

O ARTIGO 16 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA OFENSIVIDADE

Cleverson Vitor de Moraes¹

Alfredo Emanuel Farias de Oliveira²

RESUMO

Objetiva-se com o presente estudo demonstrar algumas falhas contidas na lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, intitulada “Estatuto do Desarmamento”, mais precisamente as contidas no artigo 16 que equipara como objetos jurídicos de mesmo potencial ofensivo a arma de fogo e a munição, ferindo assim os princípios da proporcionalidade e da lesividade. Destarte, para esta análise utilizou-se da doutrina pátria, da jurisprudência, bem como de técnicas de pesquisa, comparação e indução. O estudo vislumbrou que um dispositivo carente de tecnicidade acarreta grandes dificuldades aos operadores do direito, que acabam por optar cada qual por uma tese. A solução mais viável ao caso é a aprovação de uma nova lei.

Palavras-Chave: Princípios; Arma de fogo; Munição; Porte; Posse.

ABSTRACT

The objective of this study is to demonstrate the ills contained in Law 10,826, dated December 22, 2003, entitled "Disarmament Statute", more specifically those contained in its article 16 that equates as legal objects of the same potential offensive the weapon Fire and ammunition, thus violating the principles of proportionality and lesivity. Thus, for this analysis, the doctrine of the mother country, jurisprudence, as well as techniques of research, comparison and induction were used. The study envisaged that a device without technicality entails great difficulties for the operators of the law, who end up choosing each one by a thesis. The most viable solution to the case is the probation of a new law.

Key Words: Principles; Firearm; Ammunition; Postage; Possession.

1 Discente do Curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira / Belo Horizonte – 9º Período.

2 Defensor Público, Professor no curso de direito da Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO) e orientador responsável pelo presente artigo..

1 INTRODUÇÃO

O direito penal sempre buscou tutelar os bens jurídicos relevantes ao ser humano. Desta forma, o legislador visa elencar condutas que serão definidas como crimes ou contravenções, as quais uma vez violadas ensejarão na aplicação de uma pena ao indivíduo infrator. Contudo, ao criar as normas penais, o legislador deve se pautar em princípios tanto constitucionais, quanto do direito penal, de modo a não tornar os comandos excessivamente penosos, nem relativamente brandos.

De certo, nem sempre esse pleito é alcançado. Desta forma, o legislador acaba por criar normas jurídicas tão penosas aos indivíduos que violam a proporcionalidade, uma vez comparadas estas com as demais existentes no sistema jurídico brasileiro. Como exemplo, surge a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2013, publicada no *DOU* de 23.12.2013, intitulada como o “Estatuto do Desarmamento”, a qual em sua exegese tinha como escopo a tutela da incolumidade pública.

A referida lei surgiu em substituição a revogada Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, tipificando de maneira mais severa os crimes que envolvessem armas de fogo, munições e seus acessórios, bem com outras condutas, como omissão de cautela e disparo de arma de fogo.

Ao verificar o artigo 16 do Estatuto do Desarmamento, nota-se que ocorreu uma certa imperícia legislativa em sua construção, pois no mesmo tipo penal está elencado o crime de porte e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Por se tratar de um crime de perigo abstrato ou presumido é inquietante punir com a mesma pena quem possui uma arma de fogo dentro de sua residência, frente a quem sai transitando em uma via pública portando tal armamento.

Causa ainda mais estranheza a intenção de se aplicar uma mesma pena tanto ao indivíduo que porta uma arma de fogo de uso restrito, quanto ao indivíduo que porta uma única munição de uso restrito, sem ao menos portar um dispositivo que poderia acionar tal artefato. Caberia *a priori* ao poder legislativo notar que tal tipificação incriminadora, do modo que se apresenta, fere de morte os princípios da proporcionalidade e da ofensividade (ou lesividade).

Não pode eximir-se o Estado em punir quem infringe a lei, contudo cabe a este aplicar uma pena que seja proporcional frente a cada ofensa realizada aos bens jurídicos tutelados. Ao conviver com essa inflação legislativa brasileira, nota-se que a tecnicidade, em alguns casos,

vem sendo deixada de lado, criando-se leis em meio a cenários emergentes, o que gera normas repletas de imperfeições e que se apresentam como soluções paliativas aos problemas sociais.

O comando do artigo 16 da lei 10.826/2003 possui 14 (quatorze) comandos para três possibilidades distintas entre si, quais sejam, quatorze comandos relacionados a arma de fogo, quatorze comandos relacionados a acessórios de arma de fogo e quatorze comandos relacionados a munição, contudo com uma única pena comum entre si, ferindo de morte o princípio da proporcionalidade, pois a cada crime deveria ser imposta uma pena diferente.

Frente a esse tipo penal, cabe ao judiciário buscar dosar cada conduta em conformidade com a lesão gerada, como preconiza o princípio da individualização da pena, o que não ocorre de maneira justa, uma vez que várias são as condutas analisadas e distintas tem sido as sentenças emanadas nos tribunais e varas, ora optando por decisões fundadas nos princípios, ora sentenciando com base no fato do crime ser considerado de perigo abstrato.

Não há dúvidas quanto à necessidade de se aplicar uma pena severa ao indivíduo que porta uma arma de fogo em público, pois, por si só, o armamento mesmo que sem condições de uso possui um poder intimidativo contra a maioria das pessoas. Contudo, impor esta mesma pena a um indivíduo que ao transitar pela rua encontra uma munição caída ao solo e, na simples intenção de não a deixar naquele local, a recolhe, nota-se que há uma disparidade legislativa tamanha na edição do texto penal, pois qual destes indivíduos estaria gerando maior perigo a incolumidade pública? Seria justo a aplicação da pena mínima de 3 (três) anos de reclusão em ambos os casos, uma vez atendidos de igual maneira os requisitos do art. 59 do código penal brasileiro, já que a possibilidade de lesividade de cada conduta é tão distinta?

Esta situação está prevista no Estatuto do Desarmamento de 2003 e ainda não está pacificada nos tribunais. Diante dessa situação, é necessária uma análise doutrinária, jurisprudencial e científica sobre o tema, visando saber se é proporcional a aplicação da mesma pena tanto ao crime de porte de arma de fogo de uso restrito quanto ao porte de munição desarmada de uso restrito frente ao princípio da proporcionalidade e da ofensividade.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

Durante a vigência da lei 9.437/1997, lei esta que instituía o Sistema Nacional de Armas – SINARM, verificava-se em seu artigo 10 a previsão dos crimes de posse e porte ilícito de arma de fogo dentre outras condutas tipificadas como crime, observava-se que a pena aplicada ao infrator era muito branda, uma vez que tal conduta atentava contra a

incolumidade pública e possibilitaria ao seu autor uma gama infinita de possibilidades criminosas.

