

INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 1º DA LEI N.º 13.654/2018: AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO NO CRIME DE ROUBO

Fernando Alves Morsch*

RESUMO: o presente artigo busca demonstrar a inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, no ponto em que acrescentou causa de aumento de pena para o emprego de arma de fogo na prática do delito de roubo. Traz breves considerações acerca do controle de constitucionalidade, ressaltando as definições dos vícios de inconstitucionalidade formal e material e das modalidades de controle concentrado e difuso. Instaura a discussão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo legal em comento sob a perspectiva do princípio da individualização da pena e outros postulados correlatos, aliando a uma proposta de arguição da tese em via incidental. Derradeiramente, apresenta argumentos que poderão vir a ser arguidos contra a tese de inconstitucionalidade, rechaçando-os.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade. Individualização da pena. Proporcionalidade. Potencialidade lesiva. Discricionariedade.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breves considerações sobre o controle de constitucionalidade. 3 Inconstitucionalidade material do artigo 1º da lei n.º 13.654/2018. 4 Argumentos contrapostos à tese de inconstitucionalidade. 4.1 Violação à separação dos poderes. 4.2 Afronta à vedação da proteção deficiente 4.3 Apreciação da potencialidade lesiva da arma de fogo durante a valoração das circunstâncias do artigo 59 do código penal. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Na data de 24 de abril de 2018, entrou em vigor a Lei n.º 13.654, que promoveu alterações nos tipos penais dos artigos 155 e 157, ambos do Código Penal, a fim de recrudescer a punição sobre a prática delitiva de furto e roubo

* Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Endereço: Rua Irineu Ferlin, n.º 1.045, Centro, Marau/RS. E-mail: fernandoalvesmorsch@gmail.com.

envolvendo explosivos e de roubo com emprego de arma de fogo ou de que resulte lesão corporal grave.

A medida legislativa (evidente manifestação do Direito Penal simbólico¹) veio em resposta à repercussão causada pelas notícias de cometimento de crimes de furto e roubo com emprego de explosivos em agência bancárias².

Ocorre que o projeto de lei carregou em seu bojo disposição relativa ao uso de arma de fogo, acrescentando ao artigo 157 do Código Penal o § 2º-A, impondo causa de aumento de pena, pela fração de 2/3, se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo (inciso I), revogando, por outro lado, o inciso I do § 2º, que previa a exasperação da pena de 1/3 até metade se a conduta do *caput* fosse cometida com emprego de arma (sem distinção de sua natureza).

Não obstante seja evidente que o objetivo principal da Lei n.º 13.654/18 tenha sido tornar mais gravosa a pena do crime praticado com uso de explosivo, notabilizou relevante modificação no *quantum* de acréscimo da pena aplicável ao crime de roubo majorado pelo emprego de arma, na medida em que suprimiu a hipótese de a arma branca ou de a arma imprópria ser circunstância especial de agravamento da pena, remanescendo apenas a arma de fogo, além de afastar o juízo discricionário do órgão julgador para definir a fração de aumento da pena ao estabelecer, agora, um patamar único de exasperação.

Esse enrijecimento da fração de aumento da pena, conforme será adiante argumentado no presente trabalho, inquina a indigitada lei de inconstitucionalidade material, tendo em vista que, ao desconsiderar circunstâncias fáticas que envolvem o emprego de arma de fogo, não permite a adequada individualização da pena, imperativo constitucional previsto no artigo 5º, XLVI³, da Carta Maior.

Tomando por base esse raciocínio, o presente estudo visa a promover a discussão sobre o vício apontado, propondo, inclusive, a aplicação da tese como meio de defesa, a fim de evitar a exasperação da pena pela referida causa de aumento, apresentando, de outro lado, eventuais argumentos que poderão ser suscitados para rechaçá-la.

¹ Segundo Masson, explicando a função simbólica do Direito Penal: “proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. [...] se verifica com a inflação legislativa [...] (hipertrofia do Direito Penal)”. (2012, p. 11).

