



E- 16/07/2019

Apresentado ao reunião ordinária de 17/07/2019
da Comissão de Direito Constitucional

Sergio Luiz Pinheiro Sant'Anna



**INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL
RIO DE JANEIRO RJ**

PARECER

INDICAÇÃO Nº: 025/2019

INTERESSADO: Dr. Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna

EMENTA: Decreto federal nº 9.785 de 07 de Maio de 2019 substituído pelo Decreto federal nº 9.847 de 25 de Junho de 2019. Regulamenta normas relativas ao registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição. Exorbitação do poder-dever de regulamentação no que tange a lei federal nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003. Exercício do *ius puniendi* estatal sujeito ao princípio da legalidade, inclusive, no que tange as suas exclusões como do ilícito de porte e posse de arma, bem como, a regulação de normas relativa à material bélico. Violação a competência exclusiva do Poder Legislativo conforme o artigo 22 inciso I e XXI da Constituição Federal. Direito fundamental individual à segurança ligado à proteção jurídica. Vedação constitucional à formação de associação paralimitar. Previsão constitucional de crime inafiançável e imprescritível da ação de grupos armados. Violação ao artigo 5 inciso XVII e XLIV da Constituição Federal. Direito fundamental social à segurança garantido pelos órgãos de segurança pública com competência de repressão do crime. Violação ao artigo 6 e 144 da Constituição Federal. Encaminhamento ao Congresso Nacional para que no exercício da competência do artigo 49 inciso V da Constituição Federal.

I. RELATÓRIO

Trata-se de designação feita pelo ilustre consorte Dr. Sérgio Luiz Pinheiro Sant'anna para manifestação sobre o decreto federal nº 9.785 de 07 de Maio de 2019, que regulamenta a



lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003 no que se refere ao registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição.

O referido decreto federal nº 9.785 de 07 de Maio de 2019 foi revogado integralmente pelo decreto federal 9.847 de 25 de Junho de 2019, que mantém a rigor toda sua estrutura, apenas alterando questões pontuais¹, que não interferem no que se referem a este parecer no que tange a constitucionalidade das medidas do Poder Executivo.

Aponta que a controvérsia se cinge a divergência na sociedade sobre o tema, em especial, torna-se relevante quanto aos seus efeitos, já que há a possibilidade de ampliação dos indicadores de violência devido a utilização mais facilitada das armas de fogo, em um país que já possui altos índices de crimes com uso de violência.

O tema é de difícil apreensão, pois embora o Poder Executivo tenha o poder de expedir regulamentos para cumprir fielmente a lei, todavia, o tema da utilização ou não de armas já foi objeto de referendo no Brasil em 2005, que optou pela não proibição da comercialização de armas de fogo e munição.

Torna-se, portanto, a análise da resolução um *hard case* uma vez que envolve distintas competências envolvidas o que demanda uma hermenêutica capaz de garantir a concretização dos bens e interesses constitucionais envolvidos de forma a atingir as finalidades e objetivos do Estado Democrático de Direito.

É o que se analisa a seguir.

II. FUNDAMENTO

Com o fim do regime militar, há um processo de redemocratização com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a ascensão de um Estado Democrático e Constitucional de Direito marcado, portanto, pela consagração do *constitucionalismo* e da *democracia* como pilares da nova organização da sociedade política².

Por efeito, como pacto fundamental deste novo modelo político-jurídico adotado pelo Estado Brasileiro compete a Constituição veicular as escolhas políticas fundamentais da

¹ Foram alteradas questões relativas à: comprovação de efetiva necessidade para porte de armas de determinadas categorias profissionais; limites de compra de armas apenas para colecionadores, atiradores e caçadores; retirado dois critérios para posse de armas dentre outros.

² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio no Direito Constitucional no Brasil in: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

comunidade decorrentes da atividade do constituinte, bem como, o processo de manifestação de sua deliberação política no exercício do princípio majoritário.

Assim, o Estado Democrático e Constitucional de Direito brasileiro é marcado por essa tensão imanente entre as escolhas decorrentes do exercício do poder constituinte originário³ e das opções políticas dos poderes constituídos eleitos de acordo com o processo democrático dentro da deliberação majoritária⁴.

Inegável, que há dificuldades no processo democrático brasileiro como a redução da deliberação política ao processo eletivo⁵, a histórica e pernicioso influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor⁶ e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse⁷, conduz a uma limitação na concepção do processo democrático em um sentido pleno.

Porém, também, não se pode reduzir as questões políticas a mero debates jurídicos, transformando o intérprete judicial em *poder constituinte permanente*, moldando a Constituição de acordo com suas preferências políticas, sem a legitimidade e responsabilidade política em evidente violação ao princípio majoritário e ao processo democrático.⁸

É necessário fixar, que o exercício da democracia não se situa para além do Direito podendo a título da vontade das maiorias eventuais violar o direito das minorias não

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 47.