Ressalta se que lei já proporcionava maior rigor ao infrator do que a tipificação anterior, conforme se comprova na comparação do art. 19 da lei n.3688, de 03 de outubro de 1941, lei de contravenções penais:

Lei n.3688/1941	Lei n. 9.437/9797
<p>“Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.</p> <p>§ 1º A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra pessoa.</p> <p>§ 2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis, quem, possuindo arma ou munição:</p> <p>a) deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina;</p> <p>b) permite que alienado menor de 18 anos ou pessoa inexperiente no manejo de arma a tenha consigo;</p> <p>c) omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la. ”</p>	<p>Art.10, caput: “Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor a venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.</p> <p>Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.</p> <p>§ 2º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.”</p>

Nos anos subsequentes ao lançamento da lei 9.437/1997, verificava-se que seu intento não era alcançado, uma vez que o número que crimes envolvendo arma de fogo não parava de aumentar. Deste modo, a lei tornava-se vazia frente a sua origem, pois controlava a circulação de armas de fogo, por meios legais, mas não conseguia enfrentar a circulação de armas de maneira ilegal no Brasil. O crescente uso de armas de fogo pode ser notado conforme tabela a seguir que analisou tão somente o uso de armas frente ao cometimento do delito de homicídio.

TABELA 1: Proporção (%) de uso de armas de fogo no total de homicídios (1996 a 2008)

Ano	Totais	Armas de fogo	% Uso de Arma De Fogo
1996	38.894	22.976	59.1%
1997	40.507	24.445	60.3%
1998	41.950	25.674	61.2%
1999	42.914	26.902	62.7%
2000	45.360	30.865	68.0%
2001	47.943	33.401	69.7%
2002	49.695	34.160	68.7%
2003	51.043	36.115	70.8%
2004	48.374	34.187	70.7%
2005	47.578	33.419	70.2%
2006	49.145	34.921	71.1%
2007	47.707	34.147	71.6%
2008	48.610	34.678	71.3%
Total	599.720	405.890	67.7%

Fonte: SIM/SVS/MS (elaboração CNM)

Diante desta situação caótica, o poder legislativo optou por editar a lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, justamente no ano em que o índice do uso de arma de fogo atingiria seu ápice, com o intuito de combater esse fenômeno social tão pernicioso a incolumidade pública e garantir a mínima resposta a coletividade.

A nova lei além de propor penas mais graves aos crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo, buscou em seu escopo elencar novas condutas criminosas, criando assim *novatio legis* ou transformando outras condutas em *novatio legis em pejus* por tornar estas puníveis de forma mais severa, conforme quadro comparativo abaixo.

Lei n. 9.437/97	Lei n. 10.826/2003
<p>Art.10, caput: “Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor a venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.</p> <p>Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.</p> <p>§ 2º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.”</p>	<p>Art. 16 caput: “Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar:</p> <p>Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”.</p>

Para o momento a lei atendeu as expectativas frente a sua criação, qual seja, uma queda gradual nos índices de uso de arma de fogo nos crimes violentos, mas, contudo, notou-se que a referida norma estava eivada de disparidades que deveriam ser discutidas e reparadas.

O artigo 16, por exemplo, prevê no mesmo artigo os crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, crimes estes bem distintos entre si, não satisfeito somente com essa atrocidade, resolveu o legislador equiparar a arma de fogo, os seus acessórios e as munições como objetos com o mesmo poder ofensivo contra a incolumidade pública. De fato, agiu erroneamente nesta redação pois cada objeto possui um grau de periculosidade distinto e ao equipará-los feriu de morte os princípios da proporcionalidade e da ofensividade, tornando o tema bem controverso e injusto conforme se apresenta adiante.

3 CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO

É interessante conhecer a classificação deste crime para criar o senso crítico necessário a abordagem apresentada. A classificação adotada será mais objetiva, uma vez que o direito

penal proporciona vários aspectos que podem ser utilizados na classificação de um crime. Para este trabalho, o crime de porte e posse de arma ilegal de fogo, acessório e munição de uso restrito será classificado como um crime comum, de mera conduta, de ação múltipla, e de perigo abstrato.

3.1 Crime Comum

Será considerado crime comum aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, ou seja, é aquele crime que não exige nenhuma qualidade especial nem do sujeito ativo da conduta, nem tão pouco do sujeito passivo. Assim o porte e posse irregular de arma de fogo pode ser praticado por qualquer pessoa, independente de cargo, função, idade, sexo ou prerrogativas diversas.

3.2 Crime De Mera Conduta

É aquele crime no qual não se exige um resultado naturalístico para a sua consumação, o legislador ao criar um crime de mera conduta vislumbra uma ação ou omissão do agente que por si só gera uma presunção de ofensividade aos direitos tutelados. Assim, os crimes de mera conduta ou simples atividade são aqueles que “ a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente. Não sendo relevante o resultado material, há uma ofensa (de dano ou de perigo), presumida pela lei diante da prática da conduta” (MIRABETE, 2012,p.119).

Deste modo, a simples posse ou o fato de estar portando a arma de fogo, já caracteriza o delito, sem precisar de nenhum modo avaliar outros resultados naquela conduta, ou seja, não é necessário ameaçar ou ferir uma pessoa para caracterizar o crime, nem tão pouco portar a arma com uma finalidade específica. A conduta por si só já é suficiente para o enquadramento no tipo penal, mesmo não mudando em nada a realidade material das coisas que circulam o autor do delito.

3.3 Crime de Ação Múltipla

Conhecido também como crime de conteúdo variado ou plurinuclear. É aquele tipo penal que descreve várias condutas (múltiplos verbos) em sua estrutura, o art. 16 da lei

10.826/2003, por exemplo, possui 14 verbos distintos e que no final são alternados pela conjunção “ou”, conforme se observa a seguir:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (BRASIL, 2003)

Assim, o autor que praticar mais de um dos verbos na mesma ação não responderá por dois ou mais delitos, mas tão somente por um, isso tudo devido a aplicação do princípio da alternatividade. Contudo para isto acontecer é necessário que exista uma correlação entre as condutas, não há de se falar em aplicação do princípio da alternatividade, no caso de um indivíduo que é flagrado transportando uma caixa de munições e empresta uma arma a um terceiro, são condutas que não guardam correlação entre si e frente ao caso concreto deve ser aplicado o concurso material de crimes.

