depreende dos enunciados legais, entendidos estes como um conjunto de signos lingüísticos.

¹⁶⁹ Considerado um “conjunto de normas”, o Direito penal tem nas normas jurídico-penais o “[...] instrumento essencial de que se serve [...] para o cumprimento dos fins preventivos e garantísticos que justificam sua intervenção (como intervenção mínima) na sociedade.” (SILVA SÁNCHEZ, 2002a, p. 311, 373).

5.2 O reflexo dogmático do tipo legal inapto

A suspeita quanto à inaptidão da técnica legislativa para demarcar os limites de imposição da pena requer uma análise do conteúdo do juízo de tipicidade que se apreende da interpretação legal do delito de disparo, com o intuito de verificar se os parâmetros legitimadores estão materializados nos instrumentos dogmáticos que amparam a aplicação prática.

Segundo a doutrina majoritária, a consumação do delito de disparo aperfeiçoa-se com a simples realização da conduta descrita na figura típica, prescindindo da concretização, no caso concreto, de uma efetiva situação de risco a uma pessoa determinada¹⁷⁰ (JESUS, 2005, p. 12; DELMANTO, 2006, p. 648). Essa imagem de delito, desapegada da repercussão dos efeitos posteriores à conduta, ganha corpo com a interpretação do modelo de tipificação pela doutrina, que o classificou como crime de mera atividade (mera conduta) em razão da ausência de um resultado como elemento expreso no tipo legal¹⁷¹.

A julgar pela análise formal do modelo de tipificação, a referida classificação não seria motivo para preocupações em relação à concretização dos parâmetros político-criminais; todavia, observa-se uma verdadeira extensão deste juízo formal para o plano da análise material do delito, no sentido de ampliar a inexigência do resultado típico de modo a excluir a observância no caso concreto de efetiva afetação do bem jurídico. Em poucas palavras, essa interpretação da tipicidade contribui para derrogar o postulado da ofensividade no âmbito da aplicação judicial¹⁷² (JESUS, 2005, p. 9).

Como efeito prático dessa sobreposição de perspectivas na análise do tipo penal, tem-se a determinação do conteúdo objetivo da tipicidade reduzida à simples realização do comportamento legalmente previsto, conduzindo o aplicador a estabelecer o juízo de tipicidade das situações de disparo apenas com a identificação do sentido literal das palavras.

¹⁷⁰ Em análise da lei anterior, Capez assevera: “Na hipótese do art. 10 da Lei n. 9.437/97, contudo, a forma como foi redigido o tipo deixa claro que em momento algum se exige a prova da efetiva exposição de outrem a risco, o qual nem sequer é mencionado como elementar [...]” (1997, p. 23). No mesmo sentido, Gomes e Oliveira (2002, p. 44/54) alertam para a nova concepção de proteção proposta pela técnica legislativa, na qual “[...] já não se espera a produção de uma lesão ou perigo concreto a bens individuais para a incidência do direito penal.”

¹⁷¹ De forma expressa, Jesus (2005, p. 12) classifica os tipos de porte de arma e figuras análogas como “[...] crimes de mera conduta porque basta à sua existência a demonstração da realização do comportamento típico, sem necessidade de prova de que o risco atingiu, de maneira séria e efetiva, determinada pessoa.”

¹⁷² “Basta a realização de qualquer das ações nucleares [...] sendo irrelevante qualquer avaliação subsequente sobre a ocorrência, *in casu*, de efetivo perigo à coletividade.” (CAPEZ, 1997, p. 23).

Essa imagem do tipo penal distanciada do conteúdo material do delito, por conseguinte, permite a abertura de espaços de arbitrariedade na aplicação judicial, viabilizados pelo testemunho doutrinário a favor de um conceito formal da tipicidade do delito de disparo, sob o qual resta encoberta a incidência da intervenção penal diante de condutas socialmente adequadas ou de danosidade insignificante¹⁷³.

Demonstrada a possibilidade de o operador jurídico reconhecer como penalmente típicas condutas de disparo que não atendam os parâmetros político-criminais, a desconfiança sobre a idoneidade do instrumento legislativo para assegurar a efetivação da tutela penal de forma legítima fica confirmada.

5.3 O injusto penal: uma chance de recuperar a idoneidade do tipo penal

Esclarecida a causa do problema dogmático na inexpressividade da técnica legislativa que aflige a compreensão do conceito material do delito de disparo, cabe, no entanto, reconhecer que as dificuldades operacionais daí derivadas não implicam em negar a existência do caráter penalmente reprovável da conduta de “disparo em local destinado à comunidade”. De uma forma mais clara, a inconsistência dogmática do delito de disparo não se deve à irrelevância penal do fato, mas à forma como essa característica foi prevista na lei.

Alheio a uma adequada compreensão das novas sínteses político-criminais que a tutela da incolumidade pública ensejou na criminalização do disparo, o legislador de 2003¹⁷⁴ estruturou o conteúdo material do delito a partir das opções de construção típica que estavam à mão, confeccionando um tipo penal aberto. Tal modelo de tipificação apesar de ter oferecido suporte à intensa carga normativa da matéria mediante termos indeterminados, não foi capaz de elucidá-la por meio de uma descrição mais minuciosa das circunstâncias nas quais o comportamento de disparo torna-se proibido¹⁷⁵.

O aludido empobrecimento da retórica descritiva decorre do tradicional processo de tipificação determinado pelo paradigma científico da já mencionada “razão técnico-

¹⁷³ Nesse ponto, a construção típica do delito de disparo de arma de fogo aproxima-se da tendência “deformalizadora” do Direito penal, presenciada nos tempos atuais (SILVA SÁNCHEZ, 2002a, p. 255).

¹⁷⁴ Fazendo, aqui, alusão ao ano em que foi sancionada a Lei 10.826 (Estatuto do Desarmamento) que prevê o delito de disparo de arma de fogo.

¹⁷⁵ Em termos classificatórios, o tipo penal do disparo de arma de fogo representa as características do chamado “tipo aberto”, um técnica de tipificação na qual o legislador não “[...] descreve exaustivamente em todos os seus aspectos o objeto de proibição.” (ROXIN, 2006, §10, nm. 43, p. 298). No mesmo sentido (cf. TOLEDO, 1994, p. 136).

instrumental calculadora”¹⁷⁶, a qual restringe a análise do objeto a sua estrita objetividade, impedindo, assim, que a descrição do comportamento proibido penetre na realidade normativa que lhe confere significado desvalioso.

Com essa tentativa de “enxergar o presente com os olhos do passado” (PERELMAN, 1997, p. 31, *apud* SALVADOR NETTO, 2006, p. 34), o legislador imprimiu uma imagem do delito de disparo incapaz de expressar os critérios de interpretação e materialização do seu significado penalmente relevante, tão caros à imposição legítima da pena. Em termos mais claros, a linguagem rasa com a qual o delito foi descrito mantém oculta a ofensividade do bem jurídico-penal, produzida pelo comportamento de disparo “em lugar habitado” ou “em via pública”.

Ausente, portanto, uma visão explícita da imagem penalmente relevante do delito de disparo, surge a necessidade dogmática de revelá-la por meio da definição de um bem jurídico concretizado na situação de disparo e da respectiva forma de ofensa presente no fato. Em poucas palavras, cabe desvelar o injusto implícito no tipo penal.

Por meio desse desejado aperfeiçoamento dogmático será possível dar condições para que o aplicador desperte da “ingenuidade teórica naturalística”¹⁷⁷ e enxergue a importância penal apenas nos casos em que estejam presentes os parâmetros político-criminais estabelecidos para a legitimação do delito disparo de arma de fogo.

Finalmente, a definição dos elementos que constituem o injusto penal de disparo abrirá uma via para resgatarmos a confiança na idoneidade do tipo penal descrito o art. 15 da Lei 10.826, através da qual poderá ser alcançada a prometida consolidação da legitimidade da incriminação do comportamento de disparo de arma de fogo.

5.3.1 O objeto de proteção: uma concretização da incolumidade pública perante a conduta típica

Analizadas as decisões jurisprudências como reflexo da deficiência operacional do tipo penal de disparo, o conseqüente alheamento das respectivas razões de um claro referencial do

¹⁷⁶ Ver Capítulo 2, nota 45. Sobre o paradigma da “razão técnico-instrumental calculadora” e a respectiva crise dessa forma de pensar a Ciência e a sociedade (cf. DIAS, 2001, p. 46; FERNANDES, P.S., p.110 et. seq.).

¹⁷⁷ Faz-se, aqui, referência ao que Schünemann (1991, p. 47-49) aponta ser o verdadeiro erro da concepção de Von Lizst, qual seja, o fato de acreditar “[...] que os problemas valorativos já estavam resolvidos no Código Penal, não tendo advertido que, por exemplo, no que toca à Parte Geral, a imensa maioria dos problemas normativos nem sequer tinha sido percebida pelo legislador e pela ciência penal do século XIX, quanto menos ainda poderia ter sido resolvida.”

conteúdo material do delito possibilita o surgimento de verdadeiros “déficits de execução” na tutela penal da incolumidade pública, por meio dos quais ora são condenados casos de bagatela, ora são absolvidos casos de ofensa grave ao bem jurídico-penal.