⁴ Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular. BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 320.

⁵ Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública. BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação* in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008. p. 82-84.

⁶ Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo *patrimonialista* marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

⁷ A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores, por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor é uma das formas de captura, mas não único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007. p. 110.

⁸ Sarmiento, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais. In: _____; Souza Neto, Cláudio Pereira de (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



contemplada no processo majoritário, bem como, que, também, a aplicação do Direito não pode negar a vontade democrática, já que é o povo titular do poder no Estado Republicano⁹.

Isto significa encontrar uma justa medida entre os poderes orgânicos, de forma que no exercício das decisões políticas pelo Poder Executivo e Legislativo sejam preservados os bens e valores constitucionais e que na função contra majoritária do Poder Judiciário seja adotada postura de deferência quando preservada a Constituição nas decisões políticas.

Neste viés, torna-se necessário identificar qual será o papel da Constituição no que tange ao processo democrático, que não conduza a tomada de decisão política para o Poder Judiciário, mas por outro, não impeça o exercício regular das cortes no que se refere a proteção das decisões fundamentais constitucionais que ultrapassam as maiorias eventuais.

De um lado cabe a Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático, mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política.¹⁰

Isto envolve a proteção de garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático, que embora haja divergência na literatura jurídica, opina-se que envolve não apenas aquelas necessárias à um mínimo existencial, mas que sejam capazes de garantir o exercício das autonomias públicas e privadas dos cidadãos.

Por outro, abrange, também, a preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.¹¹

Assim, se cabe aos poderes constituídos o processo de concretização das normas constitucionais através da conformação legislativa e da regulamentação administrativa, por

⁹ MOURA, Emerson Affonso da Costa.. Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Princípio Democrático: Parâmetros para a Atuação do Poder Judiciário na Promoção dos Valores Constitucionais em Respeito ao Princípio Majoritário. Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano, v. 22, p. 479, 2016.

¹⁰ A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º caput), garantiu o pluralismo político (Art. 1º inciso V), a inserção como cláusula pétrea a tendência a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (art. 60 §4º) dentre outros. No viés procedimentalista vide: ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011 e HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹¹ Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém, compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. P. 382-91.



outro, os direitos fundamentais, fruto do poder constituinte originário não se sujeitam a um espaço ilimitado de decisão do governo democrático na sua proteção, promoção e restrição.

A lei fundamental, portanto, veicula consensos mínimos para proteção dos indivíduos e funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas por maiorias políticas ocasionais, inclusive, mediante o controle de deliberações políticas que o violem¹².

Para alguns há, portanto, princípios sensíveis a democracia, a saber, questões notadamente políticas que se sujeitam a vontade da maioria e, portanto, estão a rigor fora da ingerência do Poder Judiciário, mas também, há princípios insensíveis ao princípio majoritário, que se sujeitam ao controle judicial¹³.

Porém, mesmo que se entenda essa distinção não se deve correr o risco de se formular abstratamente os referidos casos, mas ao revés, deve-se analisar em questões concretas, em que medida o exercício do princípio democrático na deliberação majoritária entra em tensão com princípios e valores constitucionais, que devem ser preservado.

No caso em tela, cabe definir se o ato decorrente do Poder Executivo eleito – o decreto federal nº 9.785 de 07 de Maio de 2019, que estipulou novas regras relativas a posse de armas de fogo e munição – viola a Constituição Federal no que tange a inobservância ao procedimento democrático constitucional ou bens e valores consagrados na lei fundamental.

No que se refere ao procedimento constitucional para exercício democrático inegável que há competência constitucional atribuída ao Chefe do Poder Executivo no que tange a regulamentação de preceito legal através da expedição de decreto¹⁴, porém, isto não significa que tal exercício em um Estado Democrático, mas também Republicano não tenha limites.

O exercício do poder-dever administrativo de regulamentar pelo Chefe do Poder Executivo tem por finalidade garantir o cumprimento da lei e encontra limite, portanto, no próprio objeto de regulamentação, de modo que a inovação no ordenamento jurídico ocorre apenas na hipótese constitucional de regulamento autônomo¹⁵ ou de delegação legislativa¹⁶.

¹² A Constituição deve proteger e as cortes judiciais implementar os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade. No viés substancialista vide: RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Belo Horizonte: Editora Martins, 2008. e DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010.

¹³ Dworkin, Ronald. Juízes políticos e democracia. *Jornal O Estado de São Paulo*, 26/abril, 1997. p. 129 e 224.

¹⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 84 inciso IV.

