

A plena vigência do art. 12 do Estatuto do Desarmamento face a inconstitucionalidade de medida provisória em matéria penal

BRUNO CORRÊA GANGONI ⁽¹⁾

1. Introdução:

O sistema de divisão funcional dos Poderes do Estado adotado pela Constituição da República, em seu art. 2º, foi inspirado nas lições de MONTESQUIEU que, em sua clássica obra "*O Espírito das Leis*", correlacionou a divisão funcional a uma divisão orgânica. Assim, as funções estatais de legislação, administração e jurisdição deveriam ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exerceriam com exclusividade.

Atualmente, entretanto, afirma-se que os Poderes do Estado não exercem com exclusividade a respectiva função, mas sim, de forma predominante. Fala-se, modernamente, em **função típica e função atípica**.

Segundo leciona ALEXANDRE DE MORAES ⁽²⁾:

"Apesar de a clássica separação dos Poderes ter sido adotada pelo constituinte de 1988, no art. 2º, ao afirmar que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, foram consagradas pela Constituição Federal, como já visto anteriormente, em relação a todos os Poderes do Estado, funções típicas e atípicas, inexistindo, pois, exclusividade absoluta, no exercício dos misteres constitucionais."

A função típica do Poder Executivo consiste na prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração, podendo, entretanto, no exercício de sua função atípica, legislar através de Medidas Provisórias (art. 62 da Constituição da República), desde que presentes os pressupostos constitucionalmente exigidos.

⁽¹⁾ BRUNO CORRÊA GANGONI é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

⁽²⁾ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, Edit. Atlas, 7ª Edição, p. 405.

Como próprio do *sistema de freios e contrapesos*, o Poder Legislativo, ante a fúria legiferante do Executivo manifestada através da edição de inúmeras Medidas Provisórias, alterou o art. 62 da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 32 de 11/09/2001) estabelecendo novas regras para o exercício desta função atípica, e expressamente estabelecendo vedações a que Medidas Provisórias tratassem de determinadas matérias.

Por tratar de tema tão relevante e que não poderia ficar ao arbítrio de uma só pessoa, ainda que esta seja o Presidente da República, quis o constituinte derivado vedar a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal e processual penal. Eis a nova redação do dispositivo constitucional:

“Art. 62 – Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar Medidas Provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

§ 1º – É vedada a edição de Medidas Provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

(...).

b) direito penal, processual penal e processual civil;”

2. A Medida Provisória nº 174 e a Lei nº 10.884/04

A Lei nº 10.826/03, em técnica legislativa muito melhor, prevê, em diferentes dispositivos, as condutas delituosas que na Lei nº 9.437/97 estavam concentradas no art. 10 e seus parágrafos.

Assim é que coube ao art. 12 da Lei nº 10.826/2003 tipificar a conduta de *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”

O Governo Federal, objetivando reduzir os índices de criminalidade nas grandes cidades brasileiras, encetou campanha de desarmamento da população, incentivando a entrega das armas de fogo mediante o recebimento de certa indenização. Coube ao art. 32 tecer linhas gerais acerca de tal entrega, conforme dispositivo que ora se transcreve em sua redação original.

“Art. 32 - Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei:”

Segundo o entendimento amplamente majoritário que se formou sobre o tema ⁽³⁾, o art. 12 da Lei nº 10.826/03, face ao prazo que o indivíduo teria para entregar a sua arma de fogo de uso permitido à Polícia Federal e ainda receber indenização, não estaria em vigor. Durante o prazo estabelecido no art. 32, a conduta de *possuir irregularmente arma de fogo de uso permitido* deveria ser considerada **atípica**.

Pois bem, vendo que não conseguiria editar o decreto regulamentar dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias a que se refere o art. 32 do Estatuto do Desarmamento, e por questões de conveniência política que indicavam que seria de bom alvitre a continuidade da campanha de desarmamento da população, o Presidente da República, no exercício de **função atípica** legislativa editou a Medida Provisória nº 174, de 18/03/2004, alterando o termo inicial da contagem do prazo do art. 32 do Estatuto do Desarmamento, *verbis*:

“Art. 1º O termo inicial dos prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a fluir a partir da data de publicação do decreto que os regulamentar”.

A questão a ser enfrentada neste breve trabalho é: *Poderia esta alteração legislativa ter sido feita por Medida Provisória?*

Para se responder a tal indagação, é indispensável que se analise a natureza desta norma. Sim, porque se concluirmos que se trata de norma de direito penal ou processual penal, não poderia a alteração do prazo inicial do art. 32 da Lei nº 10.826/03 ter sido feita por medida provisória, por expressa vedação constitucional.

