

APROVADA POR UNANIMIDADE

A inaplicabilidade do princípio da consunção em relação ao homicídio cometido com arma de fogo

Guilherme de Sá Meneghin

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Titular da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mariana/MG

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto

Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes

Mestrando em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais

Palavras-chave: Lei n. 10.826, de 2003. Crimes do Estatuto do Desarmamento. Artigo 121 do Código Penal. Homicídio praticado com arma de fogo. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Reconhecimento do concurso de crimes. Subsidiariamente, deve caracterizar circunstância judicial negativa.

Sumário: 1. Introdução: a taxa homicídios em face da escalada armamentista; 2. Conflito aparente de normas: o princípio da consunção em Direito Penal; 3. Homicídio e arma de fogo: absorção ou concurso de crimes?; 4. Circunstância judicial negativa; 5. Conclusão: as teses.

Resumo: Frequentemente, os homicídios são cometidos com o uso de armas de fogo, em virtude de sua natural potencialidade lesiva. A disseminação desses instrumentos em nossa sociedade incrementou as taxas de homicídios nos últimos trinta anos, de modo que aproximadamente cinquenta mil pessoas são assassinadas por ano no Brasil. Nesse contexto, a jurisprudência e a doutrina majoritárias entendem que o criminoso não pode ser punido pelo porte de arma de fogo, quando usa tal instrumento para matar, posto que consideram indefectível a absorção deste delito pelo crime doloso contra a vida. Logo, o agente que comete um homicídio com disparos de arma de fogo só pode ser punido pelas sanções do artigo 121 do Código Penal, que absorvem os crimes antecedentes ou posteriores relacionados à detenção da arma de fogo. Todavia, os crimes de posse e porte de arma de

fogo, munição ou acessório, previstos na Lei n. 10.826, de 2003, tutelam bem jurídico distinto da vida, de que cuida o preceito do estatuto penal. Além disso, tais instrumentos não tem sua potencialidade lesiva extinta pelo crime cometido. Decerto, o princípio da consunção, invocado para promover a impunidade do porte e da posse de arma de fogo, é incompatível com a absorção dos tipos penais descritos no Estatuto do Desarmamento, mostrando que, em verdade, há um concurso de crimes entre o homicídio e os delitos preconizados na lei de armas.

1. Introdução: a taxa de homicídios em face da escalada armamentista

O aumento do número de homicídios nas últimas décadas pode ser justificado por múltiplos fatores, como a desigualdade social, o tráfico de drogas e a ausência do Estado em certas regiões mais carentes de um país ou de uma cidade. Porém, todos concordam que as armas de fogo contribuem decisivamente para o elevado número de assassinatos na atualidade.

Um dos mais recentes estudos, publicado no ano de 2013, o *Mapa das Armas de Fogo nas Microrregiões Brasileiras*, realizado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), concluiu categoricamente que a disseminação das armas de fogo é o fator mais relevante para o exagerado número de homicídios que assola a sociedade brasileira¹⁶.

Segundo Daniel Cerqueira, diretor de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest) do IPEA “a taxa de homicídios no Brasil é de 26 por cem mil habitantes, porém esse número poderia estar em torno de 13, não fosse a corrida armamentista dos anos 90”.¹⁷

Atento a essa realidade, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) elaboraram tratados internacionais que estipulam regras rígidas para o comércio de armas e obrigam os estados participantes a punirem aqueles que utilizam ou vendem ilegalmente tais instrumentos.

A Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos, concluída em Washington, em 14 de novembro de 1997 (CIFTA/OEA), foi inserido formalmente no ordenamento pátrio em 1999, com a publicação do Decreto n. 3.229, de 1999. No artigo IV, o ato internacional prescreve a necessidade de tipificar as condutas como crimes:

¹⁶ Fonte: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=17514. Acesso em: 10.08.2014.

¹⁷ Fonte: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=17514. Acesso em: 10.08.2014.