Cabe uma crítica a esta ação, pois quando da criação da lei 10.826/2003, o legislador recriou o então criticado art. 10 da lei 9.437/1997 persistindo no erro de manter posse e porte de arma de fogo no mesmo tipo e criando uma nova situação, qual seja, o acréscimo de três objetos materiais distintos em sua finalidade e, conseqüentemente, com graus de lesividade bem diferentes. De certo, se aplicados conjuntamente tornam o objeto altamente letal a incolumidade pública, mas se aplicados de forma individualizada, como é o caso da munição desarmada, se torna um objeto inofensivo, acarretando no mundo jurídico uma incoerência tamanha na aplicação da norma.

3.4 Crime de Perigo

Para classificar o crime como sendo de perigo abstrato, é conveniente expor o que seria o crime de perigo e após subdividi-lo em perigo concreto e perigo abstrato, o qual é intimamente relacionado ao estudo em tela.

No crime de perigo, o crime é caracterizado com o simples perigo criado para o bem jurídico tutelado. Segundo Nucci:

[...] contenta-se com a mera probabilidade de dano. Trata-se de um juízo de probabilidade que se funda na normalidade dos fatos, vale dizer, conforme o que usualmente costuma acontecer, o legislador leva em consideração o dano em potencial gerado por uma determinada conduta para tipificá-la” (NUCCI, 2007, p. 122).

Nesse diapasão, verifica-se que esta probabilidade de lesão deve ser observada por meio de alguns aspectos, conforme elucida Leandro de Souza:

É possível analisarmos o perigo sob dois aspectos: o objetivo, para o qual o perigo constitui o conjunto de circunstâncias que podem fazer surgir o dano; e o subjetivo que consiste no juízo do julgador, baseado na experiência e no caso concreto, sobre a probabilidade de ocorrência do dano. Dessa forma, podemos afirmar que os crimes de perigo se consumam com a probabilidade de ocorrência do dano (SOUZA, 2011, p.01).

De fato, o crime de perigo leva em consideração o perigo gerado a um bem jurídico tutelado, contudo cabe salientar que este perigo pode ser dividido em duas modalidades: individual, o qual coloca em risco o bem jurídico de um indivíduo ou um número determinado de indivíduos ou coletivo sendo este aquele perigo que coloca um bem jurídico de um número indeterminado de indivíduos em perigo.

3.4.1 Crime de Perigo Concreto

O perigo concreto será verificado quando o efetivo perigo é necessário para a consumação do delito. Este crime é caracterizado pela verificação do real perigo que ficou exposto o bem jurídico. Sendo aquele que não teve consequências maiores por intervenções diversas, mas que, de certo modo, colocou um bem jurídico a perigo. Cita-se como exemplo o artigo 250 do código penal brasileiro: “Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”, tal premissa coaduna com a jurisprudência da 2ª Vara Criminal do Paraná:

APELAÇÃO CRIMINAL. INCÊNDIO EM RESIDÊNCIA HABITADA (ART. 250 § 1º, II, a, DO CÓDIGO PENAL). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA CULPOSA. NÃO CABIMENTO. CRIME DE PERIGO CONCRETO. RISCO À INCOLUMIDADE PÚBLICA EVIDENCIADA. RECURSO NÃO-PROVIDO. 250§ 1ºIIa CÓDIGO PENAL. O crime de incêndio é de perigo concreto e se caracteriza quando o agente dolosamente expõe indeterminado número de pessoas a risco. (5038362 PR 0503836-2, Relator: Noeval de Quadros, Data de Julgamento: 30/10/2008, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7748)

Neste contexto, é notório que a ação dolosa de provocar um incêndio é de perigo concreto, pois além de atentar contra diversos bens jurídicos, pode acarretar danos a uma universidade incontáveis de indivíduos, animais e outros seres, pois de fato o incêndio pode ganhar proporções maiores do que a área inicialmente afetada.

3.4.2 Crime de Perigo Abstrato

Esse estilo de tipificação tem sido melhor estudado pelos doutrinadores por ter sido aplicado de maneira bem mais ampla no atual sistema jurídico. De fato, não é mais aplicado somente aos crimes de trânsito, mas sim tem migrado na análise dos crimes financeiros, ambientais, de biossegurança e até mesmo nos crimes contra a vida, dentre outros, o que é reverenciado por Damásio de Jesus:

Perigo presumido (ou abstrato) é considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo (avaliação *ex ante*). Não precisa ser provado. Ocorre nos casos em que o comportamento não apresenta probabilidade real de dano ao bem jurídico, i.e., não o expõe a perigo de dano. É a lei que o presume *juris et de jure*, sob o fundamento de que a periculosidade típica da conduta já é motivo para a sua apenação, sem que fique na dependência da produção de dano (Claus Roxin, *Derecho penal*; parte general, trad. Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madri, Ed. C, p. 336). Diante disso, para que o perigo seja considerado não é necessário provar sua superveniência (ROXIN, 2001 Apud JESUS, 2006a, p. 03).

Deste modo, é verificada a aplicação desta tipificação nas situações em que não ocorre a possibilidade real do dano, conforme se extrai do julgado da 1ª Turma do STF:

EMENTA HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03). ARMA DESMUNICIADA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES.1410.8261. A jurisprudência da Primeira Turma desta Corte é firme no sentido de que "o porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. donde a irrelevância de estar municiada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real" (RHC nº 91.553/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 21/8/09).2. Ordem denegada. (109136 ES , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 18/10/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-217 DIVULG 14-11-2011 PUBLIC 16-11-2011).

O caso em tela é estritamente ligado a este artigo, nota-se que busca proteger a incolumidade pública contra as possíveis ofensas que um indivíduo portando uma arma de fogo pode gerar, reprime-se a conduta em sua fase embrionária, o que parece bem sensato. Contudo, o que se diz da aplicação desta mesma pena a um indivíduo que esteja no flagrante de porte de uma simples munição, este é um exemplo que configuraria um atentado aos princípios norteadores do sistema jurídico brasileiro. Por isso existe um embate em relação aos crimes de perigo abstrato e a aplicação do princípio da ofensividade, já que no primeiro se presume a possibilidade de dano, enquanto o segundo analisa o dano gerado.

De acordo com Gonçalves (2016), alguns doutrinadores defendem existir uma inconstitucionalidade nesta modalidade de infração por ferir o princípio da lesividade (ofensividade), o qual preconiza haver necessidade de existir uma efetiva lesão ao bem jurídico para que se configure o delito. Contudo, o STF não coaduna com o mesmo raciocínio.

Deste modo, cabe uma análise do tema em relação aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade.

4 DOS PRÍNCÍPIOS

Todos os ramos do direito se norteiam por princípios os quais são as premissas basilares dos sistemas jurídicos. Eles possuem a função de auxiliar todos os operadores do direito na aplicação, interpretação, integração, e de modo especial na criação das leis. Sua função é dar legitimidade às normas jurídicas, visando deixar o sistema normativo homogêneo e coerente em si.