Não temos dúvida de que se trata de norma de natureza penal, eis que se prolongou o período de *vacatio legis* da norma penal incriminadora prevista no art. 12 da Lei nº 10.826/03. *Assim, padece de flagrante vício de inconstitucionalidade a alteração do termo a quo feita pela Medida Provisória nº 174, de 18/03/2004, eis que violadora do art. 62, § 1º, I, “b” da Constituição da República, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 32/01.*

⁽³⁾ Veja-se, a propósito, o artigo de MARCELO LESSA BASTOS, “Estatuto do Desarmamento – Não incidência, por ora, de seu art. 12 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido)”. Disponível em: www.amperj.org.br/artigos

A este respeito, colha-se a opinião do sempre citado DAMÁSIO E. DE JESUS ⁽⁴⁾:

"(...) Com o advento da Medida Provisória n. 174, alterando o *dies a quo* da contagem dos lapsos, foi adiada a data de vigência das normas definidoras dos tipos penais delitivos da Lei n. 10.826/2003, no que tange às matérias reguladas pelos mencionados dispositivos, pressupondo-se já vigente o decreto regulamentador (...).

A disposição contida em Medida Provisória a qual retarda a vigência de lei incriminadora, sendo de natureza penal, ainda que benéfica ao agente, encontra obstáculo, para nós intransponível, no art. 62 da CF, que determina:

§ 1º - *É vedada a edição de Medidas Provisórias sobre matéria:*

I - relativa a:

(...)

b) **direito penal, (...)**”.

Em face da Emenda Constitucional n. 32, que tornou cláusula pétrea a proibição questionada, a Medida Provisória n. 174/2004 *é, pois, inconstitucional*”.

Não resta dúvida, portanto, ser formalmente inconstitucional a dilação de prazo de *vacatio legis* do art. 12 da Lei nº 10.826/03, por ter sido feita através de medida provisória, violando, assim, a norma constitucional do art. 62, § 1º, I “b” da Carta Política de 1988.

Sabe-se que foi promulgada a Lei nº 10.884/04 que estabelece em seu art. 1º:

“**Art. 1º** O termo inicial dos prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a fluir a partir da publicação do decreto que os regulamentar, não ultrapassando, para ter efeito, a data limite de 23 de junho de 2004”.

Como se percebe, a parte final do art. 1º da Lei nº 10.884/04 é diferente do art. 1º da Medida Provisória nº 174, eis que estabeleceu a data limite de 23 de junho de 2004 para que os prazos dos artigos 29, 30 e 32 da Lei nº 10.826/03 comesçassem a fluir.

⁽⁴⁾ JESUS, Damásio de. “Estatuto do Desarmamento: Medida Provisória pode adiar o início de vigência de norma penal incriminadora?” São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, maio 2004. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

Indaga-se: em razão desta diferente redação legal, podemos concluir que a Medida Provisória nº 174 não foi convertida na Lei nº 10.884/04. Ou, em outras palavras, a Lei nº 10.884/04 é ou não fruto da conversão em lei da Medida Provisória nº 174?

Tal indagação faz-se necessária porque se concluirmos que a Lei nº 10.884/03 não possui qualquer relação de dependência com a Medida Provisória nº 174, esta norma será absolutamente constitucional e o prazo do artigo 32 do Estatuto do Desarmamento terá sido validamente alterado.

A nosso ver, a circunstância de se ter alterado a redação original da medida provisória *não desqualifica aquele projeto de lei como sendo um projeto oriundo daquela Medida Provisória*. O que ocorre apenas é que durante o período em que o projeto de lei, com a redação alterada, não for sancionado ou vetado pelo Presidente da República, continua em vigor a medida provisória que foi submetida a votação com sua redação original. Neste sentido, é clara a disposição do §12 do art. 62 da Constituição da República, no sentido de que a alteração da redação original da Medida Provisória no projeto de lei não retira a característica deste projeto de lei de ser oriundo de conversão de Medida Provisória, *verbis*:

“§ 12 - Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da Medida Provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto”

Portanto, pode-se afirmar que a Medida Provisória nº 174 foi convertida na Lei nº 10.884/04.

Fixada esta premissa, deve-se perquirir se o vício de inconstitucionalidade existente na Medida Provisória nº 174 foi sanado com a conversão deste diploma legal na Lei 10.884/04.

Evidentemente que não. Como se sabe, o direito constitucional brasileiro, no que tange ao controle de constitucionalidade, adota a Teoria das Nulidades, sendo considerado nulo o ato normativo contrário à Constituição. Em se tratando de ato nulo, o vício não convalesce.

O que temos, em face da relação de dependência entre as normas e do vício de inconstitucionalidade da medida provisória, é o que o renomado CLÊMERTON MERLIN CLÈVE⁽⁵⁾ conceitua como sendo uma *inconstitucionalidade conseqüente*:

“(...) A inconstitucionalidade conseqüente ou derivada decorre de um efeito reflexo de inconstitucionalidade antecedente ou imediata.

⁽⁵⁾ CLÈVE, Clémerton Merlin, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Edit. RT, 1995, pp. 44/45.