² É o que se extrai da justificativa para a proposição do Projeto de Lei do Senado n.º 149/2015, de autoria do Senador Otto Alencar (BRASIL, 2015).

³ “XLVI - a lei regulará a individualização da pena [...]” (BRASIL, 1988).

Entende-se relevante a abordagem do tema diante das inúmeras ações penais cujo objeto é a imputação de crime de roubo cometido com emprego de arma de fogo, pretendendo este ensaio, além de provocar questionamento sobre o efetivo resguardo do direito fundamental à adequada individualização da pena, oferecer tópico a ser suscitado no exercício da defesa do réu no caso concreto.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O escopo do trabalho é tecer comentários sobre a *inconstitucionalidade material* do artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, no ponto em que incluiu o § 2-A, inciso I, ao artigo 157 do Código Penal, prevendo circunstância exasperadora de pena pela prática do delito de roubo com emprego de arma de fogo, notadamente sob o enfoque da adequada individualização da pena, elevada a direito fundamental individual pelo artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Diante disso, importante relembrar algumas noções a respeito do controle de constitucionalidade que se mostram relevantes para o desenvolvimento do tema em exame.

Cumpra destacar, nesse sentido, que os pressupostos para o exercício do controle de constitucionalidade das espécies normativas se dividem em formais (conformação do ato normativo com as regras constitucionais do processo legislativo) e materiais (compatibilidade do objeto da espécie normativa com o conteúdo da Constituição Federal).

Sob o *aspecto material*, exsurge o Princípio da Supremacia da Constituição, o qual orienta que a Constituição de um Estado se encontra no topo hierárquico do ordenamento jurídico, conforme representação clássica da pirâmide normativa de Kelsen⁴, devendo as demais espécies normativas extrair da Constituição fundamento de validade.

Assim, em suma, as leis e demais atos normativos infraconstitucionais, além de sua produção obedecer ao processo legislativo constitucional, devem compatibilizar seu objeto ao conteúdo constitucional, aos valores encampados pela Carta Política.

⁴ A representação escalonada do ordenamento jurídico é relacionada com o sentido jurídico de Constituição, definida por Hans Kelsen, segundo o qual a Constituição é norma fundamental hipotética cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional de mais alto grau (SILVA, 1994, p. 43).

Do contrário, não guardando a espécie normativa correspondência com as diretrizes constitucionais, deverão ser submetidas ao controle por vício de constitucionalidade.

Nessa ordem de ideias, o controle de constitucionalidade, no Direito Constitucional brasileiro, pode ocorrer de modo *difuso* (aberto, por via de exceção ou defesa), a ser exercido por qualquer juiz ou tribunal no exame de um caso concreto, ou de modo *concentrado* (por via direta), a ser exercido por órgão competente (Supremo Tribunal Federal), em ação direta e objetiva, ou seja, independentemente de análise de um caso concreto em que a norma possa incidir.

O presente estudo propõe adotar a tese como meio de defesa, de modo a concretamente influenciar na dosimetria da pena e afastar o emprego da aludida causa de aumento, o que leva à operação de controle de constitucionalidade pela via difusa, no bojo de uma ação penal.

O controle difuso de constitucionalidade, sendo incidental, pode ser exercido por qualquer órgão jurisdicional, havendo, contudo, particularidade quando operado no âmbito dos tribunais, conforme previsão do artigo 97 da Constituição Federal, a seguir transcrito:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (BRASIL, 1988).

Reforçando a regra constitucional, a Súmula Vinculante 10 expressa o seguinte entendimento da Corte Suprema:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte (BRASIL, 2008).

Infere-se, portanto, que a decisão tomada em controle de constitucionalidade difuso, no âmbito de tribunal, não pode ser proferida por órgão fracionário sem antes ser submetido ao plenário ou órgão especial, devendo ser declarada a inconstitucionalidade pelo voto da maioria absoluta dos respectivos membros (cláusula da reserva de plenário⁵).