De acordo com Nucci: “[...] princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta o sistema de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo” (NUCCI, 2015, p. 21). Não obstante a isto, ao verificar uma norma infraconstitucional penal esta deverá estar em consonância tanto com os princípios constitucionais, quanto com os princípios de direito penal, pois existe uma necessidade que estes princípios convivam em harmonia, sem que haja supremacia de um sobre o outro.

Deste modo, uma abstenção a essa obrigatoriedade pode levar a declaração de inconstitucionalidade da lei e conseqüentemente sua revogação. De fato, tão relevante se faz essa observação que leciona Cleber Masson: “os princípios têm a função de orientar o legislador ordinário, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos” (MASSON, 2012, p.22).

Segundo Estefam (2012), os princípios têm como busca primordial a proteção dos valores fundamentais destacados na Constituição, e servem como modelo a exprimirem o ideal de justiça; compreendem às regras para conferir segurança jurídica na atuação cotidiana do sistema.

Nesse sentido, Nucci (2015) complementa que, a aplicação dos princípios penais é extensa, uma vez que estes conferem harmonia ao sistema jurídico, contudo, de nada adiantaria a observância destes princípios pelo judiciário se, o legislador, carente de boa técnica, não se preocupar em aplicar os princípios na criação da norma.

Diante do exposto, é necessário a apresentação de dois princípios inerentes a este estudo, quais sejam, o princípio da proporcionalidade e o princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade. De certo, outros princípios deveriam ser citados, contudo não serão objetos desta pesquisa.

4.1 Princípio da Proporcionalidade

Princípio este que tem suas raízes, remotas a antiguidade, só conseguiu-se firmar no período Iluminista e, principalmente, após o lançamento da obra *Dos Delitos e das Penas*, do autor Marquês de Beccaria, com data embrionária em 1764. Desde então, tal princípio vem ganhando proporção nas discussões jurídicas.

Destarte, este princípio não se encontra expresso na Constituição Federal, mas encontra seu grande respaldo no respeito à dignidade da pessoa humana, bem como em outras passagens do texto constitucional, como o devido processo legal. Assim, de acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins

A proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um limite de seu poder limitador". (DIMOULIS, MARTINS, 2007, p. 191).

Assim, tal princípio visa orientar o legislador a ter cautela na elaboração das normas, de modo a não ferir os direitos fundamentais da pessoa, bem como não se ausentar em dar tutela os bens jurídicos relevantes.

No âmbito penal e processual penal, este princípio deve ser aplicado de modo que o Estado não venha a praticar injustiças aplicando penas maiores do que a infração cometida, nem mesmo deixando de punir ação lesivas, desta premissa emergem dois institutos, quais sejam, a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente.

Para Luiz Régis Prado (2014) no que tange entre a proporcionalidade dos delitos e das penas, deve sempre existir uma medida justa de equilíbrio, sendo abstrata (legislador) e concreta (juiz), referente a gravidade do ilícito, do injusto penal e a pena cominada ou imposta. Ou seja, a pena deve ser proporcional a lesão que foi causada ao bem jurídico protegido e à periculosidade do agente.

Destarte, o legislador ao criar o artigo 16 do Estatuto do Desarmamento, penalizou o porte de munição com tamanha severidade que, o autor do crime de infanticídio ou a pessoa que induz, instiga ou auxilia alguém ao suicídio poderá responder com uma pena mais branda ao cometer um desses dois últimos crimes do que se portasse uma simples munição.

É notória a presença de uma disparidade quanto a tutela de bens envolvidos nesse exemplo. Tal argumento é citado nas palavras de Damásio de Jesus:

Vale mencionar que o sujeito que for detido transportando somente a munição de um armamento de uso restrito incidirá nas mesmas penas que aquele que transportar a própria arma muniçada. Não parece ser a medida mais justa, pois o projétil, sozinho, isto é, desacompanhado de arma de fogo, pode não ter idoneidade vulnerante. Além do que, a pena para quem mantém consigo, porta ou transporta, dentre outras condutas, apenas a munição ou o acessório é elevadíssima, ou seja, reclusão, de 3 a 6 anos, mais multa, nos termos do art. 16 da nova Lei, e, portanto, mais grave até mesmo que as sanções cominadas a alguns crimes contra a vida, tais como o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (CP, art. 122.) (JESUS, 2010, p. 14)

Ademais, o Ministro do STJ, Sebastião Reis, no HC194468, aplicando o princípio da proporcionalidade, mesmo reconhecendo que o porte de munição desarmada configura crime de perigo abstrato, levou em consideração que por se tratar de apenas um projétil, a conduta seria atípica, frente a ofensividade mínima do ato.

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PORTE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO CONCRETO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. 1. Nos termos da linha jurisprudencial majoritária da Sexta Turma, adotada no presente julgamento pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura e pelo Ministro Og Fernandes, para a ocorrência do crime de porte de munição, é necessária a demonstração de que a conduta tenha oferecido perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma penal. 2. Ressalva do entendimento do Relator, que concede a ordem por fundamento diverso. 3. Ordem concedida para, cassando o acórdão e a sentença condenatórios, absolver o paciente com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. (HC 194.468/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 01/08/2012)

Frente a essa afronta ao princípio da proporcionalidade inserida no artigo 16 do Estatuto do Desarmamento insurge a possibilidade de excesso do poder legislativo, o que gera um grande transtorno a aferição de constitucionalidade, conforme leciona Gilmar Mendes:

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso do poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade [...]. O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação de censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa, ou como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador [...] (MENDES, 2012, p.64)

Deste modo, o magistrado se vê na impossibilidade de invocar a inconstitucionalidade da norma com fulcro no princípio da proporcionalidade e busca, por outros meios, manter a harmonia no sistema jurídico já que este está eivado de injustiça desde a sua origem.

4.2 Princípio da Lesividade ou Ofensividade

Este princípio defende que não poderá haver intervenção do Estado em condutas que não gere um perigo aos bens jurídicos tutelados. Para CAPEZ(2014) “não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico”.