Artigo IV. Medidas legislativas

1. Os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para tipificar como delitos em seu direito interno a fabricação e o tráfico ilícitos de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos.
2. Sem prejuízo dos princípios constitucionais e aos conceitos fundamentais dos respectivos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes, os delitos que se tipifiquem de acordo com o parágrafo anterior deverão incluir a participação na perpetração de algum desses delitos, a associação e o conluio para perpetrá-los, a tentativa de cometê-los e a assistência, a incitação, a facilitação ou o assessoramento em relação à sua perpetração.

Em idêntico ponto de vista, o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotado em Nova York, em 31 de maio de 2001 e publicado no Brasil por meio do Decreto n. 5.941, de 2006, prevê ampla punição para os comportamentos ilegais alistados ao armamento ilegal.

No plano interno, o legislador cunhou o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826, de 2003), revogando a Lei n. 9.437, de 1997, introduzindo mecanismos punitivos mais severos aos crimes relacionais a armas de fogo.

Dentre as variadas inovações trazidas na Lei n. 10.826, de 2003, destacam-se o aumento das penas nas diversas modalidades de crimes, diferenciação das sanções de acordo com a conduta, criação de maior rigor na venda/compra de armas, introdução de mais requisitos para obtenção do porte, instituição de incentivos à entrega de armamento e convocação de um referendo para votar sobre a proibição do comércio de armas em todo o território nacional.

Certamente, esse arcabouço não tem como alvo o simples portar ou possuir arma de fogo. Em verdade, objetiva atacar uma das principais causas dos crimes, notadamente os homicídios: a proliferação das armas de fogo.

Não obstante, na doutrina e na jurisprudência nacionais impera a ideia de que o crime de homicídio, perpetrado com arma de fogo, absorve a posse e o porte de armas de fogo, bem como o disparo efetuado. Com isso, no exício, tais delitos não produzem qualquer efeito penal, malgrado em outros crimes possam influenciar na fixação da sanção.

Essa interpretação conflita especialmente com os anseios sociais, desejosos de mais celeridade e rigorosa punição dos autores de delitos violentos.

2. Conflito aparente de normas: o princípio da consunção em direito penal

O celeuma suscitado entre o crime de homicídio, tipificado no artigo 121 do Código Penal, e os crimes do Estatuto do Desarmamento, previstos entre os artigos 12 e 18 do citado diploma legal, é geralmente solucionado através do princípio da consunção, que constitui um dos vetores para resolver o conflito aparente de normas em matéria penal.

Nelson Hungria explica o princípio da consunção com a maestria que lhe é peculiar:

Consunção. Finalmente, uma norma deve ser reconhecida consumida por outra quando o crime previsto por aquela não passa de uma fase de realização do crime previsto por esta, ou é uma necessária ou normal forma de transição para o último (crime progressivo). O crime previsto pela norma consuntiva representa a etapa mais avançada na realização do malefício, aplicando-se, então, o princípio de que *major absorbet minorem*. Os fatos aqui, também não se acham em relação de *species a genus*, mas de *minus a plus*, de parte a todo, de meio a fim. [...] É de se notar ainda que a exclusão de uma norma por outra pode ocorrer no caso em que não haja unidade de fato ou um só contexto de ação. Um fato, embora configure crime, pode deixar de ser punível quando anterior ou posterior (*straflose Vor und Nachtat*) a outro crime mais grave [...].¹⁸

De acordo com Fernando Capez, afirma-se que *lex consumens derogat consumptae*, ou seja, o crime (fato típico) mais grave e amplo absorve o crime (fato típico) menos grave, aplicando-se somente a norma penal que contém a pena mais severa.¹⁹

No princípio da subsidiariedade, em função do fato concreto, comparam-se as normas para saber qual é a aplicável. Na consunção, sem recorrer às normas, comparam-se os fatos, verificando-se que o mais grave absorve os demais. A comparação é estabelecida entre fatos e não entre normas, de maneira que o mais completo, o todo, prevalece sobre a parte.