⁵ De acordo com MORAES, “a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário” (2002, p. 590).

Realizada essa concisa exposição acerca do controle de constitucionalidade, parte-se para o exame do tema proposto. O próximo tópico buscará demonstrar a inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei n.º 13.654/18, na parte em que acresceu ao artigo 157 do Código Penal o § 2º-A, inciso I.

3 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 1º DA LEI N.º 13.654/2018

O objetivo do trabalho é confrontar a disposição do artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018⁶ com o texto constitucional, demonstrando que padece de vício de constitucionalidade, sob o aspecto material, na medida em que atenta contra o Princípio da Individualização da Pena, insculpido como direito fundamental no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Conforme leciona Nucci:

A individualização da pena tem o significado de **eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores**, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância **é a fuga da padronização da pena**, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto (2005, p. 31-32, grifos nossos).

Segue o doutrinador:

A individualização da pena desenvolve-se em três etapas distintas. Primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a **individualização legislativa**. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É **individualização judiciária**. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. [...] É a **individualização executória** (NUCCI, 2005, p. 33-34, grifos nossos).

De outra aclamada obra, extrai-se a seguinte lição do celebrado autor:

⁶ Art. 1º Os arts. 155 e 157 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940 (Código Penal), passam a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

A meta legislativa, ao elaborar o sistema penal, no contexto da aplicação da pena, é garantir instrumentos eficazes para individualização da pena, permitindo que cada réu possa receber a justa punição pela infração cometida (NUCCI, 2010, p. 160).

Diante dessas considerações, denota-se que o princípio invocado orienta a aplicação de uma sanção justa, assim considerada a que observa as circunstâncias pessoais do agente e fáticas que envolvem a prática delitiva que ensejou a pena, de modo que, tanto sob o prisma qualitativo quanto quantitativo, seja proporcional à infração penal praticada e às condições do apenado.

Para tanto, conforme ensinamento doutrinário coligido, a individualização da pena percorre três etapas, desde a produção legislativa, selecionando as penas em abstrato, pela fixação da pena concreta pelo juiz, até a execução da sanção.

Em todas essas fases, o ponto comum, cerne da individualização, é a **discricionariedade**⁷, observados os limites constitucionais, na aplicação da pena: seja na definição abstrata do *quantum* pelo legislador, em margens mínima e máxima, seja pelo juiz na fixação do montante da pena e nos critérios de execução penal.

Com efeito, a definição da pena, no âmbito legislativo ou judicial, fundadas em critérios mínimos e máximos de quantificação, é, nas palavras de Nucci (2005, p.33), “sem dúvida, o mais adotado e o que melhor se afeiçoa ao Estado Democrático de Direito”, na medida em que ressalta as particularidades da pessoa humana, objeto de proteção pelo Estado.

Seguindo esse raciocínio, portanto, a definição quantitativa da sanção penal, inclusive no plano legislativo, deve cotejar as circunstâncias que levam à adoção do montante da pena, sendo adequado estabelecer margens que servirão de parâmetro na imposição de pena concreta pelo magistrado.

Aliada a isso, a justeza da pena implica a observância do postulado da proporcionalidade, de modo que sua aplicação seja individualizada, sob enfoque da necessidade e adequação, conforme a gravidade da infração penal.

Outro aspecto da definição das penas pelo legislador merece destaque:

⁷ Nesse sentido, o item 49 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal explica, sobre a aplicação da pena, que “o Projeto busca assegurar a *individualização da pena* sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao *arbitrium iudicis* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada” (SARAIVA, 2019).

[...] há uma meta revelada em direção a dois objetivos: a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime (NUCCI, 2010, p. 211).

Assim, a definição da pena, inclusive no plano legislativo, em caráter abstrato, deve guardar uma lógica sistêmica, ou seja, convergir com o modelo adotado pelo ordenamento jurídico.

