

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-604-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador/BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia (UFBA), com enfoque na temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. O evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito, no Campus da Graça.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao paralelo entre o funcionamento das audiências de custódia nos Estados de Mato Grosso e Rio Grande do Sul; o Populismo penal e alteração do paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal como reflexos do enfraquecimento da força normativa da Constituição; os fundamentos da punibilidade da tentativa impossível em Portugal: um estudo comparado entre o direito português e brasileiro; o princípio da razoável duração do processo e os reflexos do novo Código de Processo Civil no processo penal; o foro privilegiado e seu impacto na jurisdição do Supremo Tribunal Federal; o Habeas Corpus nº 143.641/SP e a humanização do cárcere feminino no Brasil: limites e possibilidades; a mentalidade inquisitória e mitigação de garantias no processamento criminal pelo STF no contexto dos 30 anos da constituição brasileira; o emprego de arma de fogo como causa geral de aumento de pena; o cárcere como investimento: o que se planeja quando não se está planejando; o marco legal da primeira infância e as prisões cautelares no Supremo Tribunal Federal; os crimes de perigo abstrato e contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção entre risco e perigo; sobre o Habeas Corpus nº 129262: é possível compatibilizar a expansão do direito penal com as garantias processuais penais? Por uma leitura agnóstica; a conduta omissiva sob o enfoque das teorias da ação: ausência de critérios dogmáticos para a imputação por omissão; a

Constituição, presunção de inocência e segurança jurídica; e o estudo empírico da relação entre o (des)conhecimento das estatísticas do cárcere e a demanda pelo recrudescimento do sistema penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Salvador, junho de 2018.

Professora Dra. Vladia Maria de Moura Soares

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O EMPREGO DE ARMA DE FOGO COMO CAUSA GERAL DE AUMENTO DE PENA

THE USE OF FIREARMS AS A GENERAL CAUSE OF PENALTY INCREASE

**Eneida Orbage De Britto Taquary
Isadora Orbage de Britto Taquary**

Resumo

O artigo tem como problemática analisar a necessidade de se estabelecer o emprego de arma de fogo, de uso permitido ou proibido, como causa geral de aumento de pena, no Código Penal. Objetiva-se conhecer o conceito de circunstância do crime; identificar a natureza jurídica da causa geral de aumento de pena e identificar as hipóteses de permissão e proibição de uso de arma de fogo na legislação penal brasileira. A metodologia empregada consiste em analisar a legislação penal, analisando-a comparativamente em relação às leis penais gerais e especiais.

Palavras-chave: Emprego de arma de fogo, Causa geral de aumento de pena, Causa especial de aumento de pena, Estatuto do desarmamento

Abstract/Resumen/Résumé

The article has as problematic to analyze the need to establish the use of firearms, of permitted or prohibited use, as a general cause of increased sentence, in the Penal Code. The objective is to know the concept of circumstance of the crime; to identify the legal nature of the general cause of increase of sentence and to identify the hypotheses of permission and prohibition of the use of firearms in Brazilian criminal law. The methodology used is to analyze the criminal law, analyzing it comparatively in relation to general and special criminal laws.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Use of firearms, Cause of increased sentence, Cause of increased sentence, Disarmament statute

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como problemática discutir a necessidade de se estabelecer o emprego de arma de fogo, de uso permitido ou proibido, como causa geral de aumento de pena, no Código Penal, ressaltando a diferença de tratamento legislativo entre determinadas tipos penais.

O emprego de arma de fogo em diversos crimes patrimoniais, como roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, e outras diversas figuras delitivas é tipificado como causa especial de aumento de pena, motivando um acréscimo de pena somente nesses crimes em que foi previsto.

Em outros crimes graves, como estupro, estupro de vulnerável, constituição de milícia privada e exploração de crianças e adolescentes, a circunstância de majoração de pena não é tipificada, e logo não pode ser aplicada.

Na discussão do tema, é necessário conhecer o conceito de circunstância do crime e quais os seus tipos, bem como identificar a natureza jurídica da causa geral de aumento de pena e as hipóteses de permissão e proibição de uso de arma de fogo na legislação penal brasileira, que compreendem os objetivos do artigo.