Frente a essa eventual contraprodução do sistema penal, a definição do bem jurídico tutelado pelo tipo adquire enorme relevância, pois surge como um critério apto a fixar uma base para o reconhecimento de condutas de disparo intoleráveis em medida relevante para o Direito penal (SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 156).

Para tanto, a determinação do objeto de tutela subjacente ao tipo encontra um referente seguro na valoração político-criminal¹⁷⁸ que estabelece a essencialidade da incolumidade pública, pois além de conceder espaço para o bem jurídico ser configurado conforme a realidade do caso concreto, mantém a preocupação com a capacidade crítica da concepção resultante daquela aproximação.

Na esteira desse raciocínio, a definição do objeto de tutela do tipo penal de disparo deve expressar um conceito que abarque a esfera de atuação do homem no plano coletivo. Em detalhes, a noção de incolumidade pública que se quer revelar deve abranger o conjunto de condições sociais indispensáveis para o livre desenvolvimento da personalidade humana no meio de vivência coletiva.

A necessidade de uma definição na qual sejam captadas as condições sociais para o desenvolvimento do homem como membro da sociedade requer a adoção de uma concepção supra-individual¹⁷⁹ (ou universal) de bem jurídico¹⁸⁰, pois se trata de um interesse comum a todas as pessoas, indistintamente.

Todavia, essa inevitável ampliação do objeto de proteção desloca o respectivo referencial de imediata afetação do indivíduo para a coletividade, acarretando a dificuldade da materialização do bem ante a situação fática. Concretamente, a identificação da incolumidade pública como objeto de afetação da conduta de disparo perde consistência visual se tomado

¹⁷⁸ O apregoado, em verdade, vem cuidar de colocar em prática a orientação metodológica, sobre a qual o nosso trabalho está proposto, para que, neste momento, a dogmática incline-se à compreensão do caso concreto, tencionada ao cumprimento dos parâmetros político-criminais estabelecidos para a legitimação do delito de disparo de arma de fogo.

¹⁷⁹ A adoção do termo “supra-individual” para classificar o bem jurídico da incolumidade pública não tem a intenção de definir a específica titularidade do bem, mas sim, fazer referência a sua natureza não individual, comum a todas as nomenclaturas que expressam bens jurídicos de amplo espectro. A título de brevíssima sistematização, é possível englobar os chamados bens *coletivos, institucionais e difusos* como espécies do gênero supra-individual, universal, meta-individual, comunitário, social ou ultra-individual (SOUZA, 2004, p. 298, nota 37).

¹⁸⁰ Nesse sentido, Bustos Ramirez (1986, p.158) aponta como particularidade das novas entidades de proteção do Direito penal, a acentuação do seu “caráter massivo e universal”, pois “[...] não só se trataria de relações sociais básicas dentro do sistema e por ele mesmo configuradoras da ordem social (por tanto, fundamentais para cada membro da sociedade), mas que ademais estariam referidas ao funcionamento mesmo do sistema e, portanto, referidas a cada sujeito em seu afazer cotidiano.”

em conta um referente que não seja uma pessoa ou uma coisa individualizada, ao contrário do que se observa no tipo penal de incêndio e correlatos, inscritos no CP¹⁸¹.

Frente a essa particularidade do objeto, a tradicional teoria do bem jurídico, ancorada em uma dimensão naturalista das relações sociais¹⁸², não é capaz de fornecer subsídios que permitam visualizar a incidência da conduta típica na incolumidade pública, que, apesar de estar presente na realização das interações anônimas – visto que fornece sustentação a essas -, carece de um “substrato naturalístico tangível”, nos moldes dos clássicos bens jurídicos individuais” (FIGUEIREDO, 2008, p.171).

Essa concepção desmaterializada de bem jurídico, em verdade, é fruto do descolamento da sua entidade axiológica como forma de permitir que a categoria, tradicionalmente presa a um objeto material estático, acompanhe o dinamismo das complexas relações sociais, podendo, no entanto, permanecer exilada em instâncias extrapenais, ou seja, restar insusceptível a um reconhecimento jurídico-penal se não superar uma descrição construída a traços largos¹⁸³.

Diante desse desligamento da perspectiva tradicional, a alocação do bem jurídico deve ter como ponto de partida, para além de uma constatação empírica de sua existência, uma construção valorativa com base no âmbito social em que está presente¹⁸⁴, pois boa parte da consistência da incolumidade pública advém do seu substrato sociológico.

Portanto, no contexto das interações anônimas, a incolumidade, entendida como proteção das condições sociais para a vivência coletiva do homem, adquire um sentido de asseguarção da “regularidade dos contatos sociais”¹⁸⁵, em razão da forma repetitiva, mas não menos incontrolável com que os contatos humanos são estabelecidos nesse tipo de interação.

¹⁸¹ Sobre a análise dogmática de todos os crimes contra a incolumidade pública, reunidos no Código penal sob a epígrafe de crimes de perigo comum (cf. BITENCOURT, 2004, v. 4, p. 169 et. seq.).

¹⁸² No mesmo sentido, Kargl (2000, p.51): “a teoria dos bens jurídicos, desde sua gênese em Birnbaum e sua continuação por Liszt, permanece ancorada em uma visão naturalista do mundo”.

¹⁸³ Convencido dessa possibilidade, Müssig (2001, p. 159) considera insustentável a teoria do bem jurídico em sua configuração atual: “[...] a falta de vigor da teoria dominante do bem jurídico para poder contrapor objeções práticas e teóricas à atual evolução político-criminal, e também os argumentos da ‘teoria pessoal do bem jurídico’ evidenciam [...] que a dimensão prático-social da concepção do Direito Penal como proteção de bens jurídicos quebrou-se.”

¹⁸⁴ Nesse sentido, Moccia (1997, p. 125): “[...] um primer referente a considerar para la correcta reconstrucción del objeto de la tutela penal viene dado por el hecho que em um orden normativo-institucional expresivo de los valores del Estado social de Derecho, el ordenamiento debe resultar contextual de las prerrogativas supraindividuales. Se privilegian, al mismo tiempo, las exigências de connotación solidária, de una vida de relación en una sociedad vista no como una entidad estática, sino em constante evolución; por tanto, el bien se toma em consideración por su relación, desde el punto de vista de intereses, con el titular: ello se aprecia en las funciones de desarrollo y de expresión de la personalidad em la sociedad civil”.

¹⁸⁵ A expressão foi construída com base na concepção de incolumidade pública revelada, pelo Prof. Fernando A. Fernandes, como sendo as “[...] necessidades de se assegurar que os contatos sociais ocorram de forma regular e segura [...]” (FERNANDES, F., 2009, não publicado).

Em outros termos, diante de relações cotidianas, cuja fugacidade e impessoalidade reduzem naturalmente os níveis de solidariedade, o funcionamento regular dos contatos que estabelecem essas interações assume o papel de condição indispensável para o homem realizar os seus afazeres junto aos outros comunitários, pois a ausência de maior ou possível conhecimento interpessoal inviabiliza o regramento espontâneo dessas atividades (JAKOBS, 2003a, p. 34).

Realizada a aproximação do contexto que atribui sentido ao bem jurídico, o conceito de “regularidade dos contatos sociais” revela a presença da incolumidade pública como uma necessidade real da vida do homem, permitindo reconhecer a existência do bem nas relações sociais de forma localizada e, por certo, menos abstrata. No entanto, a amplitude da expressão “regularidade dos contatos sociais” não oferece à definição do bem jurídico um conteúdo suficientemente preciso para possibilitar a individualização de um contato irregular no caso concreto. Em termos mais claros, a ausência de uma definição mais específica de “regularidade” torna difícil visualizar sua afetação pela conduta de disparo.

Antes de antecipar juízos repulsivos à expressão, cabe reconhecer como plausível o fato de um conceito advindo do universo extra-penal não atender de forma acabada às exigências próprias da teleologia penal. Sem querer, com isso, aceitar como impossível a tarefa de determinação do conteúdo da incolumidade pública, a ponderação desperta a atenção para a necessidade de determinar o bem jurídico por meio da especificação do seu conceito normativo, como forma de alcançar uma definição do objeto de tutela adequada aos parâmetros político-criminalmente estabelecidos para a legitimação do delito de disparo.

Em razão do raciocínio acima exposto, não nos parece correta a atitude de determinar o bem jurídico da incolumidade pública de uma forma absolutamente autônoma aos interesses pessoais que estão na origem dessa ampliação de tutela. O que implica em determinar o conteúdo do bem sem uma referência clara às necessidades diretamente relacionadas ao livre desenvolvimento da pessoa humana¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Ao que tudo leva a crer, a postura criticada é adotada por Gomes e Oliveira (2002, p. 53), uma vez que determinam o conteúdo do bem jurídico tutelado pela Lei 9.437/97 como sendo os “[...] *níveis mínimos de segurança*, alcançados e representados pela criação de uma série de formalidades e controles sobre as armas”. Os autores reiteram, ademais, que “no caso concreto da segurança [bem jurídico definido], apesar de sua aparente conexão com os interesses individuais (denominados vida, incolumidade ou patrimônio da cada um), sobressai seu perfil autônomo e inconfundível, que lhe garante um tratamento jurídico independente.” (GOMES; OLIVEIRA, 2002, p.49).