Por isso mesmo é que, conforme os critérios constitucionais e legais estabelecidos, a definição do *quantum* das penas previstas no preceito secundário do tipo penal e em causas de aumento e diminuição não deve ser estagnada sob um único patamar.

É o que se extrai, por exemplo, da sistemática de previsão de margens mínima e máxima de pena para os tipos penais e pelo método de aplicação da pena prevista no artigo 59 do Código Penal, oferecendo espaço de atuação discricionária do julgador.

Ademais, devem-se observar outros parâmetros de pena já fixados pelo legislador para condutas semelhantes.

Por essa linha de pensamento é que se aventa a inconstitucionalidade de que padece o artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, que, dentre outras alterações promovidas no Código Penal, acrescentou o § 2º-A ao artigo 157.

Para uma melhor análise, transcreve-se o dispositivo incluído no tipo penal:

Art. 157 [...]

§ 2º-AA pena aumenta-se **de 2/3 (dois terços)**:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (BRASIL, 1940).

Observe-se que a fração da causa de aumento de pena é fixa, de 2/3, não concedendo ao magistrado margem alguma para valorar o contexto fático em que houve emprego de arma de fogo.

Ora, muito bem se sabe que o emprego de arma de fogo pode ocorrer das mais variadas maneiras, notadamente durante a prática de um delito de roubo, desde a mera exibição, ainda que velada, do artefato, para representar a grave ameaça, até seu emprego efetivo, agravando a potencialidade lesiva da conduta ou efetivamente ofendendo a integridade física da vítima.

Ademais, cediço que existem inúmeros modelos de arma de fogo, de diferentes calibres, em diferentes estados de conservação, oferecendo menor ou maior lesividade.

Obviamente, essas circunstâncias (modelo da arma e modo de emprego) devem ser apreciadas em cada caso, e deveriam ter sido antevistos pelo legislador ao definir a fração de exasperação da pena.

Basta confrontar duas hipóteses:

a) agente que ingressa em estabelecimento comercial, discretamente exhibe um revólver calibre 22, a fim de exercer grave ameaça, exigindo do comerciante o dinheiro que está no caixa;

b) agente que ingressa em estabelecimento bancário, desejando subtrair o dinheiro depositado no cofre, saca de uma submetralhadora 9mm e realiza disparos, colocando em risco a vida ou integridade física dos funcionários e clientes.

Certamente, a arma de fogo e o modo de emprego descritos na segunda conduta agravaram muito mais a prática delitiva; no entanto, a causa de aumento aplicada a ambos os casos será igual (2/3), o que evidentemente ofende o Princípio da Individualização da Pena, aqui relacionada à isonomia, na medida em que se dispensará tratamento igual a situações desiguais.

Não bastasse, verifica-se a incongruência da fração da pena (sob o aspecto da lógica sistêmica do ordenamento jurídico), na medida em que não se harmoniza com outros parâmetros de pena incidentes sobre conduta semelhante (o emprego de arma de fogo), cuja previsão das penas é definida de modo a conceder ao magistrado poder discricionário.

Veja-se, por exemplo, os seguintes tipos penais previstos no Código Penal:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - **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.

[...]

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 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.**

[...]

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.

§ 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** (BRASIL, 1940, grifos nossos).

Tais preceitos revelam a reverberação do Princípio da Individualização da Pena, notadamente da diretriz da justeza da pena conforme o caso concreto, sobre o método adotado para definição abstrata das penas, qual seja, a cominação de limites para discricionariedade do julgador.

Mesmo o § 2º, I, do artigo 157 – revogado pela indigitada Lei n.º 13.654/2018 – previa uma margem (entre 1/3 e 1/2) para definição do aumento da pena em caso de emprego de arma no delito de roubo.

Evidente, portanto, que a previsão do dispositivo impugnado não guarda lógica com o sistema de aplicação da pena.

