



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1624502 - SC (2019/0348426-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LUCAS GARCIA
ADVOGADO : EURIDES DOS SANTOS - SC009493
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. 1. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. 2. DESCLASSIFICAÇÃO. DECRETOS N. 9.785/2019 E 9.847/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA. ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES CALIBRE .357. USO PERMITIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA E READEQUAR A PENA. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU. 3. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231/STJ. 4. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. 5. REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE E ALTA NOCIVIDADE DAS DROGAS. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. 6. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. No que concerne à pretensão absolutória relativa ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, tendo as instâncias ordinárias reputado farto o conjunto de provas a corroborar a condenação do recorrente pela prática do referido delito, inviável, no caso em tela, entender de modo diverso, dada a necessidade de aprofundado reexame de elementos fático-probatórios, vedado nesta via recursal. Incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ.

2. No tocante à pretensão de concessão de *habeas corpus* em relação ao delito de posse ilegal de arma de fogo, mostra-se de rigor a desclassificação do crime do art. 16, *caput*, para o previsto no art. 12, ambos da Lei n. 10.826/2003, em virtude da superveniência dos Decretos n. 9.785/2019 e 9.847/2019, regulamentados pela Portaria n. 1.222/2019 do Exército Brasileiro. Como é cediço, o art. 2º, parágrafo único, do CP, em observância ao disposto no art. 5º, inciso XL, da CF, dispõe que "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado". Na espécie, tendo o recorrente sido condenado pela posse irregular de munição de uso restrito, em virtude de terem sido encontradas com o corrêu um revólver calibre .357 e 5 (cinco) munições intactas de mesmo calibre, mister se faz a desclassificação da conduta, com a readequação da pena, uma vez que referidos

armamentos passaram a ser de uso permitido. Extensão dos efeitos da decisão, no ponto, de ofício, ao corréu que se encontra em situação idêntica à do recorrente, nos termos do art. 580, c/c o art. 654, § 2º, ambos do CPP.

3. Acerca da atenuante genérica da confissão espontânea, como se pode extrair do acórdão recorrido, a tese atinente à possibilidade de fixação da pena intermediária aquém do mínimo legal não foi apreciada pelo Tribunal de origem, tampouco foi objeto dos embargos de declaração opostos pela defesa, não podendo, portanto, ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de frustrar a exigência constitucional do prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF. Ademais, é pacífico na jurisprudência desta Corte Superior que o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena intermediária abaixo do mínimo legal, entendimento consolidado na Súmula n. 231/STJ.

4. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a natureza, a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos são elementos que, associados às circunstâncias do caso concreto, evidenciam a dedicação do agente a atividades criminosas, impedindo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Na espécie, a Corte *a quo*, mediante o apontamento de circunstâncias do delito consistentes na existência de ação penal em andamento em outra comarca, também pela prática de tráfico de entorpecentes; confissão do recorrente de que a narcotraficância era sua principal atividade; locação de um imóvel destinado à guarda das drogas destinadas à comercialização, logrou evidenciar a existência de elementos concretos que, aliados à natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos – 1,5kg (um quilo e meio) de maconha e 290g (duzentos e noventa gramas) de cocaína –, amparam a conclusão de que o recorrente se dedicava à atividade criminosa, mais precisamente, à narcotraficância, o que, conseqüentemente, obsta a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Quanto à alegada inidoneidade da utilização de ações em andamento para amparar a conclusão de que o recorrente se dedicava a atividades criminosas, esta Corte Superior consolidou o entendimento de que processos criminais em andamento, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444/STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas, como na hipótese dos autos.

7. No que diz respeito ao regime prisional, como é cediço, a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. *In casu*, não obstante a natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos – 1,5kg (um quilo e meio) de maconha e 290g (duzentos e noventa gramas) de cocaína – justifiquem o recrudesimento do regime prisional, a ausência de recurso ministerial, no ponto, obsta o agravamento da situação do recorrente, sob pena de ofensa ao princípio da *non reformatio in pejus*.