Tal absolutização é fruto de uma vertente teórica que concebe os bens supra-individuais como interesses desconectados e contrapostos aos bens individuais¹⁸⁷. Com efeito, os esforços de determinação do conteúdo do bem prescindem da reaproximação de seu significado a uma realidade concretamente vivida pelas pessoas, em favor da conservação de um tratamento jurídico diretamente voltado para interesses da sociedade, concebidos como fins em si mesmos.

Em termos práticos, uma compreensão da incolumidade pública sob uma concepção alheia a um conteúdo pessoal acarretaria a definição do bem como sendo simplesmente uma das características da interação social, atribuindo ao conceito de “regularidade dos contatos sociais” um significado ideal, dificilmente representado por uma realidade concreta. Conseqüentemente, a demonstração da afetação produzida pela conduta típica ao objeto de tutela restaria no plano das presunções jurídicas, em razão da grande distância entre a “magnitude” do bem e a efetiva lesão que a conduta está verdadeiramente apta a realizar. Ademais da presunção de afetação, a conceituação idealizada atribuí ao bem ares de onipresença, permitindo adaptá-lo a qualquer situação, mesmo àquelas em que não está em causa uma atividade dele dependente.

Portanto, a definição do bem jurídico por meio de uma determinação absolutamente autônoma mostra-se dogmática e político-criminalmente inadequada, pois, além de não proporcionar um esclarecimento do conteúdo do tipo penal, pode inviabilizar a delimitação da intervenção penal na medida em que apresenta um conceito concretamente intangível.

Por outro lado, nada sensato seria buscar a necessária concretude do bem no outro extremo da questão, submetendo a proteção da incolumidade pública somente aos casos nos quais seja possível constatar uma real afetação (lesão ou exposição a perigo concreto) a um dos bens individuais que estão na razão da antecipação de tutela¹⁸⁸.

Essa postura é defendida por uma concepção monista-pessoal ou monista-individual dos bens jurídicos, que enxerga e admite os bens supra-individuais como meros instrumentos

¹⁸⁷ Trata-se, aqui, da referência à teoria dualista de configuração dos bens jurídicos, que tem seu principal representante em Tiedmann, cujo pensamento acentua a diferenciação teórica entre bens jurídicos supra-individuais e os individuais ao ponto de desvincular qualquer ligação dos interesses sociais com o indivíduo concreto (SOUZA, 2004, p. 296-297).

¹⁸⁸ Expressando essa postura, Nestler (2000, nota 28, p. 69) define o objeto de tutela do “delito de detenção de armas de fogo”, previsto na Lei de Arma (*Waffengesetz*) alemã, como a “proteção dos bens jurídicos principais de terceiros”, complementando, de forma mais explícita, que “se entendemos que o legislador quer ver protegidos não só os cidadãos, mas, antes de tudo, a segurança pública não há dificuldade em reconduzir este interesse à proteção de bens jurídicos individuais”. Nessa esteira, Fiandaca (2000, p. 432) concebe a incolumidade pública apenas como uma concretização da antecipação de tutela da vida e da integridade dos indivíduos singulares.

de proteção dos bens jurídicos tradicionais¹⁸⁹. A partir dessa perspectiva apegada ao referente pessoal de corte individualizado, uma parte fundamental da nova entidade da incolumidade pública pode ser drasticamente suprimida do âmbito de tutela penal, pois uma visão voltada somente às preocupações de restrição do *ius puniendi*¹⁹⁰ deixa passar despercebido o prejuízo direto de necessidades humanas indispensáveis à plena realização dos bens individuais na coletividade, como, por exemplo, a circulação em vias públicas.

Concretamente, a redução da tipicidade à presença de um bem individual no momento da conduta de disparo, além de denegar proteção às realidades concretas integrantes da esfera de vivência coletiva do homem, corre o risco de desencadear a permissão do uso irregular de armas de fogo nos espaços de convivência pública.

Em suma, restringir o conteúdo da incolumidade pública aos casos que ameaçam a vida ou integridade física de terceiros também não atende aos anseios dogmáticos e político-criminais do bem jurídico. A análise do tipo restrita à tangibilidade dos bens individuais estimula uma compreensão parcial do objeto de tutela¹⁹¹, bem como deixa descoberta de proteção uma parte da existência humana indispensável ao livre desenvolvimento, consagrada constitucionalmente na esfera axiológica de vivência coletiva do homem (FIGUEIREDO, 2008, p. 176).

Constatada a inadequação das atitudes extremadas, o caminho para o retorno a um conceito da incolumidade pública de contornos claros e precisos será aquele ainda não percorrido pelas tentativas anteriores. Tanto a definição absolutamente autônoma quanto aquela rigidamente vinculada ao ente individualizado desviam-se de um enfrentamento que procure definir o conteúdo pessoal, porém não individualizado, do bem jurídico da incolumidade pública.

Trata-se, aqui, de resgatar a aludida importância da especificação do conceito de “regularidade dos contatos sociais” - mantida intocada pelas posturas acima - para executar a tarefa de determinação do conteúdo da incolumidade pública.

Dessa forma, a especificação requer que o significado da “regularidade dos contatos sociais” seja revelado por meio de uma concretização no âmbito das interações anônimas,

¹⁸⁹ Representada principalmente por Hassemer, a teoria monista-pessoal concebe o objeto de tutela penal pelo que considera o único e/ou primeiro e imediato referencial, a pessoa individual e o seu livre desenvolvimento, colocando os bens supra-individuais em um plano totalmente inferior aos bens jurídicos individuais, pois entende que “[...] aqueles não possuem autonomia e menos ainda supremacia, sendo conseqüentemente sempre hierarquicamente inferiores diante dos bens jurídicos individuais.” (SOUZA, 2004, p. 289-293).

¹⁹⁰ Segundo Santana Vega (2000, p. 89), a concepção monista individualista move-se na tradição dogmática do pensamento do bem jurídico, que reconhece nesse a representação da manutenção de um *status* de defesa da pessoa perante o Estado.

¹⁹¹ Nesse sentido, Schünemann (1999, p. 648) acusa a concepção monista-pessoal de uma profunda má compreensão dos bens ecológicos, o que acarreta no melhor dos casos soluções parciais aos insuportáveis danos produzidos ao meio ambiente.

permitindo acolher os interesses materialmente imperceptíveis que compõem condições imprescindíveis para a convivência coletiva.

Ademais, para que a concretização possa tornar clara essa imprescindibilidade, que, a nosso ver, atribuirá precisão ao conteúdo pessoal do bem jurídico, os interesses imateriais, aos quais o funcionamento regular dos contatos garantirá realização, devem ser aqueles que satisfazem necessidades ou benefícios eminentemente humanos, num sentido de promover o desenvolvimento do indivíduo para consigo mesmo e, sobretudo, dele para com as outras pessoas de forma solidária.

Portanto, o significado da expressão “regularidade dos contatos anônimos” pode ser mais bem determinado a partir da definição dos interesses humanos que restam prejudicados com o estabelecimento de um eventual contato social irregular (FIGUEIREDO, 2008, p. 188).

Assim, o bem jurídico-penal da incolumidade pública pode ser reconhecido nas interações sociais em que a regularidade dos contatos é necessária para preservar, não somente, a vida e a integridade física dos indivíduos, mas, sobretudo, as outras necessidades pessoais impalpáveis que somente realizam-se em regime comunitário, como as atividades de transporte, circulação, habitação e lazer, não menos imprescindíveis para o pleno desenvolvimento humano.

Concretamente, um disparo torna-se susceptível de afetar a regularidade dos contatos sociais em uma via pública ou lugar habitado, não exclusivamente por ser capaz de atingir a vida ou integridade física das pessoas que estejam transitando naquele momento, mas, sim, por causar prejuízos à execução dos afazeres que o homem realiza junto ao meio coletivo.

Esclarecida a existência de interesses humanos outros sustentados pela regularidade dos contatos anônimos, a visualização do bem jurídico perante a conduta típica adquire nitidez suficiente para individualizar um desvalor consistente no tipo penal, permitindo estabelecer um ponto de partida para o reconhecimento de comportamentos de disparo merecedores de pena.

Dessa forma, serão penalmente reprováveis apenas os comportamentos típicos que põem em causa uma das necessidades humanas, incluídas no “conglomerado”¹⁹² de interesses que preenche o espectro axiológico irradiado pela incolumidade pública.

Portanto, a definição da noção de incolumidade pública como sinônimo de “regularidade dos contatos sociais” revela idoneidade suficiente para singularizar um objeto de incidência na realidade concretamente vivida pelas pessoas, sem, no entanto, converter o

¹⁹² Nesse sentido, é a concepção de Figueiredo (2008, p. 185) quanto à definição do bem jurídico do meio ambiente: “Longe, portanto, de estar orientada somente à saúde das pessoas, a tutela dos equilíbrios ecológicos das águas, ar e solos tem, na realidade, um caráter *poli-instrumental*, resultando, assim, num conglomerado, com vida própria, de interesses da mais variada ordem, incluído, obviamente, o interesse na manutenção da vida humana incólume e saudável.”

tipo penal de disparo em uma modalidade delitiva restrita aos ataques diretos à “integridade psíquico-física das pessoas” (FIGUEIREDO, 2005, p.185-186).