A legislação penal será analisada como forma de se discutir a problemática acima exposta, comparando-a com as leis penais gerais e especiais, previstas no Código Penal e na Legislação Especial, destacando-se o Estatuto do Desarmamento, a Lei 10.826, 22 de dezembro de 2003.

2 DA TIPIFICAÇÃO COMO CONTRAÇÃO PENAL A TIPIFICAÇÃO COMO CRIME AUTÔNOMO

O uso de arma de fogo, na legislação penal, desde 1940 era tipo autônomo previsto no art.19 da Lei das contrações Penais, e ao mesmo tempo, tipificado como causa especial de aumento de pena em alguns crimes, como o roubo e a extorsão (GULBENKIAN.1985. PP. 1226-1228)

A mudança de tipificação de contração para crime autônomo somente veio em 1997, com o primeiro Estatuto do Desarmamento, edificado na Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, que Instituiu o SINARM- Sistema Nacional de Armas e as condições para o porte de arma de fogo.

A legislação acima previa em seu Capítulo IV, art. 10, relativo aos crimes e as penas, as condutas de possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, cominando pena de detenção de um a dois anos e multa.

Observe-se que a tipificação recaía apenas no porte de arma de fogo de uso permitido, e o crime era classificado como crime de menor potencial ofensivo, porque já estava em vigor a Lei 9.099/1995, e a pena máxima não era superior a dois anos. A arma de fogo de uso proibido ou restrito somente era tipificada como conduta equiparada ao caput, no art. 10, § 3º, quando o agente modificava as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito.

A legislação acima foi revogada pela Lei 10.826, 22 de dezembro de 2003, que passou a tratar da posse e porte de uso de armas de fogo de uso permitido ou restrito,

respectivamente nos artigos 12, 14 e 16, bem como do comércio ilegal e o tráfico internacional de armas de fogo, acessório ou munição.

As legislações acima não trataram da arma de fogo de uso permitido ou proibido com causa geral de aumento de pena e nem tampouco como agravante genérica nos crimes praticados com o seu emprego, mantendo a disciplina no Código Penal, datada da década de 1940.

3 AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A estrutura das leis penais brasileiras compreende elementos objetivos, normativos e subjetivos, que são denominados também de requisitos. Eles não podem deixar de ser comprovados sob pena de atipicidade da conduta e estão presentes no preceito primário dos tipos penais, no seu *caput*. Para cada tipo penal uma cominação de pena, em qualidade (reclusão ou detenção) e em quantidade (mínimo e máximo). (BITENCOURT.2016.PP.351-371)

O legislador brasileiro, com a intenção de minorar ou majorar a pena, prevê as circunstâncias legais do crime, que em regra, estão dispostas nos parágrafos do tipo penal, ou no parágrafo único. (BITENCOURT.2016.PP.351-371)

As circunstâncias legais do crime para serem aplicadas devem obediência ao princípio da reserva legal. Isto significa que devem ser previstas taxativamente para serem aplicadas, possibilitando o legislador a interpretação analógica em certos casos, mas todos previstos em lei, com por exemplo o caso do motivo torpe, que compreende a paga ou promessa de recompensa ou outro motivo torpe, nos termos do art. 121, §2º, inciso I, do Código Penal (BITENCOURT.2016.PP.351-371).

As circunstâncias legais do crime podem ser objetivas ou subjetivas, e ainda gerais ou especiais. As subjetivas dizem respeito ao agente do crime, enquanto as objetivas se referem ao fato criminoso, conduta humana nuclear, resultado, objeto do crime, modo de realização, vítima, lugar ou tempo do crime (ZAFFARONI.1997.PP.338-368)

As circunstâncias legais gerais estão previstas na parte geral ou na parte especial, motivando a denominação de circunstâncias legais gerais ou especiais, respectivamente (ZAFFARONI.1997.PP.388-440).

As circunstâncias legais gerais subjetivas não podem se comunicar aos coautores ou partícipes, na forma do art. 32 do Código Penal, salvo se forem elementares, isto é, se estiverem previstas no *caput* do tipo penal(ZAFFARONI.1997.PP.388-440).