Em outras palavras, não é a norma que absorve a outra, mas o fato que consome os demais, fazendo com que só reste uma norma e evitando-se o *bis in idem*. Se um sujeito dirige perigosamente um carro até provocar, no mesmo contexto fático, um acidente fatal, a direção perigosa é absorvida pelo homicídio culposos; o crime consumado absorve o mesmo crime na forma tentada (artigo 14, I e II, do Código Penal); as lesões (artigo 129 do Código Penal) que causam a morte são absorvidas pelo homicídio (artigo 121 do Código Penal); o crime de tortura (artigo 1º da Lei n. 9.455, de 1997) é consumido pelo crime de homicídio qualificado pela tortura (artigo 121, §2º, III, do Código Penal). Portanto, a relação consuntiva é de continente e conteúdo, de todo e parte.

¹⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo 1º*. Forense: Rio de Janeiro, 1955, p. 136.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral. Vol. 1*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

A doutrina distingue 03 (três) hipóteses em que se cataloga a consunção: crime progressivo, crime complexo e progressão criminosa²⁰. Saliente-se que os antefatos e pós-fatos impuníveis encontram-se justamente na progressão criminosa.

O crime progressivo acontece quando um crime é meio necessário ou fase de preparação ou execução de outro crime. O agente, objetivando, desde o início, produzir o resultado mais grave, pratica, por meio de atos sucessivos, crescentes violações ao bem jurídico. No crime progressivo, há apenas um crime, desde o início. A solução decorrente do princípio da consunção é que crime meio fica absorvido pelo crime fim. Se o agente, pretendendo assassinar a vítima, a agride até matá-la, responderá somente pelo crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal), que absorve as lesões corporais (artigo 129 do Código Penal). O último golpe absorve os anteriores, respondendo o agente apenas pelo fato mais grave. Usando esse exemplo, pode-se inferir que o crime progressivo tem como componentes a unidade de elemento subjetivo (desde o início age com dolo de matar), unidade de fato, pluralidade de atos e progressividade na lesão ao bem jurídico.

O crime complexo resulta da fusão de dois ou mais delitos autônomos, que passam a funcionar como elementares ou circunstâncias do tipo complexo. O fato complexo absorve os fatos autônomos que o integram. O latrocínio é construído a partir da junção entre os crimes de roubo (artigo 157 do Código Penal) e homicídio (artigo 121 do Código Penal). Logo, o agente que mata para roubar só pode ser punido pelo tipo descrito no artigo 157, §3º, do Código Penal.

A progressão criminosa, por sua vez, compreende 03 (três) elementos ou subespécies: progressão criminosa em sentido estrito, antefatos impuníveis e pós-fatos impuníveis.

Na progressão criminosa em sentido estrito o agente deseja, inicialmente, produzir um resultado e, após atingi-lo, decide prosseguir e produzir a lesão mais grave. Distingue-se do crime progressivo, porque, enquanto neste há unidade de desígnios e um único fato, na progressão criminosa há pluralidade de elemento subjetivo e de fatos. Há, em verdade, dois ou mais crimes, impulsionados por duas ou mais vontades. Assim, se o agente inicialmente deseja ferir a vítima, mas, após atingir esse objetivo, muda de ideia e resolve matar a vítima, responde pelo crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal), que consome o crime de lesão corporal (artigo 129 do Código Penal). Consoante o princípio da consunção, embora haja condutas distintas, o agente só responde pelo resultado final, mais grave, ficando os fatos anteriores absorvidos.

O fato anterior (*ante factum*) não punível ou antefato impunível ocorre sempre que um fato anterior menos grave for praticado como meio necessário para a realização de outro mais grave,

²⁰ Alguns autores afirmam que os tipos mistos alternativos (crimes de ação múltipla ou conteúdo variado), como o artigo 14 da Lei n. 10.826, de 2003, também são resolvidos pelo princípio da consunção. Outros preferem o *princípio da alternatividade* para solução desse conflito que, na prática, acontece dentro da mesma norma incriminadora. Veja, por todos, Fernando Capez, Ob. Cit., p. 78.

ficando por este absorvido. Exemplo: o agente invade um domicílio para furtar; a invasão de domicílio (artigo 150 do Código Penal) fica absorvida pelo furto (artigo 155 do Código Penal).

