

A REINCIDÊNCIA COMO QUALIFICADORA DOS CRIMES DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E ANÁLOGOS NA REVOGADA LEI DAS ARMAS DE FOGO (LEI N. 9.437/97) E O ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI N. 10.826/2003): A QUESTÃO DA RETROATIVIDADE DA LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA

Damásio de Jesus
Abril/2004

O art. 10, § 3.º, IV, da revogada Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997 (Lei do Porte de Armas), previa a reincidência como qualificadora dos crimes descritos no art. 10, *caput*, e § 1.º, impondo pena de reclusão, de 2 a 4 anos, além de multa, o dobro do tipo simples (detenção, de 1 a 2 anos). A figura típica não definia crime autônomo, pois não possuía elementares próprias[1]. Descrevia, em local inadequado, uma qualificadora, tendo em vista que impunha, abstratamente, mínimo e máximo da pena[2]. Era muito estranho, já que os outros incisos do § 3.º retratavam delitos autônomos. Para a aplicação da agravação específica, era necessário que a sentença condenatória irrecorrível anterior tivesse reconhecido a prática de crimes contra a pessoa, contra o patrimônio ou o tráfico ilícito de drogas. Só exasperavam a pena as condenações com trânsito em julgado prolatadas na vigência da Lei n. 9.437/97.

Em nossas críticas, observávamos que o fato anterior, objeto da sentença condenatória transitada em julgado, podia não manter nenhuma relação com arma de fogo[3]. Imagine que o autor tivesse sido condenado irrecorrivelmente por estelionato. A Lei determinava a agravação obrigatória da pena. Não se mostrava justo que a reincidência, nesse caso, elevasse tão intensamente a sanção do crime posterior[4]. Além disso, fugia completamente do sistema criminal brasileiro a existência de uma

circunstância agravante genérica, transformada em qualificadora de um delito especial, aumentando de tal forma a pena[5].

A Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, corrigindo o erro da norma anterior, não contém dispositivo semelhante contemplando a reincidência como qualificadora ou causa de aumento de pena dos crimes de porte de arma de fogo e correlatos. Apreciando as duas Leis – as de n. 9.437/97 e n. 10.826/2003 – verifica-se que a posterior é mais benéfica, uma vez que não prevê a qualificadora anteriormente tipificada. Trata-se de *novatio legis in melius* (art. 5.º, XL, da CF; art. 2.º, parágrafo único, do CP) com efeito retroativo incondicional, aplicando-se inclusive aos fatos definitivamente julgados (art. 2.º, parágrafo único, parte final, do CP)[6]. Suponha-se que um réu, autor de posse ilegal de arma, tenha sido irrecorrivelmente condenado a 2 anos de reclusão, além de multa, em face da reincidência, nos termos do art. 10, *caput*, e § 3.º, IV, da revogada Lei. n. 9.437/97. Com o advento da Lei nova mais benéfica, cumpre que seja reduzida a pena de acordo com os parâmetros punitivos impostos pelo art. 12 da Lei n. 10.826/2003, detenção, de 1 a 3 anos, e multa, subsistindo a reincidência como agravante genérica, ressalvada outra eventual circunstância exasperadora da pena reconhecida pela sentença anterior e não extinta pela Lei posterior.

Se o Juiz ou o Tribunal ainda não proferiu condenação, compete àquele ou ao órgão colegiado efetuar, na sentença ou acórdão condenatório, a adequação penal. Se, contudo, a sentença ou acórdão já transitou em julgado, a competência é do Juiz da execução, de acordo com o art. 66, I, da Lei de Execução Penal[7] (Súmula n. 611 do STF). Nesse caso, a competência não é do Tribunal, ao qual compete apreciar a espécie somente na hipótese de haver recurso da decisão do Juiz de Primeira Instância (art. 197 da LEP).

[1] Nesse sentido: TJRS, ACrim n. 700.0000.9563, rel. Des. Carlos Roberto Lafego Canibal, RT 772/672.

[2] Nesse sentido: TJRS, ACrim n. 700.0000.9563, rel. Des. Carlos Roberto Lafego Canibal, RT 772/672; TJSP, 3.ª Câm. Crim., ACrim n. 288.773, rel. Des. Gonçalves Nogueira, RT 778/586.

[3] JESUS, Damásio de. *Crimes de porte de arma de fogo e assemelhados*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74.

[4] Nesse sentido, tratando de estelionato e adotando nossa posição: STJ, 5.ª T., HC n. 14.917, rel. Min. Felix Fischer, DJU de 4.6.2002, p. 197, e RT 793/558.

[5] Nesse sentido: GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Porte de arma: inaplicabilidade do art. 10, § 3.º, da Lei n. 9.437/97. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, 70/6, set. 1998.

[6] Nesse sentido: RTJ 83/1003 e 95/814.

[7] Lei n. 7.210/84.

Disponível em: http://www.damasio.com.br/?page_name=art_032_2004&category_id=32

Acesso: 04/07/06