Percebe-se, assim, que a definição de uma fração única de aumento de pena em razão de emprego de arma de fogo desatende ao direito fundamental assegurado no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, na medida em que não permite ponderar circunstâncias fáticas relevantes para o caso prático, as quais já poderiam ter sido previamente aventadas pelo legislador.

Destarte, em análise da conformação com o conteúdo constitucional, razoável aventar a inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, ao menos no ponto em que promoveu o acréscimo do § 2º-A ao artigo 157 do Código Penal.

4 ARGUMENTOS CONTRAPOSTOS À TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Exploradas as razões que levam a crer sobre a inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, é importante ponderar arguições que eventualmente poderão ser opostas à tese, despontando as seguintes: (a) separação dos poderes; (b) vedação à proteção deficiente; (c) apreciação da

potencialidade lesiva da arma por ocasião da valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Vejam-se as ponderações.

4.1 VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES

O primeiro argumento que poderá ser aventado para confrontar a tese apresentada é de ofensa à separação dos poderes, sustentando-se que ao Poder Judiciário não cabe imiscuir-se na função de legislador e substituir seus critérios de elaboração do ato normativo, inexistindo a possibilidade de o órgão julgador, no campo penal, redefinir penas fixadas na via legiferante.

Ocorre que a separação de poderes, tal como definida no artigo 2º da Constituição Federal⁸, não é estática e absoluta, adotando-se o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), de modo que os poderes constituídos se submetem a um controle recíproco, evitando-se o excesso de algum deles, em especial sobre as liberdades individuais.

Veja-se, a propósito, a lição de Novelino:

A Constituição de 1988, além de consagrar expressamente o *princípio da separação dos poderes* (CF, art. 2º) e protegê-lo como *cláusula pétrea* (CF, art. 60, § 4º, III), estabeleceu toda uma estrutura institucional de forma a garantir a independência entre eles, matizada com atribuições de controle recíproco. Por não haver uma 'fórmula apriorística' para este princípio, é necessário extrair da própria Constituição o traço essencial da atual ordem para fins de controle de constitucionalidade.

A *independência* entre eles tem por finalidade estabelecer um sistema de 'freios e contrapesos' para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A *harmonia* se exterioriza no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles (2012, p. 374-375).

Na seara penal, notadamente em relação à atribuição sancionatória, cumpre ao Poder Judiciário apreciar, à luz da individualização da pena e da proporcionalidade, a adequação da pena definida pelo Poder Legislativo, em verdadeiro controle da atividade legislativa.

Com efeito, não se verifica nenhuma ingerência abusiva da jurisdição em redefinir os limites sancionatórios estabelecidos pelo legislador, amoldando-os aos parâmetros constitucionais.

⁸ "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar arguição de inconstitucionalidade de preceito secundário do tipo penal, reconhecendo-a, no Recurso Especial n.º 915.442-SC.

Do voto condutor do acórdão, de lavra da Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, sustentando a desproporção da pena definida pelo legislador, extrai-se o seguinte excerto: “mostra-se imprescindível que o judiciário dê uma aplicação razoável à norma em apreço, ajustando-a aos princípios constitucionais” (BRASIL, 2010, p. 7).

Inclusive, o objeto do julgado da Corte Superior é tema reconhecido de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 979.962⁹.

Percebe-se, assim, que inexistente óbice, sob a alegação de violação à separação dos poderes, a que o Poder Judiciário interceda para redefinir a quantidade da pena definida em abstrato pelo legislador, a fim de ajustá-la à Constituição.

O exame do *quantum* fixado para a causa de aumento da pena do roubo pelo emprego de arma de fogo, em via incidental de arguição de inconstitucionalidade, sob o princípio da individualização da pena, não afronta, portanto, a separação dos poderes, podendo ser rechaçado tal argumento.