Já o fato posterior (“post factum”) não punível ou pós-fato impunível advém quando o agente, após realizar a conduta, pratica novo ataque contra o mesmo bem jurídico. O fato posterior é tomado como mero exaurimento. Assim, se o agente, depois de furtar, vende ou destrói a coisa, será punido somente pelo furto (artigo 155 do Código Penal). A venda ou destruição do bem não constitui outro crime, como o delito de dano (artigo 163 do Código Penal), mas mero exaurimento do furto já consumado. Daí que essa segunda conduta do agente constitui um pós-fato impunível, na medida em que o agente não pode ser penalizado pelo segundo ato. Porém, o exaurimento do crime não é um irrelevante penal, porquanto o juiz deverá levar em consideração as consequências do crime para fixar a pena base (artigos 59 e 68 do Código Penal).

Saliente-se, por fim, que o exame do princípio da consunção deve levar em consideração a existência de crimes cometidos no mesmo contexto fático. É uma regra que auxilia a aplicação deste postulado. Decerto, quando os crimes são cometidos nessa situação, opera-se a absorção do menos grave pelo de maior gravidade. Por outro lado, se os momentos forem destacados – fora do mesmo contexto fático – responderá o agente pelos crimes em concurso.

3. Homicídio e arma de fogo: consunção ou concurso de crimes?

Tradicionalmente, doutrina e jurisprudência vem enfrentando o tema com superficialidade. Repetem, incessantemente, que o crime de homicídio, mais grave e amplo, absorve o crime de posse ou porte de arma de fogo, fato típico menos grave. Aduzem que o porte anterior da arma de fogo e o disparo efetuado para matar a vítima constituem fase normal de execução do delito. Quanto ao uso ou descarte posterior da arma, sequer fazem alguma menção.

Nesse sentido, pode-se citar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE. CONTEXTO FÁTICO ÚNICO. 1. A aplicação do princípio da consunção pressupõe, necessariamente, a análise de existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa, sendo, por isso mesmo, inviável a sua aplicação automática, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto 2. Havendo um contexto fático único e incontroverso de que a arma de fogo foi o meio para a consumação do crime de homicídio, aplica-se o princípio da consunção. 3. Ordem concedida. (STJ - HC 104.455/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO TENTADO. PORTE ILEGAL DE ARMAS. LEI 9.437/97. ABSORÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte Superior de Justiça é firme na compreensão de que o crime de homicídio absorve o de porte ilegal de arma de fogo quando as duas condutas delituosas guardem, entre si, relação de meio e fim. 2. Agravo a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp 821.881/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 19/12/2008)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIOS TENTADOS - CASSAÇÃO DO JULGAMENTO SOB A ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - DESCABIMENTO - JURADOS QUE OPTAM POR VERSÃO CONTIDA NOS AUTOS - RESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS POPULARES - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - CRIME-MEIO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO EX OFFICIO - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, ABSOLVIDO O APELANTE DO DELITO DE PORTE DE ARMA DE FOGO. 01. Restando evidenciado que o veredicto a que chegou o Conselho de Sentença não é manifestamente contrário à evidência dos autos, deve-se manter a condenação imposta pelo Tribunal Popular do Júri, porquanto deve prevalecer o princípio da soberania dos veredictos, conforme prescrito no artigo 5º, inciso XXXVIII, "c", da CF/88. 02. **Quando o crime de porte ilegal de arma de fogo é meio para execução do delito de homicídio qualificado tentado, cabível a aplicação do princípio da consunção.** (TJMG - Apelação Criminal 1.0543.07.001685-1/002, Relator(a): Des.(a) Rubens Gabriel Soares, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/07/2014, publicação da súmula em 08/07/2014)

Lobriga-se que, na decisão do Sodalício Mineiro, os julgadores cassaram diretamente a decisão soberana dos jurados, eliminando o crime de porte ilegal de arma de fogo sem submeter o réu a novo júri popular.