5.3.2 O resultado da conduta: uma determinação da ofensa à incolumidade pública

Demarcado o ponto de ataque da conduta típica, resta determinar as conseqüências desvaliosas dessa agressão, ou seja, demonstrar de que forma um disparo é capaz de prejudicar a satisfação daqueles interesses contidos no objeto de proteção. Essa busca por uma mais detalhada relação entre a conduta de disparo e a decorrente ofensa ao bem jurídico permitirá revelar o injusto penal de forma acabada, delimitando os efeitos não indicados na descrição legal, apesar de relevantes para o fato delitivo.

Ante o silêncio do legislador sobre a determinação de um resultado socialmente desvalioso, uma vez mais a interpretação do conteúdo material do delito buscará a referência no guião político-criminal, notadamente, na valoração da ofensividade do comportamento de “disparo em local destinado à comunidade”.

Balizado pela síntese de fins jurídico-penais depreendida do referido parâmetro, o desvelo dogmático da ofensa seguirá empenhado em configurar uma forma de resultado que expresse os efeitos da conduta para a “esfera de manifestação”¹⁹³ do bem jurídico tutelado, ou seja, para as condições sociais de vivência coletiva do homem. Desse modo, o resultado produzido pela conduta típica surge quando a ação de disparo afeta as condições sociais que a incolumidade pública assegura. Em termos mais acabados, o desvalor do resultado inerente ao injusto penal de disparo consiste em uma afetação à regularidade dos contatos sociais, já que essa é condição indispensável à vivência do homem no âmbito das interações coletivas e anônimas.

Todavia, a determinação dessa afetação mediante um resultado da ação, concretamente verificável na situação real, pesa em demasia sobre os ombros da teoria convencional de valoração do resultado jurídico-penal, tendo em vista que essa visão limita-se a reconhecer como ataque efetivo ao bem jurídico somente as condutas cujos efeitos têm a materialização

¹⁹³ Sobre o significado da expressão, D’Avila (2005, p.162) explica: “[...] quando falamos em *campo de atuação* ou *esfera de manifestação* do bem jurídico, estamos referindo-nos precisamente a esse halo, a este espaço necessário à própria existência do bem jurídico como *categoria dinâmica*, ou seja, categoria jurídica que somente alcança a completude da sua normativa intencionalidade se entendido no dinamismo que a sua expressão exige.”

naturalmente desprendida da ação¹⁹⁴. Diante desse juízo de valoração inerte, os delitos que não consubstanciam um resultado materialmente distinto da ação são considerados infrações de mera desobediência à proibição legal¹⁹⁵, incapazes de uma ofensa ao objeto de proteção, já que a conduta típica, tomada em concreto, não traz prejuízos visíveis para a existência do bem jurídico (ANTONIO BERISTAIN, 1969, p. 452-453).

Frente a essa perspectiva, o delito de disparo tende a ser enquadrado no grupo acima, considerando que o caráter espiritualizado da incolumidade pública não oferece subsídios materiais para que os efeitos sobre ela possam ser percebidos como uma alteração da dimensão do “real-verdadeiro” (D’AVILA, 2005, p. 89). Conseqüentemente, a gravidade da afetação à regularidade dos contatos sociais fica a carecer de um suporte real que possibilite ser visualizada, reforçando a impressão de que as situações reais de disparo nada produzem de socialmente danoso.

Longe de retomar o questionamento quanto à insuficiência ofensiva da conduta de disparo, a dificuldade em perceber o desvalor da afetação aponta para a necessidade de apreendê-lo mediante a compreensão do conteúdo normativo que o tipo penal não traduz de forma evidente (D’AVILA, 2005, p. 160).

A porta de entrada para tal realidade normativa nos é aberta pelo horizonte compreensivo da “relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo”, no qual o significado penalmente relevante da conduta típica de disparo tem o seu sentido traduzido como uma oscilação da relação de cuidado-de-perigo que está consubstanciada na proteção do bem jurídico tutelado (COSTA, 2000, p. 632). Assim sendo, o resultado produzido pela conduta de disparo terá a substância de seu significado desimplicada a partir de uma valoração perante a relação de cuidado que a incolumidade pública suscita.

Traduzida como uma relação de cuidado, a regularidade dos contatos sociais pretende manter estáveis relações de “cuidado comunitário”, a partir das quais, segundo Costa (2000, p. 319), “se encontra a segurança, a carência de perigo”¹⁹⁶. Detalhadamente, o funcionamento

¹⁹⁴ Construída para retratar as modalidades delitivas de corte individualizado, a concepção de resultado confia à consistência não apenas do seu aspecto naturalístico, mas igualmente do aspecto normativo, na presença de um resultado material. Sobre a evolução das teorias do resultado (cf. ANTONIO BERISTAIN, 1969, *passim*).

¹⁹⁵ O delito de mera desobediência, concebido por Binding, corresponde à terceira linha de defesa estruturada pelo Direito penal para impedir o cometimento de fatos delitivos. Em tal estrutura de proteção penal observa-se apenas uma desobediência à proibição contida na lei penal, sendo o fato desprovido de qualquer perigosidade para o bem jurídico (ANTONIO BERISTAIN, 1969, p. 453).

¹⁹⁶ Tanto para a categoria do cuidado quanto para a concepção de segurança, Costa (2000, p. 249) as admite em uma acepção solidária. Segundo o autor, “[...] o étimo fundante da segurança está, por conseqüência, em uma idéia de pluralidade, de teia plural [...]”, não em “[...] um quid externo e heterônomo que demarque espaço de actuação [...], nem sequer é o estágio totalmente definível pela ausência de perigo ou pela possibilidade de defesa contra actos agressores. A segurança, a ‘minha’ segurança, passa pela abertura solidária que ‘eu’ me ‘seguro’ com os outros e pelos outros.” No mesmo sentido, o cuidado que individualmente cada membro da comunidade tem para consigo mesmo, só tem sentido e validade se for observado junto ao cuidado com os outros (COSTA, 2000, p. 249).

regular dos contatos sociais possibilita uma tranqüilidade para o estabelecimento das interações, pois, em termos ontológicos, a regularidade existe quando os indivíduos atuam com cuidado uns em relação aos outros, em medida para que esse agir não acrescente aos demais comunitários preocupações com os eventuais perigos inerentes à atividade desempenhada.

Assim, o uso de arma de fogo assume gravidade intolerável quando praticado em um local destinado à comunidade, porque o emprego de um objeto perigoso¹⁹⁷ dentro de relações dependentes da mencionada tranqüilidade, converte essa atuação em uma perversão da relação de cuidado comunitário, na medida em que a conduta de disparo impõe aos outros que levem em conta a possibilidade de serem atingidos por artefatos fatais ao participarem coletivamente da sociedade.

Esse acréscimo de preocupação, a ser levado em consideração pelos participantes da vida coletiva, inviabiliza a manutenção da tranqüilidade/confiança nas interações, por ser essa a condição indispensável à realização dos interesses humanos assegurados pela incolumidade pública.

Tocada a esfera do objeto de proteção, é possível identificar um resultado produzido pela conduta de disparo frente o funcionamento regular dos contatos sociais, consubstanciado na subtração da tranqüilidade no âmbito das interações, fato desencadeado pela imposição do risco que a conduta típica representa em um dado ambiente.

Portanto, a análise da realidade normativa na qual o delito de disparo está inserido permite elucidar a existência no tipo penal de um resultado, que consiste na criação de uma situação de intranqüilidade nas interações sociais, fruto do acréscimo de risco aos seus participantes. Resultado esse, que apesar de acentuadamente normativo, não deixa de representar um substancial desvalor susceptível de ter sua existência reconhecida no âmbito social no qual está inserido, uma vez não haver dúvida de que no caso de disparo em uma via destinada à circulação de pessoas a intranqüilidade que gera é percebida e vivenciada por todos ali presentes (D'AVILA, 2005, p. 164).

Ademais, descortinada a relevância penal do resultado como intranqüilidade nas interações, é possível afastar a impressão de inocuidade das situações reais de disparo, já que o reconhecimento de desvalor em um efeito distinto da conduta, mas não menos alcançável

¹⁹⁷ Apesar da menção ao caráter naturalmente perigoso da arma de fogo, não se quer atribuir a esse objeto em si a afetação do bem jurídico, mas, pelo contrário, atentar para a influencia do ambiente na significação dessa perigosidade latente. Atentando para a condição neutral do simples posse de arma de fogo, Nestler (2000, p. 65) esclarece: “[...] ni la posesión de gasolina, ni la tenencia de un cuchillo, como tampoco la de una metralleta o de un coche afectan por sí misma a los bienes jurídicos, sino, a lo sumo, el uso que de estos objetos se haga.”

por ela, reforça a consistência da ofensa que está implícita no injusto penal, permitindo-nos, ainda, retirar-lhe a pecha de mera desobediência.

Quanto a essa última afirmação, contudo, o seu desimpedimento fica a depender de um acerto da ofensa junto aos elementos reais do fato concreto, para que sirva de critério capaz de identificar o conteúdo material do delito nos casos singulares (D'AVILA, 2005, p. 157-158). Somente tendo posta à prova essa capacidade delimitadora do respectivo desvalor, será prudente confiar o resultado de ofensa na intranqüilidade das interações sociais como uma interpretação legítima do injusto penal.