Assim, visa tal princípio impedir que o Estado atue de maneira demasiadamente preventiva na vida das pessoas conforme leciona CAPEZ ao citar Luiz Flávio Gomes:

O princípio do fato não permite que o direito penal se ocupe das intenções e pensamentos das pessoas, do seu modo de viver ou de pensar, das suas atitudes internas (enquanto não exteriorizadas a conduta delitiva) [...]. (GOMES, 2002. p.41 *apud* CAPEZ, 2014, p.40)

Deste modo, nenhum delito existe sem que ofenda o bem jurídico tutelado pela norma penal, situação esta que se utiliza do brocardo latino *nullum crime sine injuria*. Assevera-se que tal princípio é decorrente da intervenção mínima, restringindo ainda mais a intervenção do Estado na liberdade do indivíduo. Conforme nos ensina Rogerio Grecco:

Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que *não* poderão sofrer os rigores da lei penal. (GRECO, 2012, p. 51)

Nesse mesmo diapasão é ínsita a relação entre o princípio da ofensividade e o princípio da intervenção mínima, no intuito de resguarda a liberdade do indivíduo frente a ânsia de controle e intervenção do Estado. Deste modo, o Estado deve aplicar o direito penal em *ultima ratio* na tutela dos bens protegidos, assim caberá uma análise de todo o aparato possível de se fazer frente a uma ameaça para depois sim, entrar com a aplicação de sanções penais.

Contudo, tal princípio não encontra harmonia com a aplicação do crime de perigo abstrato, conforme leciona Estefam:

Não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado – *nullum crimen sine injuria*. Daí resulta serem inconstitucionais os crimes de perigo abstrato (ou presumido), nos quais o tipo penal descreve determinada conduta sem exigir ameaça concreta ao bem jurídico tutelado (ESTEFAM, 2017, p.45)

Em uma última constatação, busca-se com este princípio o controle do poder de punir do Estado, limitando o *jus puniendi* Estatal, com intuito de resguardar a pessoa humana contra uma invasão de sua liberdade de maneira exacerbada. No entanto, tal princípio não tem sido aplicado em sua plenitude quando se relaciona com os crimes de perigo abstrato, havendo uma anomalia jurídica, uma desarmonia.

5 ANÁLISE DO ARTIGO 16 DA LEI 10.826/2003 FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E OFENSIVIDADE

Conforme já mencionado neste estudo ao criar a Lei 10.826/2003 - Estatuto do Desarmamento, o legislador optou por aproveitar em grande parte a matéria já mencionada na lei 9.437/1997, conduzindo para a então nova lei, principalmente no tocante ao artigo 16, as mesmas disparidades e falhas contidas no então revogado artigo 10 da antiga lei.

O legislador não teve a perspicácia de separar do mesmo tipo os crimes de posse e porte irregular de arma de fogo de uso restrito, assim como o fez no delito de porte e posse de arma de fogo de uso permitido, já ferindo de morte o princípio da proporcionalidade, conforme adiante se vê:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: (...)”. (BRASIL, 2003)

Destarte, diante do atual tipo penal, aquela pessoa que tiver uma arma de fogo guardada dentro de casa sem o devido registro legal, poderá receber a mesma pena do indivíduo que pega uma arma municada, equipada e pronta para causar dano e sai portando esta em uma via pública ou próximo a uma escola. Tamanha é a aberração que já em uma primeira análise se verifica a inobservância dos princípios da proporcionalidade e da ofensividade, uma vez que a jurisprudência tem declinado em favor da aplicação do perigo abstrato.

Tal constatação é possível pelo fato do crime de posse e porte de arma de fogo, de uso restrito ou não, ser considerado um crime de perigo abstrato e de mera conduta, conforme decidido no RHC 128281 pela segunda turma do STF:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. POSSE DE ACESSÓRIO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI 10.826/2003. BUSCA E APREENSÃO. ILICITUDE DA PROVA. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE DELITO. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. IRRELEVÂNCIA DA POTENCIALIDADE LESIVA DO ARTEFATO. DESCRIMINALIZAÇÃO TEMPORÁRIA PREVISTA NOS ARTIGOS 30 E 32 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO CONFERIDO PELAS LEIS 11.706/2008 E 11.922/2009. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Busca e apreensão autorizada judicialmente em propriedade rural, compreendida por seus vários imóveis. Inocorrência de ilicitude da prova por ofensa ao princípio da inviolabilidade do domicílio. 2. Ademais, havendo fundada suspeita, a busca domiciliar nos crimes permanentes se justifica em decorrência do flagrante delito. Inexistência de ingresso abusivo e constatação posterior de crime permanente. 3. A posse de arma de fogo de uso restrito, de seus acessórios ou de

munições constitui crime de mera conduta e de perigo abstrato cujo objeto jurídico tutelado compreende a segurança coletiva e a incolumidade pública. 4. Presente laudo especificando o modelo do silenciador de uso restrito, desnecessária a realização de perícia a comprovar a potencialidade lesiva do acessório para configuração do delito. 5. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a descriminalização temporária prevista nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, com a redação conferida pela Lei 11.706/2008, restringe-se ao delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12) e não se aplica à conduta do art. 16 da Lei 10.826/2003. 6. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RHC 128281, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 25-08-2015 PUBLIC 26-08-2015)

Não obstante a esta falha legislativa de equiparar posse e porte com a mesma previsão de pena, sabiamente quis o legislador incluir no mesmo tipo penal três objetos distintos, sem distinção de pena entre eles, quais sejam, a arma de fogo, o acessório da arma de fogo e a munição. Mais uma vez, cabe a crítica a não observação do princípio da proporcionalidade, uma vez que é notório até ao leigo que cada conduta importa em uma exposição de perigo diferente ao cidadão, para não invocar nesse momento o princípio da ofensividade.

Qual risco oferece a coletividade uma pessoa que sai na rua portando um tripé ou uma simples luneta de um fuzil, ou mesmo, qual o risco que o cidadão oferece em portar consigo um pingente feito com uma munição de uso restrito? Agora, de fato, é latente que uma pessoa portando um fuzil, mesmo que inoperante ou desmuniado, possui no mínimo um poder intimidativo contra qualquer cidadão comum, podendo com este artefato consumir a prática de inúmeros delitos diferentes do porte ilegal de arma de fogo uso restrito. Contudo, a jurisprudência retro mencionada é exemplo ao punir a posse de um silenciador.