Assim, será *inconstitucional* (inconstitucionalidade derivada ou conseqüente) a *norma dependente de outra declarada inconstitucional* (inconstitucionalidade imediata ou antecedente) e *pertencente ao mesmo diploma legislativo (relação de dependência)*. Padecerá, igualmente, de vício de constitucionalidade ou derivado o ato normativo que encontra o seu fundamento de validade em outro ou mantém relação de dependência com um terceiro já declarado inconstitucional. É o caso do regulamento em relação à lei; da lei em relação à Medida Provisória (no caso de conversão) e da lei delegada em relação à lei de autorização (resolução do Congresso Nacional), etc.”.

Assim, se a Medida Provisória nº 174 é inconstitucional por violar o art. 62, § 1º, I, “b” da Constituição da República, **conseqüentemente a Lei de conversão nº 10.884/04**, também padecerá do vício de inconstitucionalidade que contaminava a norma originária. **Inconstitucional era a Medida Provisória nº 174, inconstitucional é a Lei nº 10.884/04.**

3. A Medida Provisória nº 229, de 17 de dezembro de 2004

Novamente, o Governo Federal, no exercício de sua função atípica legislativa, editou medida provisória alterando o *dies a quo* da contagem dos prazos dos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03. Eis a redação do art. 5º da Medida Provisória nº 229, de 17 de dezembro de 2004:

“**Art. 5º** Os prazos previstos nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, ficam prorrogados, tendo por termo final o dia 23 de junho de 2005”.

Assim como a Medida Provisória nº 174, esta nova medida provisória, neste dispositivo legal, também regula matéria de direito penal e, portanto, pelas mesmas razões acima expostas, é flagrantemente inconstitucional, como também será, conseqüentemente, eventual lei de conversão.

4. Conclusão

Padecendo a Medida Provisória nº 174, a Lei nº 10.884/04 e a Medida Provisória nº 229 de vício de inconstitucionalidade, não produzem tais normas qualquer efeito. Por conseguinte, o *dies a quo* da contagem do prazo do art. 32 do Estatuto do Desarmamento não foi alterado por tais diplomas legais, permanecendo o regulado originalmente pelo legislador da Lei nº 10.826/03,

sendo o início do cômputo do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que os possuidores de arma de fogo de uso permitido as entregasse a data da publicação da Lei 10.826/03, ou seja, o dia 22 de dezembro de 2003.

Portanto, desde o dia 23 de junho de 2004 (na contagem do período de *vacatio legis* deve-se excluir o dia do início e incluir o último dia), o art. 12 do Estatuto do Desarmamento está em plena vigência, sendo, a partir de então, novamente considerada típica a conduta de possuir irregularmente arma de fogo de uso permitido.

1 - BREVE HISTÓRICO SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE BRASILEIRO DEPOIS DO REGIME IMPERIAL

Desde a formação do Estado Imperial Brasileiro (1822-1889) até o início da República Velha, pesquisas sobre a criança no Brasil passaram por questões de saúde e educação, no âmbito da medicina higienista e, pela responsabilidade penal (Lei do Código Criminal de 1830), pela assistência aos "ingratos" - assim chamados os filhos de escravos, nascidos após o início da vigência da Lei do Vinte Livre¹⁰ - e pela assistência a criança orfã ou abandonada - que se dava em grande parte através da sua acolhimento em instituições mantidas pela Igreja Católica, notadamente as Santas Casas de Misericórdia, que geralmente acolhiam as crianças órfãs das famílias de escravos.¹¹

No período da República Velha (1889-1930), as crianças voltaram-se para a criança expulso-problema social¹², caracterizado pelo fenômeno de "carioca" - pois são consideradas as pessoas de qualquer cor e origem - que vive na Capital Federal. Entrou em vigor o Código Penal de 1890, que instituiu a responsabilidade penal a partir dos nove meses de idade, legitimando assim a repressão e a punição de crianças e adolescentes nas chamadas ruas de rivas, de "informativos" - multigrupos destruídos e "ruínas de apartamentos abandonados" - dando a política de proteção à criança, na República Velha, características de pelo

¹⁰ Lei do Vinte Livre em vigor em 20/01/1834.
¹¹ Maria do Carmo Lacerda, "A criança do escravo e a criança abandonada no Brasil (1763-1889)", em História Social da Infância no Brasil, in História, São Carlos (1997). No mesmo CD, Lacerda, 2002. As "ruínas de apartamentos" também surgem no livro de Maria do Carmo Lacerda no Brasil: Infância e Política Social de 1889. Considera-se que os moradores de favelas constituíram parte de "cariocas" porque não se consideravam brasileiros. As políticas de repressão contra a criança tornaram-se mais rígidas a partir de 1910, com a criação do Departamento de Proteção à Infância e do Conselho Superior de Proteção à Infância, em 1912, e com um plano nacional que instituiu a assistência de um médico social e a "favela" em 1914.
¹² Maria do Carmo Lacerda, "A criança do escravo e a criança no Brasil: Perspectivas Históricas", em História Social da Infância no Brasil - São Carlos (1997). CD, História Social da Infância no Brasil, São Carlos (1997). CD, História Social da Infância no Brasil, 1997, pp. 28-32.