As circunstâncias objetivas sempre se comunicam, ingressando na esfera do conhecimento do coautor ou partícipe, de qualquer forma, mas sempre antes do início da execução do crime, para que a pena possa se dosada de forma proporcional(ZAFFARONI.1997.PP.388-440).

Na parte geral do Código Penal, as circunstâncias são denominadas de agravantes, atenuantes ou causas gerais de aumento ou diminuição de pena. As atenuantes e agravantes se diferenciam das causas gerais de aumento de pena porque as últimas sempre são previstas com indicação de um percentual, enquanto as atenuantes e agravantes tem o percentual fixado pelo juiz, com base na pena em concreto, e sem que se fixe acima do máximo da pena ou aquém do mínimo legal, cominado pelo legislador, em abstrato. Ademais, as atenuantes estão consagradas no art. 65 e 66, enquanto as agravantes, no art. 61 e 62 do Código Penal, sendo o rol taxativo ou *numerus clausus*(ZAFFARONI.1997.PP.388-440).

Na parte especial do Código Penal, as circunstâncias legais são denominadas de qualificadoras, de crime privilegiado (privilégio ou causa especial de diminuição de pena), ou de causa especial de diminuição de pena (NUCCI. 2017.PP.275-312).

Os crimes qualificados ou as qualificadoras estão dispostas nos parágrafos dos crimes ou no seus parágrafos únicos e se apresentam como circunstâncias que majoram a pena no mínimo e no máximo, trazendo uma cominação de pena, em quantidade nova (NUCCI. 2017.PP.275-312).

As qualificadoras se diferenciam das causas especiais de aumento de pena porque são previstas em percentuais pelo legislador. Outra diferença entre ambas, decorre da fase da dosimetria em que são aplicadas. A qualificadora na pena base, limitada no mínimo e no máximo cominados em abstrato pelo legislador, enquanto as causas especiais de aumento, na terceira fase da dosimetria, após as agravantes e atenuantes(NUCCI. 2017.PP.275-312).

O crime privilegiado ou com circunstância de privilégio possui a causa especial de diminuição de pena, que sempre é fixada em um percentual (PRADO.CAPEZ. 2016.PP. 541)

Nada obsta que possam ser aplicadas qualificadoras e causas especiais de aumento de pena em concurso com as agravantes e as causa gerais de aumento de pena, desde que não sejam semelhantes, de forma a não ofender o princípio *non bis in idem*, bem como atenuantes e causas especiais de diminuição de pena.

A aplicação das circunstâncias legais é realizada pelo juiz no momento em que faz a dosimetria da pena, ao final do processo.

O juiz deve estar atento à probabilidade de aparecerem duas ou mais circunstâncias legais para um mesmo fato delituoso, motivando o conflito aparente de circunstâncias, que será resolvido pelos princípios da especialidade, consunção, alternatividade ou subsidiariedade(NUCCI. 2017.PP.275-312).

A aplicação concomitante de duas circunstâncias semelhantes ao mesmo crime gera violação do princípio da reserva legal, em especial do princípio do *nom bis in idem*, motivo pelo qual no conflito aparente entre as circunstâncias legais gerais e especiais

devem prevalecer as circunstâncias especiais. Daí o princípio: lei especial afasta a incidência da lei geral(NUCCI. 2017.PP.275-312).

O conflito aparente pode se dar entre a parte geral do Código Penal e as regras gerais de uma lei especial. Note-se que além do princípio da especialidade, outro fundamento deve ser invocado, previsto no art.12 do Código Penal, o da subsidiariedade da leis penais gerais, expresso nos termos seguintes: "as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso". Depreende-se que a lei especial afasta a incidência da parte geral do Código Penal, caso disponha de forma diversa ou contenha dispositivo semelhante.

4 O EMPREGO DE ARMA DE FOGO COMO CIRCUNSTÂNCIA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O emprego de arma de fogo como circunstância de aumento de pena, ou causa especial de aumento de pena ou qualificadora, já era previsto no Código Penal, antes mesmo da conduta ser tipificada como crime autônomo, em lei especial, no crime de constrangimento ilegal; violação de domicílio; roubo; extorsão; associação criminosa, fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança (CÓDIGO PENAL. 2018)

No crime de constrangimento ilegal, art. 146, § 1º, o emprego de arma de fogo determina a aplicação das penas cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas(CÓDIGO PENAL. 2018).