4.2 AFRONTA À VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

O segundo contra-argumento que pode vir a ser invocado é a insuficiência da proteção ao bem jurídico penalmente tutelado pelo afastamento da causa de aumento de pena em comento, sustentando-se que inexistiria reprimenda adequada à circunstância do emprego de arma de fogo caso não houvesse previsão da majorante.

Cumprido, inicialmente, tecer breves considerações acerca do princípio da proporcionalidade, do qual é corolário a vedação da proteção deficiente.

O princípio da proporcionalidade se vincula à ideia de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, uma vez que é tido como princípio de controle da atuação estatal a fim de interditar qualquer ofensa grave a um direito individual ou coletivo. Por isso é que, no direito pátrio, também o princípio da proporcionalidade se revela por meio do devido processo legal substancial.

⁹ Conforme pesquisa na aba “Repercussão Geral”, no site do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a lição de Canotilho, dizendo que o referido princípio “é, hoje, assumido como um *princípio de controlo* exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito” (2002, p. 268, grifo do autor).

Dito controle é realizado sobre a relação entre o meio adotado e o fim almejado com o agir do Estado, que jamais devem atingir a essência do direito. E para concretizar o exame da proporcionalidade da conduta estatal, vale-se de três subprincípios integrantes: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com Canotilho (2002, p. 269-270), a *adequação* exige que a medida escolhida para realização do interesse público deve ser apropriada a atingir o fim desejado; a *necessidade* impõe a adoção da medida restritiva menos gravosa ao direito; e, por derradeiro, a *proporcionalidade em sentido estrito*, cuida de equacionar meio e fim, objetivando verificar se o resultado obtido é proporcional à restrição do direito.

Outrossim, da exegese do princípio da proporcionalidade, revelam-se outros dois princípios: da proibição do excesso (*ubermassverbot*) e da vedação da proteção deficiente (*untermassverbot*).

Esses princípios decorrem do dever de proteção pelo Estado, porquanto este tem a função positiva de efetivar os direitos e garantias fundamentais e uma função negativa de se abster de causar qualquer abalo que venha a inibir o seu exercício.

O princípio da proibição do excesso confunde-se na essência com o da proporcionalidade, haja vista que trata de limitar a atuação do poder público contra direitos do cidadão, de vedar qualquer arbitrariedade dos órgãos estatais. Há aqui um agir excessivo e desmedido por parte do Estado.

Por sua vez, o princípio da vedação da proteção deficiente informa que o Estado não deve atuar de modo insuficiente para garantir o mínimo dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, Canotilho registra:

O sentido mais geral da proibição do excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o excesso, releva a *proibição por defeito* (*Untermassverbot*). Existe um **defeito de proteção** quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção* (*Schutzpflicht*) adoptam medidas

insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais (2002, p. 273).

Por todo exposto, infere-se que o princípio da vedação de insuficiência carrega a ideia de garantia positiva de que o Estado buscará efetivar, ainda que ao mínimo, os direitos dos cidadãos, contrapondo-se ao princípio da proibição do excesso, tratado como uma garantia negativa.

Ademais, vale salientar que o princípio da vedação da proteção deficiente, por ser corolário do princípio da proporcionalidade, incide no controle da adequação das medidas adotadas para a realização de um fim, podendo, inclusive, ser reconhecida a falta da medida adequada.

Na esfera penal, revela-se a importância desse princípio, pois, como já mencionado, se vincula umbilicalmente ao dever de proteção do Estado, de tutelar os bens jurídicos considerados fundamentais.

Contudo, o afastamento da causa de aumento do emprego de arma de fogo na prática do roubo não denota deficiência na tutela do bem jurídico, na medida em que tal circunstância ainda pode ser valorada por ocasião da dosimetria da pena na análise dos vetores do artigo 59 do CP, certamente de acordo com a individualização da pena, levando-se em conta o caso concreto, conforme adiantado.