Diante dessa premissa, não nos parece viável determinar a situação de intranqüilidade nas interações como uma efetiva lesão à incolumidade pública. Conforme essa opção teórica, a conduta típica implica em uma lesão ao bem jurídico, pois “reduz o nível mínimo de segurança que deve existir nas ‘relações sociais’”¹⁹⁸ (JESUS, 2005, p. 11). A convicção por tal nível de ofensa apóia-se em uma concepção de lesão *sui generis*, diversa da noção de intromissão na dimensão natural do bem, susceptível de comprovação empírica.

Incorporada a compreensão imaterial do bem jurídico, esse pensamento considera desnecessário fazer depender a intervenção penal de um resultado processualmente imponible. A justificativa para tal dispensa é relacionada ao caráter coletivo das condições de estabelecimento das atuais interações sociais, o qual as impede de ser reduzidas a fatos individualizados para atender exigências de demonstração processual¹⁹⁹.

Todavia, em que pese o acerto em conservar o ponto de apoio na dimensão normativa, a determinação da ofensa à incolumidade pública na forma do que parece ser uma lesão espiritualizada mostra-se infrutífera à luz do parâmetro hermenêutico fixado acima. O completo desapego a tentativa de manifestar concretamente o dano no caso individual mantém intocada a amplitude semântica do conteúdo de desvalor contido na expressão da “intranqüilidade”. Ante tal imprecisão, a capacidade ofensiva da conduta pode ser reconhecida em todas as situações, até mesmo nas hipóteses de disparo em que as interações comunitárias não mais dependam primordialmente da tranqüilidade gerada pela regularidade dos contatos sociais. Por essa ótica, todo disparo com arma em condições naturais de

¹⁹⁸ Compartilhando do mesmo entendimento, Gomes e Oliveira (2002, p. 275) afirmam: “[...] o disparo, nos locais indicados no tipo, rebaixa, afeta, danifica, lesa o nível de segurança protegido pela norma. É dizer: lesa o bem jurídico. É crime de lesão a um bem jurídico coletivo, que pertence a todos, isto é, a um número indeterminado de pessoas.”

¹⁹⁹ Para confirmar o argumento acima, Kindhäuser (1995, p. 445) menciona a impossibilidade de demonstrar processualmente a confiança que deriva da veracidade dos documentos e registros públicos, condição imprescindível, contudo, para a estruturação das interações nesse âmbito.

funcionamento, apta para ferir ou matar²⁰⁰, será penalmente significativo perante a manutenção de tranqüilidade nas interações sociais, independente do estado real em que se encontra esse contexto. Por termos mais claros, a inexistência da manifestação do dano na realidade impede o interprete de diferenciar entre uma conduta praticada perante interações que dependam em maior ou menor medida da regularidade dos contatos sociais para se estabelecerem.

Em verdade, a tese que procura determinar a ofensividade do injusto penal de disparo como lesão não consegue retornar a análise do fato delitivo de volta ao plano real dos acontecimentos²⁰¹. Essa excessiva normatividade impede a teoria de configurar um critério capaz de identificar no caso concreto as circunstâncias externas à conduta, responsáveis por fazerem dessa um risco relevante. Alheia à concreção das interações sociais que condicionam a relevância do risco, a tese restringe o conteúdo material do injusto ao âmbito da relação entre o agente e o instrumento utilizado, determinando a ofensividade na “danosidade do real do objeto material” e nas condições de “disponibilidade” da arma pelo agente²⁰².

Isolada na realidade normativa, a expressão da situação de intranqüilidade nas interações permanece indefinida no caso particular. Ausente uma maior concretude da ofensa, abre-se espaço no juízo de tipicidade para decisões fundadas em presunções, reproduzindo inconscientemente a técnica do impopular perigo presumido. Assim, a tentativa de determinar a ofensa do injusto de disparo na forma de lesão, a nosso ver, consiste apenas em um argumento puramente normativo que nada acrescenta em termos de delimitação do ilícito-típico, revelando-se, em suma, político-criminalmente inadequada.

De outra parte, pouco sensato seria voltar o olhar de uma só vez para o plano objetivo, tentando determinar o desvalor do resultado na forma do perigo concreto à incolumidade pública, com a intenção de ancorar a identificação dessa ofensa na exigência de verificação do perigo real para o objeto da ação²⁰³.

²⁰⁰ Faz-se, aqui, referência à denominada “potencialidade lesiva do objeto material da conduta”, critério que, segundo Gomes e Oliveira (2002, p. 77, et. seq.), compõe a ofensividade das condutas relacionadas às armas de fogo.

²⁰¹ Esse nos parece ser o caminho tomado por parte representativa da doutrina brasileira (cf. JESUS, 2005, p. 8-11; GOMES; OLIVEIRA, 2002, p. 94 et. seq.).

²⁰² Uma visão restrita ao âmbito relacional entre o agente e a arma de fogo é reproduzida por Gomes e Oliveira (2002, p. 86/93-101), ao eleger o critério da “disponibilidade” como requisito decisivo para a determinação da ofensa no caso concreto. Segundo os autores, somente a disponibilidade - considerada como sendo as condições de efetiva utilização da arma pelo agente - é “[...] que possui idoneidade para aproximar dois âmbitos complementares [danosidade real do objeto e conduta criadora de risco proibido relevante] que se unem no conceito (mais amplo) de ofensividade.”

²⁰³ A estrutura da ofensa de perigo concreto exige como pressuposto a comprovação da produção de um perigo real para um objeto de ação, ligado causalmente e objetivamente imputável a essa (MENDOZA BUERGO, 2001b, p. 21).

Além de incorrer em uma contrariedade ao texto legal, já é de se notar que a preocupação em restringir o alcance da intervenção penal por meio da individualização de um concreto resultado de perigo para o bem jurídico carecerá de relevância prática, tendo em vista, uma vez mais, a imaterialidade da incolumidade pública²⁰⁴. A ausência de um objeto de ação impossibilita o juiz de determinar a realização da ofensa, pois não encontra um referente material sobre o qual possa apreender os acontecimentos posteriores, necessários para constatar em concreto a possibilidade de lesão ao bem jurídico (MENDOZA BUERGO, 2001b, p. 25).

Ante a inexistência de um concreto objeto de proteção no raio de ação da conduta, o operador enfrenta sérias dificuldades para evidenciar em um evento natural a possibilidade de lesão ao bem jurídico. Concretamente, a inviabilidade em se insistir nessa via torna-se evidente quando pensamos na necessidade de aguardar a quase desativação das atividades de comércio em uma zona urbana com alta incidência de tiroteios para, só então, confirmar a ofensividade de uma conduta de disparo nesse local; sem mencionarmos a dificuldade para estabelecer a causalidade entre esse dois momentos²⁰⁵.

Para além da duvidosa capacidade em demarcar uma manifestação objetiva do desvalor ora analisado, a opção por determinar a carga ofensiva da conduta típica na forma do perigo concreto restringe em demasia o âmbito do tipo a casos extremos ou, mesmo, irreversíveis. Conseqüentemente, a intervenção penal sofrerá de uma escassa eficácia preventiva (FEJÓO SÁNCHEZ, 2000, p.172), expulsando grande parte dos fatos verdadeiramente ofensivos para a borda da mera desobediência.

Diante das dificuldades práticas advindas da tentativa de transpor completamente o desvalor para o plano objetivo, tem ganhado aceitação crescente a forma de ofensa do perigo abstrato, no âmbito da proteção dos bens jurídicos de natureza supra-individual²⁰⁶. A simpatia

²⁰⁴ Fiandaca (1984, p. 449-450) alerta para o fato da capacidade prática do perigo concreto estar circunscrita pela tangível possibilidade de lesionar pessoas ou coisas determinadas, o que pressupõe a presença de particulares características do bem objeto de tutela como: ser susceptível de concretizar-se em exemplares individuais materialmente afetáveis; e ser capaz de recair, do ponto de vista físico-naturalístico, no raio de ação da conduta perigosa. Particularidades essas, não absorvidas pelos bens jurídicos supraindividuais.

²⁰⁵ Nesse sentido, Feijóo Sánchez (2000, p. 172) ressalta “[...] não ser possível resolver causalmente ou com critérios naturalísticos um problema como o do perigo concreto que, como já assinalado, é puramente valorativo ou normativo.”

²⁰⁶ Essa tendência de tutelar penalmente entidades supra-individuais mediante delitos de perigo abstrato teve seu estabelecimento reconhecido no XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, no Cairo, em 1984 (BUSTOS RAMIREZ, 1986, p. 152). Apontando como um dos traços mais claramente característicos do Direito penal moderno, Mendoza Buergo (2001a, p. 78) atenta para a crescente utilização na maioria das reformas penais da técnica dos tipos de perigo abstrato. Até mesmo no pensamento penal italiano – que mais fielmente desenvolveu o direito penal junto ao princípio da ofensividade – tem admitido o perigo abstrato como instrumento “tipicamente correspondente à essência do bem jurídico supraindividual” (FIANDACA, 1984, p. 456).

pelo perigo abstrato advém da possibilidade de considerar o ataque à dimensão imaterial do bem na determinação da ofensa. A abertura desse espaço de normatividade é possível, pois o pressuposto da concreta exposição a perigo do objeto de proteção não é exigido para a imputação penal²⁰⁷.