No crime de violação de domicílio, art. 150, § 1º, há o concurso material entre o crime mencionado e o decorrente da violência, nos termos seguintes: "[...]se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de

arma, ou por duas ou mais pessoas: pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência[...]" (CÓDIGO PENAL. 2018).

O crime de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal, prevê o aumento de um terço até a metade, no seu § 2º, se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma, da mesma forma que o crime de extorsão, previsto no art. 158, § 1º (Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade) (CÓDIGO PENAL. 2018).

A associação de três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes, prevista no art. 288, do Código Penal, autoriza, no seu parágrafo único, o aumento de pena até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente(CÓDIGO PENAL. 2018).

E ainda e por fim, o art. 351, prevê o crime de fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança com pena qualificada, quando o crime é praticado à mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, nos seguintes termos:"[...]art. 351 - Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva:pena - detenção, de seis meses a dois anos[...]" e seu "§ 1º - Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de dois a seis anos"(CÓDIGO PENAL. 2018).

Na legislação especial, o emprego de arma aparece como causa especial de aumento de pena nos crimes da Lei 11343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD e que prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, prevê no seu art. 40, o aumento de pena, com a seguinte redação: "[...] art. 40- As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:[...] IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva[...]"(MONTEIRO. 1992. PP.30-35)

Também a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, prevê o emprego de arma de fogo como circunstância legal de aumento de pena, do tipo causa especial, nos seguintes termos: "[...] art. 2º [...] § 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo [...]" (BRASIL. 2018).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 8069, de 13 de julho de 1990, prevê em seu art. 79, que as revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições (BRASIL. 2018.)

Também no art. 242, há tipificação de crime, para aquele que vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo para crianças e adolescentes, cominando pena de reclusão de três a seis anos (BRASIL. 2018.)

Observa-se, portanto que a finalidade do legislador foi a de punir mais severamente aquele que emprega arma de fogo para a prática de outro crime, tipificado no Código Penal ou na Legislação Penal Especial.

5 O EMPREGO DE ARMA DE FOGO PARA A PRÁTICA DE CRIME MAIS GRAVE NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

A Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre o registro, a posse e a comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, prevê os crimes de porte e posse de arma de fogo de uso permitido ou restrito, respectivamente nos artigos 12, 14 e 16, bem como do comércio ilegal e o

tráfico internacional de armas de fogo, acessório ou munição, nos arts. 17 e 18, respectivamente, e ainda o aumento de pena de metade se a arma de fogo, acessório ou munição forem de uso proibido ou restrito, não prevendo a hipótese de aumento de pena, quando o agente pratica outros crimes, tipificados no Código Penal, com o emprego de armas. Manteve as fórmulas jurídicas já previstas na parte especial do Código Penal, isto é, autorizando a majoração da pena, em caso de emprego de arma de fogo, de uso permitido ou proibido, nas hipóteses já tipificadas (MORAES. SMANIO.PP 87-90).

Ainda, previu o legislador, expressamente, ao antever as possibilidades de conflitos de leis, que poderiam ocorrer quando o agente empregasse arma de fogo de uso permitido ou proibido, e efetuasse disparo, o princípio da subsidiariedade no art. 15, quando ocorrer o disparo de arma de fogo ou o acionamento de 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. A pena cominada para é a de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa (MORAES. SMANIO.PP 87-90).

O disparo na via pública somente poderá ser punido como crime autônomo, nas hipóteses em que o agente não pratique outro crime ou tenha essa finalidade. Havendo o crime mais grave a hipótese do art. 15 do Estatuto do desarmamento fica afastada, pela absorção do crime menos grave, ou secundário, pelo crime mais grave ou principal.

Em relação às outras formas de tipificação, não há óbice à configuração do concurso material ou a continuidade delitiva, desde que presentes os requisitos dos arts. 69 e 71, respectivamente.