¹⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 84 inciso VI. dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

¹⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art.49 inciso V in fine.



Assim, parece evidente que o decreto federal nº 9.785 de 07 de Maio de 2019 exorbita essa competência de expedir regulamento, uma vez que não se adéqua nas exceções que permitem regular a matéria diretamente por decreto e inovar no ordenamento, ao prever novas regras relativas à posse de armas de fogo e munição.

Isto porque, a matéria relativa ao exercício da persecução penal no Estado de Direito encontra limite no princípio da legalidade¹⁷ e, por conseguinte, é competência legislativa privativa da União tanto legislar sobre o direito penal¹⁸, o que inclui as excludentes do tipo penal como o uso de normas, quanto às normas relativas ao material bélico¹⁹.

Porém, no que tange aos bens e valores constitucionais, embora seja preservado o direito fundamental individual à segurança²⁰ é incontestável que a sua feição se volta ao precipuamente à proteção da segurança jurídica mediante a tutela da coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito²¹.

Isto porque, o próprio ordenamento-constitucional ao tratar da proteção da coletividade regulando o direito fundamental social à segurança²² prevê a criação dos órgãos constitucionais de segurança pública, que são responsáveis de forma exclusiva pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.²³

Ao contrário, portanto, do modelo constitucional norte-americano, que prevê expressamente um fundamento constitucional para o porte e uso de arma para segurança individual, o regime constitucional brasileiro vigente ao contrário não prevê cláusula permissiva, inclusive, tratando do tema no capítulo de direitos e garantias fundamentais.

Isto fica claro, na previsão de proibição fundamental de formação de associação paramilitar²⁴ ou na classificação como crime inafiançável e imprescritível da ação de grupos armados, civis ou militares²⁵ deixando claro que a opção do constituinte foi por vedar exercício de violência não-institucional.

Ademais, no que tange a regulação estatal da ordem social, determina que cabe ao Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando

¹⁷BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 22 inciso I.

¹⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 22 inciso XXI.

²⁰BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 Caput.

²¹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 XXXXVI.

²²BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 6.

²³BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 144.

²⁴BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 inciso XVII.

²⁵BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 inciso XLIV.



mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações²⁶, bem como, que ele deve colocar as crianças a salvo de qualquer forme de opressão, crueldade e violência²⁷.

A facilitação no acesso a armas, portanto, não atende aos direitos fundamentais individuais e sociais, bem como, aos princípios constitucionais que regem a ordem social brasileira, de forma que não se pode considerar que seja exercício regular do princípio democrático em um Estado Democrático, mas, também, Constitucional de Direito.

Desta feita, se por um lado devemos respeitar o resultado do processo democrático, bem como, o espaço legítimo de decisão dos representantes eleitos, isto não importa que a deliberação política majoritária em um Estado Constitucional de Direito seja ilimitada se sujeitando aos requisitos procedimentais e substanciais que orientam a regra do jogo.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, opino que o decreto federal nº 9.785 de 07 de Maio de 2019 do Poder Executivo exorbita o poder-dever de regulamentação no que tange a lei federal nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003 ao dispor sobre normas relativas ao registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição.

No que tange ao aspecto formal, o exercício do *ius puniendi* estatal, inclusive, no que tange as suas exclusões como do ilícito de porte e posse de arma, bem como, a regulação de normas relativa à material bélico é competência exclusiva do Poder Legislativo conforme o artigo 22 inciso I e XXI da Constituição Federal.

No que se refere ao aspecto material, a flexibilização do registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição através do processo deliberativo majoritário e eletivo viola as escolhas políticas fundamentais feitas no processo deliberativo permanente pelo poder constituinte, por violação ao artigo 5 XVII e XLIV, 6 e 144 da Constituição Federal.

A Constituição Federal embora preserve o direito individual à segurança concretiza-o precipuamente mediante a sua feição jurídica garantindo o direito social à segurança a ser realizada pelos órgãos de segurança pública vedando a formação de associação parálimitar e tornando crime inafiançável e imprescritível da ação de grupos armados.

Por esta razão, sugere-se o encaminhamento ao Congresso Nacional para que no exercício da competência do artigo 49 inciso V da Constituição Federal suste o decreto

²⁶BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 226 §8º.

²⁷BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 227.



federal nº 9.847 de 25 de Junho de 2019 substitutivo do decreto federal nº 9.785 de 7 de Maio de 2019 por violação procedimental e substancial as normas constitucionais citadas.

É o parecer, ora submetido à doura apreciação do plenário.

Rio de Janeiro, 31 de Julho de 2019.

Emerson Affonso da Costa Moura

Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Administração Pública

pela Universidade Federal Fluminense (UFF)

Vice-Presidente da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)