Todavia, ante a bondade dessa técnica não se pode deslumbrar com facilidades que ela possa vir a trazer para a aplicação do delito de disparo, sob o risco de tomá-la como verdadeiro artifício para contornar os problemas de imputação, desviando, assim, o curso da análise para longe do esclarecimento do vínculo entre o comportamento criminalizado e a respectiva ofensa ao bem jurídico (HASSEMER, 1991, p. 35). Incurrer nessa ilusão seria o mesmo que dar as costas ao turbilhão de objeções derramadas sobre a técnica do perigo abstrato, dentre elas a de servir de instrumento para a ampliação da intervenção penal em favor exclusivo de demandas por maior eficiência e segurança (MENDOZA BUERGO, 2001a, p. 80).

Para evitar que a opção pela técnica do perigo abstrato nos leve à vacilação acima, não se deve confundir a dispensa em demonstrar a efetiva agressão de um concreto bem jurídico, com a irrenunciável exigência político-criminal de constatar a presença no caso concreto de uma ofensa ao bem jurídico tutelado. Trata-se, em verdade, de determinar o desvalor da situação de intranqüilidade por meio da técnica do perigo abstrato, desde que se insista na identificação desse perigo no caso concreto (SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 162).

A motivação para tal encaminhamento da questão vem dada pelas tentativas de promover o enriquecimento material do modelo de perigo abstrato²⁰⁸. Desses diversos aperfeiçoamentos²⁰⁹ resultou uma concepção intermediária que apesar de não reclamar a produção de um perigo efetivo, não dispensa a demonstração de “[...] uma ação apta para produzir um perigo para o bem jurídico.” (TÓRIO LÓPEZ, 1981, p. 828). Em outros termos,

²⁰⁷ Cabe citar os termos de D’Avila (2005, p. 161) quanto a essa particularidade da forma de ofensa do perigo abstrato: “Ocorre que, diferentemente do concreto pôr-em-perigo – no qual é necessário que um concreto e determinado bem jurídico tenha sofrido uma efetiva afetação em sua normativa intencionalidade -, o ilícito-típico de perigo abstrato se satisfaz com a *mera interferência na esfera de manifestação do bem jurídico* – aqui, não mais concretamente presente na relação de perigo -, de forma a retirar deste a *tranqüilidade de sua expressão*.”

²⁰⁸ Não é pacífica a posição sistemática dessa concepção. Para tanto, vale o esclarecimento de Feijóo Sánchez (2000, p. 179): “[...] a doutrina discute se seguem devendo considerar como delitos de perigo abstrato (BERZ, CRAMER, GALLAS, JESCHECK, TORIO) ou como uma nova categoria delitiva dentro dos delitos de perigo [melhor dizendo, uma categoria intermediária entre o perigo abstrato ‘puro’ e o perigo concreto]”, em seguida o mesmo autor complementa, “desde o ponto de vista prático não se pode considerar que essa discussão tenha grande relevância.”

²⁰⁹ Compreendidos nos denominados delitos de perigo abstrato-concreto desenvolvido por SCHRÖDER, delitos de aptidão por ESCRIBA GREGORI e HOYER, delitos de perigo possível ou hipotético por TORIO LOPEZ, todos tendo em comum a determinação do desvalor do resultado por meio da constatação de idoneidade ofensiva da conduta (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2000, p. 179).

ainda que seja inviável vincular a punibilidade da conduta à concreta causação de um efetivo perigo ou lesão à incolumidade pública, isso não implica presumir a ofensa; ao contrário, ela deve ser identificada no caso concreto, tendo em conta todo o circunstancialismo que o envolveu, como forma de verificar se esta conduta era idônea para produzir o perigo (MONIZ, 2005, p. 27).

Apesar da ofensa considerada na idoneidade da conduta aparentar um distanciamento em relação ao real prejuízo do objeto de proteção, a relevância jurídica desse elemento vem à tona diante das particularidades do desvalor do resultado. Conforme tivemos a oportunidade de atestar, o caráter inegável de uma compreensão normativa da ofensa torna impensável a determinação concreta de um resultado que expresse uma situação acabada de diminuição da incolumidade pública. Diante dessa realidade, a representação concreta de uma possibilidade daquela diminuição ocorrer ganha proporções significativas (D'AVILA, 2005, p. 169, nota 288). Portanto, perspectivada pelo caráter que marca a autonomia da ofensa, a idoneidade da conduta em produzir um menoscabo ao bem jurídico assume a importância de critério de ofensividade, pois compreende a criação de uma situação de intranquilidade para as interações.

Tendo em mente o critério da idoneidade de afetação como manifestação objetiva da ofensa ao bem jurídico (D'AVILA, 2007b, p.38), a conduta de disparo somente criará uma intranquilidade nas interações quando for praticada na presença do bem²¹⁰. Para tanto, é preciso verificar se a conduta foi praticada no contexto que atribui sentido e relevância à incolumidade pública. Dessa forma, as condutas de disparo capaz de criarem intranquilidade serão aquelas praticadas em locais onde as interações compreendam atividades humanas realizadas de forma comunitária, já que o funcionamento regular dos contatos sociais que gera a tranquilidade só está presente na esfera de vivência coletiva do homem.

A identificação do conteúdo objetivo do critério de ofensividade permite, portanto, excluir a punibilidade de situações de disparo praticadas em locais onde as atividades humanas não se realizem *notoriamente* por meio de interações coletivas, como, por exemplo, nas hipóteses de disparo dentro de edificações desativadas ou, até mesmo, dentro de recintos destinados àquelas atividades, mas que estejam fora do período de funcionamento. A restrição da intervenção penal nesses casos está justificada pelo fato das atividades ali desenvolvidas

²¹⁰ É nesse sentido que D'Avila (2005, p. 173) esclarece: “[...] devemos observar que somente teremos uma resposta positiva acerca da possibilidade de dano, quando estivermos perante uma hipótese de intersecção entre o raio de ação do perigo, com a esfera de manifestação do bem jurídico.”

não implicarem, *necessariamente*, o envolvimento de outros comunitários, não sendo, assim, possível afirmar que esteja em causa a incolumidade pública.

Em termos práticos, o fator objetivo da criação de intranquilidade nas interações permite restringir o campo de interpretação dos elementos normativos expressos no tipo penal (“lugar habitado”, “adjacências”, e “via pública”), evitando a subsunção de condutas que sequer atendem a esses requisitos.

Por outro lado, constatar a possibilidade da existência de interações em regime comunitário não é suficiente para afirmar a idoneidade da conduta em criar intranquilidade a essas interações, pois o contexto no qual são estabelecidas não se apresenta na realidade fática como um fenômeno estático, no sentido de expor-se como uma realidade determinada por fatores sempre presentes e com a mesma precisão. Ao contrário disso, tal contexto apresenta grande instabilidade provocada pela inconstância dos fatores que o determinam (D’AVILA, 2005, p. 392 et. seq.).

Conforme já analisado, as interações que sustentam a vida coletiva são predominantemente de tipo anônimo, caráter ideal composto por diversos elementos sociais que variam de uma localidade para outra. Dessa forma, uma mesma interação coletiva pode apresentar diferentes níveis de anonimidade, consoante o ambiente em que ela for estabelecida. Quanto a essa diferenciação, basta pensarmos no pacato movimento de pedestres no passeio público de um pequeno vilarejo comparado ao incontável e constante fluxo de passageiros que transitam pelas estações metroviárias de um grande centro urbano.

A variabilidade desse contexto condiciona a importância que a regularidade dos contatos tem para o estabelecimento tranqüilo das interações coletivas (D’AVILA, 2005, p. 394). Em termos mais claros, quanto maior o nível de anonimidade dessas interações, mais imprescindível será a regularidade dos contatos para que se mantenha um ambiente apto à realização de atividades humanas em regime comunitário.

De volta ao exemplo acima, o reduzido fluxo de pessoas e a possibilidade de conhecimento interpessoal - ainda que mínimo -, fazem do passeio público no pequeno vilarejo um ambiente espontaneamente regulado, no qual a tranqüilidade das interações coletivas que ali ocorrem provém diretamente desse contexto. Por outro lado, o grande contingente de usuários que compartilham as vias de transporte metroviário e a fugacidade com que esse convívio ocorre compõem um ambiente incapaz de proporcionar regulação espontânea, sendo imprescindível, nesse contexto, a tranqüilidade advinda do funcionamento regular dos contatos para que se realize a atividade de transporte urbano.

Diante da relação de condicionamento entre as interações coletivas e o ambiente em que elas são estabelecidas, a possibilidade de eventuais contatos irregulares criarem intranqüilidade a tais interações fica condicionada, da mesma forma, à análise dos fatores que compõem o concreto contexto. Portanto, a identificação da situação de intranqüilidade a ser criada pela conduta típica de disparo - compreendida como um contato irregular por acrescentar preocupação aos outros comunitários -, exigirá a verificação, *in concreto*, de fatores que apontem a existência de um contexto social anônimo.