Assim, caberia ao legislador ser mais coerente ao elaborar a lei, uma vez que a violação de uma lei ou contravenção implica na aplicação de uma pena. Nesse sentido, Cleber Masson descreve que

Pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada a sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais. (MASSON, 2012, p. 540)

Ressalta-se que o poder judiciário frente a aplicação do direito, ou seja, a individualização da pena, se vê vinculado a legalidade e desde modo não refuta a decisão do poder legislativo ao elencar uma conduta como incriminadora. Com base nesta assertiva, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim se posiciona:

Foi opção do legislador qualificar o furto e a ele cabe a edição das normas gerais e abstratas a serem observadas pela coletividade, fazendo o juízo prévio de

reprovabilidade da conduta, sendo atribuível ao julgador somente a individualização da pena ao caso concreto, dentro dos parâmetros estabelecidos na norma penal incriminadora. ” (Apelação Crime Nº 70029080827, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 15/04/2010)

Deste modo, ao se ver pressionado pela crescente onda de crimes com o emprego de arma de fogo, viu-se o legislador na obrigação de apenar com maior rigor o porte e posse de arma de fogo, bem como as outras 12 condutas elencadas no artigo 16 do Estatuto do Desarmamento. Contudo, ao não separar os objetos jurídicos, arma, acessório e munição, aplicando a cada um, uma justa punição amoldadas aos princípios da proporcionalidade e ofensividade, acabou por gerar a estranheza legislativa que é ressaltada por Fernando Capez:

A nova Lei equiparou a posse ou porte de acessórios ou munição à arma de fogo. Dessa forma, o sujeito que for detido transportando somente a munição de um armamento de uso restrito incidirá nas mesmas penas que aquele que transportar a própria arma muniçada. Não parece ser a medida mais justa, pois o projétil, sozinho, isto é, desacompanhado da arma de fogo, pode não ter idoneidade vulnerante. (CAPEZ, 2010, p. 345).

Assevera-se que a munição, diferentemente dos artefatos explosivos que podem ser deflagrados sozinhos, não pode ser disparada sozinha, necessitando sempre de um dispositivo mecânico articulado com percussor para acioná-la.

Percebe-se que a doutrina não adentra ao tema da munição, como se tal crime nunca fosse ocorrer, ignorando o tema da ofensividade/lesividade quanto ao porte ou posse de munição sem arma de fogo, porém Capez cita que “Projéteis ou acessórios em arma de fogo inapta a efetuar disparos são inúteis e inofensivos para a sua finalidade originária” (CAPEZ, 2010, p. 346).

Portanto, conclui-se que a munição por si só, se não houver um mecanismo capaz de acioná-la, possui um potencial lesivo comparado a de um pedregulho e desta feita, jamais deveria ser apenada com a mesma sanção que o porte de uma arma de fogo.

O que é lecionado de maneira pontual por Roberto Dalmento:

(...) O que não se pode admitir, contudo, é a previsão da mesma pena para condutas evidentemente de gravidade distintas. Não é justo, de fato, ser punido com a mesma pena o agente que é surpreendido portando ilegalmente uma arma de fogo pronta para o uso, daquele que é encontrado com um acessório ou pequena quantidade de munição, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. (DALMANTO, 2014, p. 812).

Tal situação é verificada extremada frente ao julgamento do AgRg no REsp 1639343/RS pelo STJ

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULAS N. 126/STJ E N. 283/STF. INAPLICABILIDADE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO.

ART. 16 DA LEI N. 10.826/2003. PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não há qualquer fundamento constitucional autônomo que merecesse a interposição de recurso extraordinário, sendo inaplicável as Súmulas n. 126 do Superior Tribunal de Justiça - STJ e n. 283 do Supremo Tribunal Federal - STF.

2. Esta Corte Superior firmou seu entendimento no sentido de que a posse de munição é delito de perigo abstrato, cujo bem jurídico é a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante a sua utilização ou destinação.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1639343/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017)

Neste julgado, nota-se a aplicação do perigo abstrato sem levar em consideração qualquer outro parâmetro como, por exemplo, princípio da ofensividade, o que acarreta uma sensação dogmática quanto a letra fria. Ao classificar o crime como de perigo abstrato, opta-se praticamente pelo afastamento do princípio da ofensividade, uma vez que os institutos são antagônicos entre si.

Contudo, os tribunais não são unânimes quanto a aplicação da pena sem levar em consideração o grau de lesividade proporcionado pela conduta, conforme observa-se no julgado do HC 133984 da segunda turma do STF.

EMENTA: HABEAS CORPUS. DELITO DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. PERICULUM IN MORA EVIDENCIADO. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. INFORMAÇÕES. VISTA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. 12. As razões aduzidas pela Impetrante são plausíveis. A conduta atribuída ao Paciente aparenta ser materialmente atípica, pois não está caracterizada a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, nos termos do que assentado pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal do Justiça de Minas Gerais, ao proferir o acórdão reformado no Superior Tribunal de Justiça e que pretende a defesa seja restabelecido, no qual se tem: Após a regular instrução, o d. Juiz de primeiro grau julgou procedente a ação penal. Saliente-se que a materialidade e a autoria do delito restaram comprovadas. Não obstante, em sede de habeas corpus de ofício, deve ser reformada a r. sentença condenatória proferida. Não se olvida do entendimento, inclusive majoritário, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o porte de munições, ou de arma desmuniçada, tipifica a infração penal, descrita no art. 16 da Lei 10.826/03. No que tange à arma desmuniçada, comungo do entendimento de que a sua posse já configura o delito, pois se trata de incriminação da mera conduta, desprezando-se a exigência de produção de resultado naturalístico. Ademais, não se pode olvidar que a arma de fogo representa um instrumento eficiente para alcançar objetivos espúrios, pois intimida, constrange, violenta, transformando-se assim em um risco objetivo à paz social. Do mesmo modo, o porte de várias munições, em um contexto que indique que o agente possa delas fazer uso, merece a punição estatal, pois representa perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Contudo, no caso vertente, não se pode olvidar que o recorrente portava apenas 01 munição de calibre 40. Tal conduta não representa qualquer lesão, ou mesmo perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma, seja imediato, incolumidade pública, ou mediatos □ vida, integridade física, patrimônio, liberdade, dentre outros. Assim, para não adotar medida desarrazoada, completamente despida de bom senso, hei por bem dar provimento ao recurso, reformando a sentença que condenou o recorrente mediante o fundamento de atipicidade material da conduta, eis que a apreensão de 01 (uma) munição de calibre 40 com o apelante não representa qualquer ofensa ao bem jurídico tutelado. Saliente-se que tal entendimento não denota qualquer equívoco. Em remate, vale consignar que a

intenção do réu não era usar a munição para fins ilícitos, mas fazer um pingente para servir-lhe de adorno.

(STF - MC HC: 133984 DF - DISTRITO FEDERAL 0052552-91.2016.1.00.0000, Relator: Min. CARMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 12/04/2016, Data de Publicação: DJe-082 28/04/2016)

Deste modo, verifica-se que um tipo penal mal elaborado pode acabar por acarretar inúmeras análises todas com embasamento legal, mas que acabam por acarretar ao paciente, autor do delito, uma punição que poderia ser facilmente resolvida por outros ramos do direito, como por exemplo, a aplicação de multas mais severas ou em última análise, penas restritivas de direito, sendo estas menos penosas que as privativas de liberdade, quiçá, frente ao fato concreto a absolvição do réu, conforme ensina Luiz Flávio Gomes:

O crime (portar arma de fogo), no plano formal, é de mera conduta. No plano jurídico-material é um crime de perigo (perigo de lesão). Por força do princípio da ofensividade, sem a comprovação efetiva do perigo (concreto) não existe crime (GOMES, 2010, p 03).