Deduz-se por essa orientação que o agente, ainda que tenha adquirido a arma de fogo semanas antes do fato, não pode ser punido por tal infração penal. O mesmo se pode dizer quanto ao emprego posterior. É que comumente a polícia não consegue arrecadar a arma, tampouco os assassinos entregam a arma após os crimes que cometem, preferindo vender ou emprestar a outros delinquentes ou, ainda, esconder o instrumento para futura utilização. Essas condutas subsequentes caem nos *post factum* impuníveis.

A interpretação exibida, contudo, não pode mais prosperar, porquanto incorre em vários equívocos e não se adequa aos pressupostos normativos e ontológicos do princípio da consunção.

Primeiramente, o princípio da consunção pressupõe fatos que afetem o mesmo bem jurídico ou que possuam relação imediata de meio e fim, sem potencialidade lesiva superveniente e praticada no mesmo contexto fático.

Logicamente, se o fato típico antecedente não possui essas características não pode ser absorvido pelo fato posterior.

No que tange ao bem jurídico, conquanto reconheça a polêmica acerca dos bens jurídicos coletivos ou difusos²¹, a que correspondem os crimes de perigo a abstrato, prevalece na jurisprudência que a posse e o porte de arma de fogo classificam-se como crimes de mera conduta e perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a própria segurança ou incolumidade pública.

A respeito, vale citar a conceituação legal dos principais tipos penais do Estatuto do Desarmamento, a saber, a posse e o porte de arma de fogo de uso permitido e de uso restrito ou proibido (artigos 12, 14 e 16):

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

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:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de

²¹ Sobre a disputa entre a teoria da liquefação, desmaterialização ou espiritualização dos bens jurídicos, em contraposição aos bens jurídicos individuais, vale conferir a obra *Bem Jurídico-Penal e Constituição* de Luis Régis Prado.

dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

III – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e

VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

Analisando os fatos incriminados no Estatuto do Desarmamento, Fernando Capez leciona sobre a objetividade jurídica:

A incolumidade pública, ou seja, o estado de preservação ou segurança em face de possíveis eventos lesivos. Tutela-se a manutenção da tranquilidade de um número indeterminado de pessoas, presumivelmente turbada com a mera realização das condutas descritas no tipo.²²

Por sua vez, o autor Guilherme de Souza Nucci descreve os objetos material e jurídico do crime previsto no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento (a posse ilegal de arma de fogo), nos seguintes termos: “o objeto material pode ser arma de fogo, o acessório ou a munição de uso permitido. Os objetos jurídicos são a segurança e a paz públicas”²³. O mesmo autor qualifica como idênticos os bens jurídicos nos demais delitos da Lei n. 10.826, de 2003.

A jurisprudência pátria corrobora o entendimento doutrinário. Deveras, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, vêm adotando a tese de que os crimes previstos na Lei n. 10.836, de 2003 possuem como bem jurídico a “segurança pública e a paz social”:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. 1. O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, consuma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e a probabilidade de vir a ocorrer algum dano é presumida pelo tipo penal. Além disso, o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo municiada ou não. Precedentes. 2.

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial Vol. 4*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 363.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 82.

Recurso ao qual se nega provimento. {STF - RHC N. 116.666-ES. RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA - Publicado no Informativo n. 715}.

Assim, como o crime de homicídio tutela a vida, fica evidente a incompatibilidade entre os crimes do Estatuto do Desarmamento e o crime doloso contra a vida.

Em síntese, se o crime de porte de arma de fogo é de mera conduta e perigo abstrato, protegendo a segurança pública, a detenção do instrumento antes do homicídio já consuma o delito e o posterior uso para suprimir a vida de outrem não contém a propriedade de eliminar o crime antecedente.