Outro aspecto importante, se refere à possibilidade de aplicação do princípio da especialidade, mas de forma invertida, porque o Código Penal em relação ao Estatuto do Desarmamento será a lei especial, nas hipóteses em que haja a tipificação do emprego de arma de fogo como qualificadora ou causa especial de aumento de pena. Nesses casos, afasta-se o Estatuto do Desarmamento e aplica-se a parte especial do Código Penal, compreendendo o aumento de pena ou a qualificação. Não poderão ser aplicados

os institutos mencionados do concurso material ou a continuidade delitiva, em face do princípio *nom bis in idem*(MORAES. SMANIO.PP 87-90).

6 O TRATAMENTO LEGISLATIVO ISONÔMICO EM RELAÇÃO A EXTENSÃO DA APLICAÇÃO DO AUMENTO DE PENA NO CASO DE EMPREGO DE ARMA DE FOGO PARA A PRÁTICA DE CRIME

O emprego de arma de fogo para a prática de outros crimes, na legislação penal brasileira caracteriza uma circunstância de aumento de pena ou qualificadora, com exceção do Estatuto do Desarmamento, no caso de disparo na via pública, com a finalidade de praticar crime mais grave.

Observa-se que o critério de se estabelecer o emprego de arma de fogo como circunstância de aumento de pena foi esporádico e desprovido de técnica jurídica, merecendo reparos pela legislação penal brasileira.

O emprego de arma de fogo para a prática de outro crime, impõe a discussão do objeto jurídico protegido, porque há probabilidade no momento da atuação do agente de ocorrência de homicídio ou lesão corporal grave, motivando a hipótese de crime preterdoloso.

A tipificação dos crimes autônomos no bojo do Estatuto do Desarmamento são classificados pela doutrina e jurisprudências dos Tribunais Superiores como crime de mera conduta e de perigo abstrato, não havendo necessidade de comprovação de dano à integridade corporal ou a vida das pessoas, mas apenas a comprovação de eficiência da arma e munição, mediante perícia.

São classificados ainda como crimes de perigo comum ou coletivo, porque atingem a coletividade. O bem jurídico tutelado não é individual, mas coletivo.

Em relação ao emprego de arma de fogo como causa de aumento de pena ou qualificadora, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores também têm considerado que o emprego de arma de fogo, com exceção das armas de brinquedo, devem majorar a pena nos casos tipificados, por caracterizarem delito de mera conduta e de *perigo* abstrato, consumando-se sem a necessidade de efetiva lesão, sendo presumida a sua ofensividade, justamente em decorrência da insegurança e do *risco* que a oferece à sociedade (BRASIL. STJ.2018).

Quando se aprecia os casos em que a legislação tipificou o emprego de arma de fogo como circunstância, do tipo causa especial de aumento de pena ou como qualificadora, verifica-se que não houve tratamento legislativo isonômico em relação a extensão da aplicação do aumento de pena em outros crimes graves como os sexuais, Crimes contra a Pessoa, Crimes contra Paz Pública, Crimes contra a Incolumidade Pública ou a Fé Pública.

Há necessidade de modificação da legislação penal para adequação do Código Penal para modificação do tratamento jurídico do emprego de arma de fogo.

O emprego de arma de fogo pela sua lesividade deve ser tratado na parte geral do Código Penal, como agravante genérica ou causa geral de aumento de pena, de forma a possibilitar a aplicação em todos os crimes em que haja o seu emprego, evitando uma deformação no ordenamento jurídico, que somente admite a majoração em crimes selecionados sem técnica e sem isonomia.

Atualmente, se discute no Congresso Nacional, por intermédio do Projeto de LEI 3.722, a possibilidade de várias mudanças que implicarão em revogação do Estatuto do Desarmamento em vigor.

Deve-se, entretanto notar, que segundo o Ministério da Justiça entre o ano de 2004 a julho deste ano, 671.887 armas de fogo foram entregues voluntariamente por

meio da Campanha Entregue sua Arma, prevista no Estatuto do Desarmamento, e ainda existem 8,5 milhões de armas ilegais, sendo que 3,8 milhões estão nas mãos de criminosos.

Esses dados comprovam que o controle efetivo no porte e posse de armas têm sido frágil no Brasil e em vários países fronteiriços, em especial quando se refere ao controle de armas de uso proibido, que são traficadas e chegam às mãos de criminosos e de integrantes de associações criminosas e de milicianos (BITENCOURT.2016.PP132-132).