Assim, junto ao juízo objetivo da idoneidade da conduta típica é necessário acrescentar um segundo juízo de cunho normativo, voltado para a análise dos fatores presentes no contexto em que o caso particular foi realizado. Diante desse duplo juízo, uma conduta de disparo praticada em local ativamente destinado a interações comunitárias pode vir a ser penalmente irrelevante, caso o contexto concreto no qual essas interações são estabelecidas não apresentam fatores sociais, geográficos, populacionais, suficientes para configurar um ambiente que careça de regulação complementar dos contatos sociais.

Com esse aprofundamento da idoneidade ofensiva da conduta é possível dar concretude à situação de intranqüilidade desencadeada pela conduta típica, permitindo distinguir entre os casos que produzam um efetivo desvalor do resultado e os que consubstanciem mera desobediência à norma proibitiva.

Porém, cabe enfatizar que a desconsideração jurídico-penal das condutas de disparo insignificantes perante certo contexto não implica em advogarmos pela licitude do uso de arma de fogo em “locais públicos”. A distinção dessas condutas como penalmente irrelevantes não significa retirar-lhes o desvalor ético-social, mas sim abrir caminho para que tais problemas sejam regulados por outras instâncias mais adequadas, prestando, portanto, a devida atenção ao princípio da subsidiariedade.

Ademais, constatada a capacidade delimitadora do duplo critério, acreditamos que a opção de determinar o desvalor do resultado na forma do perigo abstrato à incolumidade pública possa ser uma alternativa viável para desvelar o injusto contido no tipo penal de disparo, uma vez que serve ao operador como critério de verificação da necessária ofensividade no âmbito da aplicação judicial.

Enfim traçadas as linhas que procuram determinar a ofensa do bem jurídico tutelado pelo art. 15 da Lei 10.826, pensamos estar cumprido o objetivo de desvelar com alguma nitidez o injusto contido no tipo penal de disparo, construindo a recuperação do conteúdo material do delito mediante uma interpretação guiada pelos parâmetros de legitimação político-criminalmente estabelecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atravessado o caminho de ida ao sistema e de retorno ao problema, enxergamos nestas últimas linhas a oportunidade de dar maior luz a algumas questões mais significativas que nos foi permitido compreender e expor dentro do ambiente jurídico-penal ocupado pela questão da legitimidade do delito de disparo de arma.

O estado atual do tratamento dogmático dado ao art. 15 da Lei n. 10.826/03 sinaliza uma séria incompreensão quanto a intencionalidade e os limites da incriminação do comportamento de disparo, no âmbito do controle social.

A elaboração da figura penal no bojo de uma política pública destinada à redução da violência armada no país, junto ao descompasso da tradicional teoria do delito em relação à complexidade das novas realidades delitivas, contribuíram para a retirada do delito de disparo de seu centro normativo de origem. Como resultado dessa descontextualização, ganhou força uma imagem formalista do tipo que tende a promover um desvio no curso evolutivo do Direito penal. Tal repercussão negativa pode ser percebida tanto no âmbito científico-teórico, quando a intervenção penal nos casos de disparo põe em causa a integração da norma frente aos princípios penais do Estado de Direito, quanto no âmbito científico-prático, ao servir de tapume para o decisionismo na aplicação judicial.

O alento para essa realidade é encontrado no cenário de discussões do Direito penal contemporâneo, que, frente ao “desafio jurídico-penal do risco”, revela a necessidade de um enfrentamento da questão, por meio do aperfeiçoamento das categorias do bem jurídico e da ofensividade conforme o novo significado social da conduta típica de disparo.

Contudo, o cumprimento dessa proposta exige uma interpretação dogmática capaz de compreender e explicar o conteúdo material do delito consoante as particularidades presentes na realidade circunscrita ao uso das armas de fogo. É, justamente, essa suscitada reaproximação da dogmática à realidade do caso, que permite à análise retornar ao centro normativo do delito de disparo.

A criminalização do disparo de arma pelo Estatuto do Desarmamento, de certa forma, mistifica a razão da nova relevância social desse comportamento. Sob o assombro de generalização da violência armada, junto à perplexidade dos meios de controle em compreender as causas e conseqüências, o uso de arma é relacionado diretamente ao agravamento do quadro de violência social.

Ao que pese o nosso espanto frente à redução de um fenômeno tão complexo em uma única causa, não consideramos viável fixar o substrato criminológico do tipo penal de disparo no contexto dos altos índices de mortalidade por armas de fogo, tendo em vista dois bons motivos. O primeiro deles reside na precariedade do fundamento empírico que aponta para a intensificação da disponibilidade de armas pela sociedade; já o segundo está diretamente relacionado à confusão que o presente trabalho busca desfazer, qual seja, a compreensão do delito de disparo como uma antecipação da tutela penal a estágios prévios da afetação de bens jurídicos. Se pensado como uma via direta de controle da violência armada, o delito de disparo tende a ser imediatamente referido aos bens individuais da vida e integridade física, cuja distancia da conduta extrapola o alcance das formas de imputação penalmente admitidas. Portanto, acreditamos ser nessa precipitação da análise criminológica do tipo penal de disparo, que reside o ponto de partida para tantos problemas de interpretação e aplicação judicial.

O acerto da intencionalidade jurídico-penal da proibição de disparo advém do novo significado que o comportamento assume perante a configuração dessolidarizada da maioria das interações sociais, próprias do modelo de sociedade pós-industrial. Nesse ambiente, o comportamento de disparo passa a representar um risco para a manutenção de um conjunto de interesses humanos realizados na coletividade. Portanto, mas do que uma contribuição ao estado de violência social, a relevância penal do disparo está referida a um substrato sociológico, que o traduz como um risco determinado no contexto de interações coletivas.

Do substrato sociológico deriva para a criminalização do comportamento de disparo a necessidade do Direito penal contribuir para a manutenção dos níveis de incolumidade pública. A pertinência dessa finalidade político-criminal encontra-se refletida na conflituosidade com que o significado do disparo de arma é reconhecido na sociedade. Ademais, o pretendido auxílio à conformação ético-social do valor da incolumidade pública está respaldado na prevenção geral positiva exercida pela pena.

A legitimidade da criminalização do comportamento de disparo, dentro de um programa político-criminal de intervenção mínima, está fundamentada tanto pela relevância constitucional da incolumidade pública, na medida em que ela é admitida como realidade indispensável para o livre desenvolvimento do homem no âmbito das interações coletivas; quanto pela danosidade social do comportamento de “disparo em local destinado à comunidade”, uma vez que ofende a esfera de manifestação dos interesses humanos realizados coletivamente.

Do ponto de vista pragmático, a incriminação afirma o seu caráter subsidiário ante a incapacidade dos demais meios de controle não-penal conferirem proteção suficiente à incolumidade pública.

Confiar toda a proteção da incolumidade pública às normas de moral social por meio da reprovação ético-moral à conduta de disparo, ao contrário de conformar o uso responsável de armas, favoreceria certamente o alastramento desse uso, já que a atual configuração social é incapaz de reestruturar espontaneamente parâmetros ético-sociais mínimos. Por outro lado, os meios jurídico-civis padecem de duvidosa eficácia preventiva, confirmada pelo modelo indenizatório de seguro que tende a estimular a diminuição dos níveis de diligência do atirador. Ademais, as medidas administrativas sancionatórias possibilitam a intensificação da intervenção estatal sobre a esfera de liberdade do indivíduo, pois a ausência de garantias individuais formalizadas inviabiliza a restrição do poder de polícia somente aos casos verdadeiramente intoleráveis.

Quanto à idoneidade da incriminação do disparo de arma em permitir a aplicação correta da sanção penal, a legitimação esbarra na inaptidão da técnica legislativa em expressar o conteúdo material do delito de disparo, mantendo oculta a ofensividade da conduta típica. Todavia, a incapacidade do texto legal em fazer cumprir os parâmetros legitimadores do delito de disparo não implica na negação da relevância penal do fato típico, mas sim na necessidade de recuperá-la mediante a determinação concreta dos elementos integrantes do injusto penal.

A interpretação dogmática que revela o conteúdo material do delito de disparo encontra luz nas valorações político-criminais estabelecidas para fundamentar a essencialidade da incolumidade pública e a ofensividade da conduta de “disparo em local destinado à comunidade”.

Dessa forma, a incolumidade pública está consolidada como um objeto de tutela susceptível de ser identificado no caso concreto, quando compreendida pela noção da “regularidade dos contatos sociais” que estabelecem interações anônimas, desde que tais interações envolvam a realização de interesses humanos de caráter solidário, ou seja, de necessidades que o homem satisfaz somente junto aos outros comunitários. Portanto, um disparo de arma é capaz de afetar o objeto de proteção quando praticado em uma via pública ou lugar habitado, desde que esse ambiente seja, *notoriamente*, destinado à realização daquele tipo de interesse humano.

Ademais, o resultado ofensivo da conduta típica está demarcado como um efeito penalmente relevante na situação fática, quando a ação de disparo for considerada um risco à

tranqüilidade das interações coletivas, desde que os fatores sociais, populacionais, geográficos que compõem o concreto contexto da interação indiquem trata-se de um ambiente anônimo. Assim, um disparo de arma, praticado em um ambiente destinado à realização de atividades humanas em regime comunitário, será penalmente relevante somente se, no caso particular, esse contexto apresente elementos suficientes para considerá-lo carecedor da tranqüilidade produzida pela regularidade dos contatos sociais.