Certamente, não se pode equiparar a arma de fogo às lesões praticadas para causar a morte da vítima. No crime progressivo e na progressão criminosa, conforme retromencionado, as lesões lesam o mesmo bem jurídico e não possuem outra finalidade senão produzir a morte do ofendido. A arma de fogo, no entanto, tem como bem jurídico a segurança pública e pode ser usada antes ou depois do homicídio para múltiplos crimes.

Por outro lado, não existe uma relação imediata de meio/fim entre o porte da arma e o homicídio, porque são infrações penais com finalidades próprias e potencialidade lesiva autônoma.

Um dos exemplos de consunção diz que o crime de furto (artigo 155 do Código Penal) absorve o crime de violação de domicílio (artigo 150 do Código Penal), quando o agente invade a residência para praticar o delito patrimonial. Ocorre que a intrusão na casa alheia é indispensável à prática da subtração e, após a consumação do furto, não possui mais qualquer potencialidade lesiva.

Tal ideia é inconcebível com o porte de arma de fogo. O homicídio pode ser cometido por diversos meios ou instrumentos de execução, não exigindo-se uma arma de fogo para matar. Assim, afasta-se a relação de meio/fim, como aventada nos julgados, indicando a inexorabilidade do meio empregado para matar.

Além disso, está comprovado empiricamente que os criminosos adquirem a arma de fogo antes do fato e dificilmente consegue-se apreendê-la depois do delito. Portanto, antes do homicídio a posse da arma já aconteceu, configurando o delito do Estatuto do Desarmamento. E, posteriormente, o crime continua a persistir, pois o agente não entrega a arma. Não é incomum que o mesmo instrumento sirva para a prática de diversos delitos, antes e após o crime contra a vida.

Admitindo a hipótese prevalecente na jurisprudência, o porte anterior ou posterior seriam meros antefatos (*ante factum*) e pós-fatos (*post factum*) impuníveis. Isso é inadmissível e não se coaduna com os supracitados pressupostos do princípio da consunção.

Em segundo lugar, existe uma política criminal explícita contra o uso das armas e o legislador criou diversos dispositivos legais que reforçam a repressão penal nesse campo, sem falar nos supracitados tratados internacionais.

Deveras, o emprego da arma de fogo é usado para majorar a pena de vários delitos, por expressa previsão legal. No roubo, na extorsão e na associação criminosa (antigo crime de quadrilha ou bando), o uso de arma constitui causa especial de aumento de pena, a teor dos artigos 157, §2º, I, 158, §1º e 288, parágrafo único, todos do Código Penal.

Ora, essa opção do legislador mostra que a arma de fogo, por seu possante caráter danoso, deve ser sopesado negativamente na fixação da pena. Onde não há disposição legal, o porte de arma para cometimento de um crime deve constituir delito autônomo. Como o crime de homicídio não prevê majorante pelo emprego de arma, infere-se o reconhecimento do concurso de crimes: homicídio cumulado com o crime da lei de armas, na modalidade de concurso material ou formal, conforme o caso.

De acordo com Claus Roxin, o funcionalismo penal prega a interpretação do sistema jurídico-penal segundo a política criminal que lhe serve de base, notadamente compatibilizando o sistema com a função do próprio direito penal: *proteger bens jurídicos*, ou seja, *valores essenciais ao indivíduo e à sociedade*. Portanto, o exame das normas incriminadoras precisa contribuir para tal finalidade:

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de providência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (kriminalpolitische e Zweckmäßigkeit) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética [...] ²⁴

Nessa questão, o legislador não almeja a consunção do porte de arma de fogo pelo homicídio. Prefere a punição do agente pelo homicídio em concurso com o delito do Estatuto do Desarmamento, porquanto essa ilação é a que mais protege o bem jurídico vida e reafirma o desvalor do porte ilegal de arma de fogo no seio da sociedade.

Do arcabouço normativo nacional e supranacional extrai-se a valoração negativa das armas de fogo e, assim, a interpretação dos tipos penais em apreço precisa considerar a política criminal subjacente, que orienta o operador do direito nesse sentido.