Deve-se ressaltar que no caso das associações criminosas armadas a pena poderá ser aumentada de metade, nos termos do art.288, do Código Penal, mas a mesma regra não se aplica aos crimes de constituição de milícia privada, previstos no art. 288-A, o que denota o descompasso do legislador para com a realidade social e jurídica (BITENCOURT.2016.PP132-132)

O crime de constituição de milícia privada, apesar de tão grave, quanto o de associação criminosa, previsto no art. 288, recebeu tratamento diferenciado, não expressando a gravidade da conduta e o perigo para a sociedade (BITENCOURT.2016.PP132-132).

7 CONCLUSÃO

O porte de arma de fogo era tipo autônomo previsto no art.19 da Lei das contravenções Penais, e ao mesmo tempo, tipificado como causa especial de aumento de pena ou qualificadora desde a década de 1940.

Passou a conduta de portar arma de fogo a tipificação de crime somente em 1997, com o primeiro Estatuto do Desarmamento, edificado na Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, e o crime era classificado como crime de menor potencial ofensivo, porque já estava em vigor a Lei 9.099/1995, e a pena máxima não era superior a dois anos.

O crime de portar armas de fogo de uso proibido ou restrito, somente ocorria quando o agente modificava as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito.

A legislação acima foi revogada pela Lei 10.826, 22 de dezembro de 2003, que passou a tratar da posse e porte de uso de armas de fogo de uso permitido ou restrito, respectivamente nos artigos 12, 14 e 16, bem como do comércio ilegal e o tráfico internacional de armas de fogo, acessório ou munição.

O legislador penal brasileiro estabeleceu o emprego de arma de fogo como circunstância dos crimes e com crime autônomo, respectivamente no Código Penal, na parte especial, e na Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

No Código Penal, a circunstância aparece, ora como causa especial de aumento de pena, ora como qualificadora.

O emprego de arma de fogo é circunstância objetiva que se comunica aos coautores e partícipes no crime, desde que ingresse na esfera de conhecimento das pessoas que participam do evento.

O emprego de arma de fogo como circunstância de aumento de pena, ou causa especial de aumento de pena ou qualificadora, são tipificados nos crimes de constrangimento ilegal; violação de domicílio; roubo; extorsão; associação criminosa, fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança. Em todos eles, com exceção do crime de fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança, a pena deverá ser aumentada na terceira fase da dosimetria da pena.

No Estatuto do Desarmamento, a Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o legislador não utilizou o emprego de arma como causa especial de aumento de pena para os crimes definidos em outras leis especiais ou no Código Penal.

Ao contrário, a tipificação do emprego de arma de fogo, de uso permitido ou proibido tem sido estabelecida aleatoriamente, sem denotar um critério proporcional ou técnica legislativa.

Encontra-se como causa especial de aumento ou qualificadora, desde a década de 40, na edição do Código Penal, permanecendo anacrônica esta disciplina, porque datada de mais de setenta anos e não atendendo os anseios sociais e o dinamismo dos eventos criminais.

Nas legislação especial, como no caso dos crimes de tráfico de drogas e os equiparados e outros mais graves, previstos na Lei 11343/2006, e nos crimes de organização criminosa, previstos na Lei 12805/2013, o emprego de arma é tipificado como causa especial de aumento de pena, denotando uma legislação mais arrojada e atual.

8 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral. Vol. I**, 22^a ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva. 2017.

BRASIL. Código Penal. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em
10.01.2018.

BRASIL. LEI 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 10.01.2018

BRASIL. LEI 11343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em 10.01.2018

BRASIL. LEI 12850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 10.01.2018

GULBENKIAN, Fundação Calouste. **Ordenações Filipinas - Livros IV e V.** Edição *fac-símile* da edição feita por Candido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870. LISBOA: 1985.

MONTEIRO, Antonio Lopes, **Crimes Hediondos – Texto, comentários e aspectos polêmicos**, 2ª Ed. Aumentada, SÃO PAULO: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de e SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Stela; CAPEZ, Fernando. **Considerações Sobre o Tráfico de Pessoas e Organizações Criminosas**. In: CARNEIRO, José Reinaldo; MESSA, Ana Flávia (coord.). **Crime Organizado**. p. 541.

SIQUEIRA, Liborni. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 1997.