Portanto, o injusto penal contido no tipo legal de disparo pode ser revelado no caso concreto conforme os parâmetros legitimadores, por meio de um juízo objetivo-normativo que determina a idoneidade ofensiva da conduta típica.

Enfim, se nos fosse dada a oportunidade de resumir a importância da interpretação do tipo penal de disparo como uma espécie dos delitos contra a incolumidade pública, diríamos que ela vai além da legitimação do Direito penal. Ela permite esclarecer a confusão quanto à verdadeira intencionalidade da criminalização do disparo de arma, pois desmistifica a idéia que primeiro vem à mente quando nos deparamos com o problema desse delito. Ao contrário do que se possa pensar, a presença da norma penal no Estatuto do Desarmamento não lhe implica – nem mesmo que essa tenha sido a intenção do legislador –, um compromisso direto com a redução da violência armada. Antes disso, a intervenção penal só poderá contribuir com a redução dos índices de violência social, em sentido amplo, se estiver comprometida com a efetivação das finalidades político-criminais constitucionalmente admitidas.

REFERÊNCIAS

ANTONIO BERISTAIN, S. J. Resultado y delitos de peligro. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid**, Madrid, v. 13, n. 34-35-36, p. 445-464, 1969.

ARZT, Gunther. La parte especial del derecho penal sustantivo. In: ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Traducción Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Ariel, 1989.

BISCAIA, Antonio Carlos. **Projeto Segurança Pública para o Brasil**. São Paulo: Instituto Cidadania : Fundação Djalma Guimarães, [200-]. p. 92. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/pnsp.pdf>>. Acesso em: 17 de mar. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. v.4.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: consultas, jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 2008/2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência, pesquisa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2008/2009.

BUENO, Luciano. **Controle de armas**: um estudo comparativo de políticas públicas entre Grã-Bretanha, EUA, Canadá, Austrália e Brasil. São Paulo: IBCCrim, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos coletivos. **Revista da Facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, Madrid, p.147-164, 1986.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **O pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Arma de fogo**: comentários à lei n. 9.437 de 20-2-1997. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Estatuto do Desarmamento** (Comentários à Lei n. 10.826, de 22-12-2003). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: **Direito penal económico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal Especial**: contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 12, n.1, p. 7-23, jan./mar. 2002.

_____. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 2000.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D’AVILA, Fábio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI: sobre os limites normativos da política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, fasc. 64, p.78-98, jan./fev. 2007a.

_____. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, fasc. 67, p. 29-58, jul./ago. 2007b.

_____. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico (elementos para a legitimação do direito penal secundário) In: D’AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Direito penal secundário**: estudos sobre crimes económicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: RT, 2006.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Renovar, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquent e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1981a. v.1.

_____. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras, In: SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). **Estudos jurídicos de Coimbra**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico e social português. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 116, n. 3714, p. 263-297, 1983-4.

_____. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

_____. Direito penal e estado-de-direito material. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, fasc. 31, p. 38-53, jan./jul. 1981b.

_____. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.33, p. 39-65, jan./mar. 2001.

FERNANDES, Fernando A. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: ANDRADE, Manuel da Costa. et. al. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto em relacion con el transito. **Revista Ibero-americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 1, n. 0, p. 150-181, maio/ago. 2000.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FIANDACA, Giovanni. La tipizzazione del pericolo. **Dei Delitti e Delle Pene**, Milano, n. 3, p. 441-472, 1984.

_____. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, n. 776, p. 409-439, jun. 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal**: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 2 ed. São Paulo: José Bushatsky, 1965. v. 3.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n.8, p.54-66, 2003.

_____. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. **Pena y Estado**, Barcelona, n. 1, p.23-36, 1991.

HERZOG, Félix. Alguns riegos del Derecho penal del riesgo. **Revista Penal**, Barcelona, n.4, ano7, p.54-57, 1999.

_____. Limites al control penal de los riesgos sociales: una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro, **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, fasc. 1, t. 46, p. 317-327, enero/abr. 1993.

HIRSCH, Hans Joachim. Tendencias en la evolución de la reforma de la parte especial, en particular desde la perspectiva del Derecho penal de la República Federal de Alemania. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, Madrid, p. 381-396, junio, 1986.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal: introducción**. Madrid: Laxes, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **O futuro do direito penal: tem algum futuro a dogmática jurídico-penal?** Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri SP: Manole, 2004. (Estudos de direito penal, v. 13).

GOMES, Luiz Flávio. A contravenção do art. 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 8, p. 69-84, out./dez. 1994.

_____; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei das armas de fogo**. 2 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luis Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: RT, 2002.

GRASSO, Giovanni. L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, ano 29, p. 689-728, 1986.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.49, p.89-147, 2004.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de um derecho a la infracción de um deber: un cambio de paradigma en el Derecho Penal? In: LA INSOSTENIBLE situación del derecho penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Traducción Jesús Maria Silva Sánchez. Granada: Comares, 2000.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole. (Estudos de direito penal, v. 1).

_____. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003b.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal.** Traducción Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v. 1.

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

KARGL, Walter. Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho: sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena, In: LA INSOSTENIBLE situación del derecho penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Traducción Jesús Maria Silva Sánchez. Granada: Comares, 2000.

KINDHÄUSER, Urs Konrad. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico, In: HACIA un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del prof. K. Tiedemann. Madrid: 1995.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso de diritto penale.** 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. t. 1.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo.** Madrid: Civitas, 2001a.

_____. **Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto.** Estudios de derecho penal. Granada: Comares, 2001b.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça:** jurisprudência, pesquisa detalhada. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 2008/2009.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernos y reflujos iliberales, In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **Política criminal y nuevo derecho penal:** Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997.

MONIZ, Helena. Aspecto do resultado no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, fasc. 57, p. 10-43, nov./dez. 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal. **Revista Penal,** n. 5, p. 44-51, enero 2000.

MÜSSIG, Brend. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. **Revista Ibero-americana de Ciências Penais,** Porto Alegre, ano 2, n. 4, p. 157-191, set./dez. 2001.

NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes, In: LA INSOSTENIBLE situación del derecho penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Traducción Jesús María Silva Sánchez. Granada: Comares, 2000.

PALLAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal.** Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “derecho penal del riesgo”. **Revista Catalana de Seguretat Pública**, Catalunya, n. 13, p.11-29, 2003.

PARIONA ARANA, Raúl. El derecho penal “moderno”: sobre la necesario legitimidad de las intervenciones penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminales**, São Paulo, ano 15, fasc. 68, p. 112-139, set./out. 2007.

PERES, Maria Fernanda Tourinho (Coord.). **Violência por armas de fogo no Brasil – Relatório Nacional.** São Paulo, Brasil: Núcleo de Estudos da Violência, Universidade de São Paulo, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: fragmentario? subsidiario? *ultima ratio*? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal, In: LA INSOSTENIBLE situación del derecho penal. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Traducción Jesús María Silva Sánchez. Granada: Comares, 2000.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça:** consultas, jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>>. Acesso em: 2008/2009.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça:** jurisprudência, pesquisa. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/index.php?PHPSESSID=ee15a203c8c96347a3634af21b4493e6>. Acesso em: 2008/2009.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). **Política criminal y sistema penal:** viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** parte general. Traducción Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2006a. t. 1.

_____. **Estudos de direito penal.** Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

_____; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal.** Barcelona: Ariel, 1989.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.** Traducción Carmen Gómez Rivero y Maria del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo blanch, 2000a.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** 2. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1993.

SANTANA VEGA, Dulce Maria. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos.** Madrid: Dykinson, 2000.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça:** consulta, jurisprudência. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/consultaSimples.do>>. Acesso em: 2008/2009.

SCHÜNEMANN, Brend. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, fasc. 1, t. 49, p.187-217, 1996.

_____. (Comp.). **El sistema moderno del derecho penal:** cuestiones fundamentales. Traducción Jesus-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, fasc. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. Globalização e Direito Penal brasileiro: acomodação ou indiferença? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n.23, p.81-96, jul./set. 1998.

SILVA SANCHÉZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Traducción Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo, 2002b.

_____. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: Bosch, 2002a.

_____. Consideraciones teóricas sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, p. 151-181, 1997.

_____. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito, In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Ed.). **El sistema integral del derecho penal.** Traducción Guilherme Benloch; et. al. Madrid: Barcelona, 2004.

_____. **Política criminal y nuevo derecho penal:** Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997.

SILVA SANCHÉZ, Jesus-Maria. Retos científicos y retos políticos de la ciência del derecho penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, fasc. 36, p. 33-50, out./dez. 2001.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: RT, 2004.

TIEDEMANN, Klaus. Estado actual y tendências de la ciência jurídico-penal y de la criminologia em la República Federal de Alemania. **Derecho Penal y Criminologia**. Revista del Instituto de Ciências Penales y Criminologia de la Universidad Externado de Colômbia, Bogotá, v. 4, n. 13-14, p. 92-108, abr./ago. 1981.

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

UNESCO. **Relatório: mortes matadas por armas de fogo no Brasil (1979-2003)**. Brasília, DF, 2005.