Em outras palavras, se toda a política criminal é voltada para a intervenção penal, objetivando a prevenção e repressão tanto dos crimes de homicídio, quanto do porte ilegal de arma de fogo, nada mais adequado do que postular o concurso entre os dois delitos.

²⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

Ademais, se a política criminal pretendesse a impunidade do uso de armas justamente no crime mais grave (homicídio), enquanto em fatos menos graves ocorre a punição, haveria uma clara contradição no sistema, pois a lei elaborada com tanto esmero ficaria desprovida de eficácia na curadoria da vida, prejudicando, inclusive, os compromissos internacionais assumidos pela nação na repressão ao armamentismo.

Sublinhe-se: a interpretação sustentada pela jurisprudência e doutrina majoritárias gera uma contradição insustentável no ordenamento jurídico e confronta diretamente a política criminal estatal.

Uma terceira argumentação diz respeito à própria natureza jurídica dos crimes de porte e de posse de arma de fogo. São crimes de perigo abstrato e mera conduta, cuja consumação independe de qualquer utilização efetiva do armamento. Logo, antes mesmo do homicídio, o crime da lei de armas consuma-se. Subsequentemente, a utilização da arma persiste, quando, geralmente, o agente homizia a arma para não ser localizada pelas autoridades policiais. Isso tudo indica a autonomia dos crimes tipificados no Estatuto do Desarmamento.

Reinterpretando o princípio da consunção, à luz desses argumentos, o Superior Tribunal de Justiça recentemente acenou para uma mutação na matéria:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14, DA LEI Nº 10.826/2003) - CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI, RECONHECIDO O CONCURSO MATERIAL - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO APLICADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS - RECURSO PROVIDO. 1. O art. 78, I, do Código de Processo Penal, submete à competência do Júri o julgamento dos crimes conexos, fixando a prevalência do Tribunal Popular sobre outro órgão da jurisdição comum. 2. O art. 593, III, "d", e seu § 3º, do Código de Ritos, permite a anulação do julgamento pelo Conselho de Sentença se o Tribunal verificar que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, submetendo o réu a novo Júri. A norma não permite a substituição da decisão dos jurados pela do órgão julgador, para não ferir e morte o princípio da soberania dos veredictos. 3. Impossibilidade de anular a decisão dos jurados que optaram por uma corrente de interpretação da prova a eles apresentada. **4. O crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14, caput, da Lei nº 10.826/03), é um tipo penal alternativo que se classifica como de mera conduta e de perigo abstrato, o que autoriza o reconhecimento da autonomia do delito em relação ao homicídio.** 5. Recurso especial provido para restabelecer o veredicto do Tribunal do Júri. (STJ - REsp 1360248/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 12/08/2014)

Considera-se, portanto, o tipo penal do porte de arma de fogo autônomo em relação ao homicídio, o qual não possui o condão de absorver a conduta típica precedente.

Essa exegese, a nosso ver, deve prevalecer, para que o uso de armas venha a ser efetivamente punido no Brasil e o Estatuto do Desarmamento possa, definitivamente, concorrer para a redução da criminalidade violenta, que se arma para cometer as maiores violações de direitos humanos.

4. Circunstância judicial negativa

Do contexto político-criminal relatado, é indubitoso que o Estado brasileiro almeja a redução da criminalidade, através de uma maior intervenção no que diz respeito às condutas vinculadas ao porte de arma de fogo.

Conquanto admita-se a possibilidade de aplicar o princípio da consunção, o que não concordamos, resta ainda a incógnita sobre a eficácia penal do Estatuto do Desarmamento no crime de homicídio, assim como ocorre expressamente com outros delitos.

Decerto, o emprego de arma de fogo, por si só, é um crime e, portanto, ao ser absorvido pelo delito de homicídio, o juiz precisa valorar negativamente essa circunstância na dosimetria da pena, seguindo os parâmetros do artigo 59 do Código Penal.