Assim, não há desamparo da lei penal em relação à conduta de utilizar arma de fogo na prática de roubo, reservando-se ao magistrado, nos limites da proporcionalidade, valorar essa circunstância na definição da pena-base.

4.3 APRECIÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA DA ARMA DE FOGO DURANTE A VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL

Uma terceira alegação que poderá ser suscitada é de que, a despeito da fração única da majorante não possibilitar a graduação da pena conforme a potencialidade lesiva do armamento, tal apuração seria feita sob os vetores do artigo 59 do Código Penal.

No entanto, isso não se mostra adequado por caracterizar inadmissível *bis in idem*.

Veja-se que uma mesma circunstância (emprego de arma de fogo) seria duplamente valorada em dois momentos distintos da dosimetria da pena, visando à exasperação.

Ora, na primeira fase da fixação da pena, já seria reconhecido o uso da arma de fogo e exasperada a pena base, concedendo-se ao julgador a possibilidade de graduar o aumento conforme o potencial lesivo da arma empregada. Na terceira fase da dosimetria, o emprego da arma de fogo seria novamente sustentado apenas para implicar o aumento legalmente cominado de 2/3 da pena provisória, visto que já invocado e valorado em oportunidade anterior.

Destarte, imperando o *ne bis in idem* no Direito Penal, o argumento ora apresentado não deve prosperar.

5 CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade é mecanismo de afirmação da supremacia da Constituição, ressaltando sua força normativa e vinculante. O constitucionalismo está atualmente sedimentado na eficácia cogente da norma constitucional, sem depender da vontade do legislador a concretização de seu conteúdo, o que se verifica na aplicação dos direitos fundamentais, que é de eficácia plena.

Desse modo, a atividade legislativa encontra legitimidade diretamente da Constituição, devendo observar o procedimento nela previsto para inovação da ordem jurídica e os valores por ela consagrados, pelo que eventual desvio será submetido a controle que tem como pressuposto a conformação com esses elementos.

Por essa premissa, logrou-se demonstrar que o artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, no ponto em que acrescentou o § 2º-A, inciso I, ao artigo 157 do Código Penal, é inquinado de vício de inconstitucionalidade material, vez que atenta contra o direito fundamental à individualização da pena, relacionado, ademais, com a isonomia e a proporcionalidade.

Diante dos argumentos apresentados, foi possível perceber que a fixação de uma fração única de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo na prática do delito de roubo impossibilita uma adequada e justa definição do *quantum* sancionatório aos agentes que incorrem nessa conduta, notadamente em razão das circunstâncias fáticas que envolvem cada caso (espécie e modo de emprego do

armamento), havendo, inclusive, impróprio tratamento igualitário entre situações desiguais.

De outro lado, buscou-se antever contrapontos que poderiam ser aventados para afastar a tese de inconstitucionalidade defendida, havendo respaldo suficiente para confrontá-los.

Em suma, acredita-se que o objetivo do presente trabalho foi alcançado: formar um debate sobre o tema proposto e fornecer argumento defensivo para afastar a majorante do emprego de arma de fogo em condenações pela prática do crime de roubo.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 25 ago. 2019.

_____. Decreto-lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 25 ago. 2019.

_____. Lei n. 13.654 de 24 de abril de 2018. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre os crimes de furto qualificado e de roubo quando envolvam explosivos e do crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo ou do qual resulte lesão corporal grave; e altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, para obrigar instituições que disponibilizem caixas eletrônicos a instalar equipamentos que inutilizem cédulas de moeda corrente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm >. Acesso em: 25 ago. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 149 de 24 de março de 2015**. Senador: Otto Alencar, Brasília, DF, 24 de março de 2015. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=585251&ts=1559743208571&disposition=inline> >. Acesso em: 25 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n.º 915.442-SC**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13470629&num_registro=200700109449&data=20110201&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 25 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 10**. Brasília, DF, 27 de junho de 2008. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. v.1. São Paulo: Método, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARAIVA, Editora. **Vade mecum**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.