Tamanha é a variedade das decisões que ao decidir sobre o porte de arma de fogo desmuniada existia o entendimento de que o crime não se consumava, pois haveria necessidade de que esta estivesse muniada. Em contrapartida, punia-se o autor que portasse uma munição desarmada, ou seja, sem a presença de um instrumento que pudesse acioná-la, demonstrando total incoerência entre as decisões.

Contudo, ressalta-se que o Direito por ser uma ciência em constante transformação, após mais de 13 (treze) anos de vigência do Estatuto do Desarmamento e inúmeras injustiças ocorridas ao longo deste período, existe um projeto de lei na Câmara dos Deputados, o projeto de lei n.3722/2012 de autoria do Deputado Rogério Peninha Mendonça – PMDB/SC, que visa aprimorar um pouco mais esta temática, já solucionando a primeira aberração, qual seja, a situação da posse e porte ilegal de arma de fogo não mais serem tratados em um mesmo tipo penal, tratando cada crime com a severidade necessária, observando-se o princípio da proporcionalidade conforme adiante se vê.

Posse ilegal de arma de fogo

Art. 46. Possuir, deter, receber, manter, adquirir, fornecer ou ocultar arma de fogo de uso permitido ou restrito, sem registro, no interior de sua residência ou dependência desta, ou no local de trabalho, sem prejuízo das penas cominadas para algum outro crime cometido. Pena – detenção de um a três anos se a arma for de uso permitido e de dois a quatro anos se a arma for de uso restrito. (...)

Porte ilegal de arma de fogo

Art. 49. Portar ou transportar arma de fogo de uso permitido ou restrito, ou artefato explosivo ou incendiário, sem licença ou contrariando expressa determinação legal ou regulamentar, sem prejuízo das penas cominadas para algum outro crime

cometido. Pena – reclusão, de dois a quatro anos se o artefato for de uso permitido e de três a seis anos se de uso restrito. (BRASIL, 2012).

De fato, a normativa evoluiu mas ainda necessita de melhorias, pois os objetos jurídicos arma de fogo, acessório e munições, não mais são tratados em um único artigo, no entanto estes dois últimos não ganharam um tipo penal específico para cada um, o que no futuro poderá ser objeto de discussões jurídicas.

7. CONCLUSÃO

Ao encerrar o presente estudo, conclui-se que, ao longo dos anos, o avanço da criminalidade sempre foi um dos pontos de partida para que o Estado se empenhasse na criação de normas penais, de modo a buscar cada vez mais intimidar e desmotivar o infrator ao cometimento de delitos contra os bens jurídicos tutelados. Conforme demonstrado, desde 1941 a norma vem sofrendo mudanças e até nos dias atuais não se consolidou, sendo alvo de várias críticas.

Com grande preciosismo, em 2003 o legislador tentou criar uma norma que viesse a abarcar todas as condutas e objetos possíveis relacionados a arma de fogo com intento de combater a crescente onda de criminalidade que coagia a sociedade. De fato, buscava-se não incorrer no risco de esquecer nenhuma conduta ou objeto material que, futuramente, viesse a ser motivo de questionamentos.

Com a criação do tipo penal na condição de crime de mera conduta e de perigo abstrato buscava-se proteger a incolumidade pública antes mesmo da possibilidade de ocorrer qualquer ofensa aos demais bens jurídicos tutelados, punia-se assim o crime ainda na sua fase preparatória (embrionária). O que se demonstrou perigoso quando contraditado com os princípios basilares do direito constitucional e penal brasileiro.

Nas decisões que foram adotadas frente aos tribunais brasileiros começou a ficar evidente a possibilidade de inúmeras injustiças, uma vez que alguns juízes adotavam a aplicação do crime como de perigo abstrato de forma absoluta, frente a materialidade constatada, enquanto outras tribunais e turmas levavam em consideração a materialidade do

delito e a aplicação dos princípios do direito penal, dos quais destaca-se o princípio da ofensividade e proporcionalidade.

Verificou-se temerária a penalização do porte e posse da munição de uso restrito, uma vez que tal delito possui uma pena maior que outros crimes que atentam contra a vida. De certo, a munição por si só, apresenta insuficiência de ofensividade contra a coletividade, pois além de não possuir poder intimidativo, não pode ser disparada sem um mecanismo, sendo impossível a possibilidade de perigo concreto e ofensa aos bens jurídicos tutelados.

Assim, duvidosa se torna a proteção do legislador que optou por possuir no sistema normativo brasileiro crimes contra a vida com penas menores do que as penas colocadas no porte de munição, ferindo de morte o princípio da proporcionalidade, incidindo assim, em um excesso, qual seja, a violação do instituto da proibição do excesso.

Ao analisar a desproporcionalidade em punir um cidadão por portar apenas uma munição de uso restrito, nota-se que existe uma corrente minoritária que defende a possibilidade de atipicidade da conduta, uma vez que tal conduta é vazia frente a possibilidade de ofensa a incolumidade pública e demais bens jurídicos tutelados, aplicando-se como fundamento o princípio da ofensividade.

De fato, a munição sozinha não deveria despertar o mesmo interesse ao direito penal que o arma de fogo. Neste ínterim, espera-se dos magistrados julgamentos mais humanitários frente a severidade legislativa, não observando a lei somente no sentido formal, mas também pelo lado material da conduta, de modo a evitar julgamentos injustos, penalizando crimes de menor ofensividade com penas mais severas do que as aplicadas a crimes de maior ofensividade.

Dos doutrinadores e jurisprudências, espera-se que tratem com maior pontualidade sobre o tema, no intuito de reconhecer até sua atipicidade em certos casos concretos na intenção de criar precedentes frente a anomalia normativa. Não é justo deixar um fato de pouca incidência órfão de posicionamentos técnicos e jurídicos, uma vez que, ocorrido o fato, o paciente se martiriza até as instâncias superiores para então poder ser assistido por uma possível análise mais aprofundada do mérito e se vê acolhido pela justiça tão almejada.

Por fim, com o advento da nova normativa sobre arma de fogo, espera-se que essas disparidades possam ser solucionadas, como foi o caso da separação dos crimes de posse e porte de arma de fogo em artigos distintos, os quais em seu próprio texto ainda distinguem as penas para arma de uso permitido e uso restrito, contemplando em sua plenitude o princípio da proporcionalidade.