Pode-se fazer um paralelo com o crime de furto domiciliar. A jurisprudência, quase à unanimidade, considera o crime patrimonial cometido no recando residencial como circunstância judicial negativa, exatamente pelo motivo de que a própria violação domiciliar constituir um delito autônomo.

De fato, o porte de arma de fogo, se não configurar crime autônomo, ao menos servirá para majoração da pena-base, como circunstância judicial desfavorável, conferindo alguma eficácia ao Estatuto do Desarmamento.

5. Conclusão: as teses finais

Através desse breve estudo, buscou-se identificar o princípio da consunção, no quadro complexo envolvendo o homicídio perpetrado com armas de fogo. A jurisprudência, embora com algumas decisões conflitantes, ainda sustenta a aplicação do citado postulado, de modo que o crime do Estatuto do Desarmamento fica impune no caso concreto.

Como ficou demonstrado, a interpretação gerada pela jurisprudência não se coaduna com as bases normativas e ontológicas do princípio da consunção. Além disso, a política-criminal oficial do Estado e os anseios sociais, expressos em manifestações populares, cobram das autoridades uma maior intervenção penal no intuito de prevenir e reprimir os crimes violentos, nomeadamente o homicídio.

Logo, quando o agente usa uma arma de fogo para matar, deve ser punido pelo crime descrito no artigo 121 do Código Penal em concurso material com algum dos delitos descritos no Estatuto do

Desarmamento, especialmente a posse e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e a posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito ou proibido (artigos 12, 14 e 16 do referido diploma legal).

De fato, como tese principal, apresentamos a seguinte conclusão: ***O princípio da consunção é inaplicável aos crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo, antecedentes ou posteriores, quando tais instrumentos são usados para cometer o delito de homicídio, de modo que o agente responde pelo crime doloso contra a vida em concurso com o crime previsto no Estatuto do Desarmamento.***

Subsidiariamente, apresenta-se a seguinte tese: ***Quando não configurarem delito autônomo, a posse e o porte de arma de fogo, antecedentes ou subsequentes ao crime de homicídio, constituem circunstância judicial negativa, a ser aplicada na primeira fase da dosimetria da pena (artigo 59 do Código Penal).***

Eis, portanto, os pontos nucleares das teses esboçadas.

Abstract: Often, homicides are committed using firearms, because of their natural potential harmful. The dissemination of these instruments in our society increased homicide rates in the last thirty years, so that approximately fifty thousand people are murdered every year in Brazil. In this context, case law and doctrine the majority understand that the criminal can not be punished for possession of a firearm, when using such a tool to kill, since the absorption unfailing consider this offense for felony against life. Thus, the agent who commits a murder with shooting a firearm can only be punished by sanctions Article 121 of the Penal Code, which absorb the antecedents or subsequent offenses related to possession of a firearm. However, crimes of possession and carrying of firearms, ammunition or accessory under Law n. 10,832, 2003, oversee and distinct legal life, that takes care of the precept of criminal status. Moreover, such instruments have not extinguished their damaging potential by committing crime. Certainly, the principle of consunção invoked to promote impunity the size and possession of a firearm, is incompatible with the absorption of criminal types described in the Disarmament Statute, showing that, in fact, there is a accumulation between the crimes of murder and the offenses envisaged in firearms law.

Keywords: Law n. 10,826, 2003. Crimes of the Disarmament Statute. Article 121 of the Penal Code. Murder committed with a firearm. Principle of consunção. Inapplicability. Recognition of concurrence of crimes.

Contents: 1. Introduction: the homicide rate in the face of escalating arms; 2. Apparent Conflict of norms: the principle of consunção in Criminal Law; 3 Homicide and Firearm: absorption or accumulation of crimes ?; 4 Conclusion: the thesis..

Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral, volume 1*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Legislação penal especial. Volume 4*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Código penal comentado*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 560.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo 1º*. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1955.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

Referências da Internet

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=17514 Acesso em: 10.08.2014