Contudo, o projeto de lei ainda está em tramitação e carece de melhorias, uma vez que não trata de forma específica sobre os crimes envolvendo munições e acessórios, correndo risco de manter essas disparidades e discussões por ora apresentadas. De fato, não é proporcional aplicar a mesma pena a quem porta uma arma de fogo de uso restrito em via pública e àquele que possui uma munição de uso restrito de arma de fogo em sua residência, sem ao menos possuir uma arma de fogo. Nota-se extremada aqui essa situação que é perfeitamente possível de ocorrer no caso concreto. Não há de se cogitar em mesma lesividade ao bem jurídico tutelado.

Desta forma o trabalho visou demonstrar que somente a mudança da lei poderá pacificar esses desentendimentos frente ao tema. Pois ao criar novos tipos penais de forma mais coerente e específicas, os operadores do direito poderão aplicar o direito de forma mais proporcional e justa frente a cada caso concreto, com a possibilidade de aplicar outros ramos do direito, antes mesmo de aplicar a presença soberana e incisiva do direito penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de lei n.3722/2012 Brasília DF 19 abr.2012. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=541857>>. Acesso em 26 mai. 2017.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal – **Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil**. Brasília DF, 31 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 26 mai. 2017

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Institui o Sistema Nacional de Armas - SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências – **Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil**. Brasília DF, 21 fev. 1997 retificado em 25 fev. 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9437.htm> Acesso em: 26 mai. 2017

BRASIL. Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Lei das Contravenções Penais – **Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil**. Brasília DF, 03 out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em: 26 mai. 2017

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências – **Diário Oficial {da} República Federativa do Brasil**. Brasília DF, 22 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 26 mai. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *habeas corpus*. penal. crime de porte de munição de uso permitido. art. 14 da lei n. 10.826/2003. crime de perigo concreto. ressalva do entendimento do relator. HC 194468. Relator Ministro Sebastião Reis. Brasília DF 17 abr. 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22219444/habeas-corpus-hc-194468-ms-2011-0007031-4-stj?ref=juris-tabs>> Acesso em 26 mai. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PENAL. agravo regimental no recurso especial. súmulas n. 126/stj e n. 283/stf. inaplicabilidade porte ilegal de munição. art. 16 da lei n. 10.826/2003. perigo abstrato. tipicidade da conduta. agravo regimental desprovido. AGRG NO RESP 1639343 / RS 2016/0307501-7. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília DF 04 abr. 2017. Disponível em <<http://www.portaljustica.com.br/acordao/2023644>> Acesso em 26 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ementa habeas corpus. constitucional. penal. porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da lei nº 10.826/03). arma desmuniçada. crime de perigo abstrato. tipicidade da conduta. precedentes.1410.8261. HC 109136. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília DF 30 jun. 2011. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20760035/habeas-corpus-hc-109136-es-stf>> Acesso em 26 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. habeas corpus. delito do art. 16, caput, da lei n. 10.826/2003. paciente portando munição. atipicidade material da conduta. plausibilidade jurídica. periculum in mora evidenciado. medida liminar deferida. informações. vista ao procurador-geral da república. HC 133984. Relator Ministra Cármen Lúcia. Brasília DF 12

abr. 2016. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339730392/medida-cautelar-no-habeas-corpus-mc-hc-133984-df-distrito-federal-0052552-9120161000000#!>> Acesso em 26 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. recurso ordinário em habeas corpus. posse de acessório de arma de fogo de uso restrito. art. 16 da lei 10.826/2003. busca e apreensão. ilicitude da prova. inocorrência. crime permanente. flagrante delito. crime de mera conduta e de perigo abstrato. irrelevância da potencialidade lesiva do artefato. descriminalização temporária prevista nos artigos 30 e 32 do estatuto do desarmamento. prorrogação do prazo conferido pelas leis 11.706/2008 e 11.922/2009. alegação de atipicidade. não ocorrência. RHC 128281. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília DF 24 ago. 2015. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/224140703/andamento-do-processo-n-128281-recurso-ordinario-habeas-corpus-26-08-2015-do-stf?ref=topic_feed>. Acesso em 26 mai. 2017.

CAPEZ, Fernando, **Curso de direito penal** vol. I, parte geral; (arts 1º a 120) – 18. Ed. São Paulo, Saraiva, 2014

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Legislação Penal Especial: Coleção estudos direcionados: Perguntas e Respostas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Dalmanto; DALMANTO, Fabio M. de Almenida. **Leis penais especiais comentadas**. 2.ed. atual. São Paulo. Saraiva. 2014

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral** (arts.1º a 120). 6. ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Arma de fogo desmuniada: perigo abstrato ou concreto? A polêmica continua**. Portal LFG. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009093009504824>. Acesso em 26 mai. 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: parte geral** – 22ed. (coleção sinopses jurídicas, v.7). São Paulo. Saraiva.2016

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**, 14.ed, Rio de Janeiro; Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. **Arma de fogo desmuniada: Crimes de Perigo Abstrato e o STF**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal n. 38 – Out-Nov/2010.

JESUS, Damásio De. Crimes de Trânsito. Editora Saraiva. 6ª edição, 2006.(a)

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte Geral, vol. 1. 6ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Método, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)**. – 4ed. rev. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2012.

MIRABETTE, Julio Fabrinni, **Manual de direito penal**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP – 28ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2012. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** – 7ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro. Forense. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do Direito Penal.** 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação criminal. incêndio em residência habitada (art. 250 § 1º, ii, a, do código penal). pleito de absolvição. impossibilidade. desclassificação para forma culposa. não cabimento. crime de perigo concreto. risco à incolumidade pública evidenciada. recurso não-provido. 250§ 1ºii código penal Apelação Crime ACR5038362 PR 0503836. Relator Noeval de Quadros. Curitiba PR 30 out. 2008. Disponível em <<<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6191122/apelacao-crime-acr-5038362-pr-0503836-2>>> Acesso em 26 mai. 2017.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** parte geral e parte especial 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. apelação crime. crimes contra o patrimônio. furto qualificado, na forma tentada. materialidade e autoria demonstradas. furto famélico. inoportunidade. qualificadoras do furto como majorantes do roubo. inviabilidade. reparação dos danos. afastamento. apelações desprovidas. disposições de ofício. apelação crime nº 7002908082. relatora naele ochoa piazzeta. porto alegre rs 15 abr. 2010. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-ite&wc=200&wc_mc=1&oe=utf-8&ie=utf-8&ud=1&sort=date%3ad%3as%3ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=crr%3a400&partialfields=n%3a70029080827&as_q=inmeta%3adj%3adaterange%3a2010-04-15..+#main_res_juris> Acesso em 26 mai. 2017.

SOUZA, Leandro de ; **A Classificação dos Crimes de Trânsito.** Disponível em < <http://www.webartigos.com/artigos/a-classificacao-dos-crimes-de-transito/63487/> > Acesso em 26 mai. 2017.