8. Agravo regimental não provido. Ordem de *habeas corpus* concedida, com extensão de efeitos ao corréu.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, contudo, conceder a ordem de *habeas corpus*, com extensão de efeitos ao corrêu, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 29 de abril de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1624502 - SC (2019/0348426-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : LUCAS GARCIA
ADVOGADO : EURIDES DOS SANTOS - SC009493
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. 1. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. 2. DESCLASSIFICAÇÃO. DECRETOS N. 9.785/2019 E 9.847/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA. ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES CALIBRE .357. USO PERMITIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA E READEQUAR A PENA. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU. 3. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231/STJ. 4. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. 5. REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE E ALTA NOCIVIDADE DAS DROGAS. *NON REFORMATIO IN PEJUS*. 6. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. No que concerne à pretensão absolutória relativa ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, tendo as instâncias ordinárias reputado farto o conjunto de provas a corroborar a condenação do recorrente pela prática do referido delito, inviável, no caso em tela, entender de modo diverso, dada a necessidade de aprofundado reexame de elementos fático-probatórios, vedado nesta via recursal. Incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ.

2. No tocante à pretensão de concessão de *habeas corpus* em relação ao delito de posse ilegal de arma de fogo, mostra-se de rigor a desclassificação do crime do art. 16, *caput*, para o previsto no art. 12, ambos da Lei n. 10.826/2003, em virtude da superveniência dos Decretos n. 9.785/2019 e 9.847/2019, regulamentados pela Portaria n. 1.222/2019 do Exército Brasileiro. Como é cediço, o art. 2º, parágrafo único, do CP, em observância ao disposto no art. 5º, inciso XL, da CF, dispõe que "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado". Na espécie, tendo o recorrente sido condenado pela posse irregular de munição de uso restrito, em virtude de terem sido encontradas com o corrêu um revólver calibre .357 e 5 (cinco) munições intactas de mesmo calibre, mister se faz a desclassificação da conduta, com a readequação da pena, uma vez que referidos

armamentos passaram a ser de uso permitido. Extensão dos efeitos da decisão, no ponto, de ofício, ao corréu que se encontra em situação idêntica à do recorrente, nos termos do art. 580, c/c o art. 654, § 2º, ambos do CPP.

3. Acerca da atenuante genérica da confissão espontânea, como se pode extrair do acórdão recorrido, a tese atinente à possibilidade de fixação da pena intermediária aquém do mínimo legal não foi apreciada pelo Tribunal de origem, tampouco foi objeto dos embargos de declaração opostos pela defesa, não podendo, portanto, ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de frustrar a exigência constitucional do prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF. Ademais, é pacífico na jurisprudência desta Corte Superior que o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena intermediária abaixo do mínimo legal, entendimento consolidado na Súmula n. 231/STJ.

4. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a natureza, a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos são elementos que, associados às circunstâncias do caso concreto, evidenciam a dedicação do agente a atividades criminosas, impedindo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. Na espécie, a Corte *a quo*, mediante o apontamento de circunstâncias do delito consistentes na existência de ação penal em andamento em outra comarca, também pela prática de tráfico de entorpecentes; confissão do recorrente de que a narcotraficância era sua principal atividade; locação de um imóvel destinado à guarda das drogas destinadas à comercialização, logrou evidenciar a existência de elementos concretos que, aliados à natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos – 1,5kg (um quilo e meio) de maconha e 290g (duzentos e noventa gramas) de cocaína –, amparam a conclusão de que o recorrente se dedicava à atividade criminosa, mais precisamente, à narcotraficância, o que, consequentemente, obsta a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Quanto à alegada inidoneidade da utilização de ações em andamento para amparar a conclusão de que o recorrente se dedicava a atividades criminosas, esta Corte Superior consolidou o entendimento de que processos criminais em andamento, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444/STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas, como na hipótese dos autos.

7. No que diz respeito ao regime prisional, como é cediço, a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. *In casu*, não obstante a natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos – 1,5kg (um quilo e meio) de maconha e 290g (duzentos e noventa gramas) de cocaína – justifiquem o recrudesimento do regime prisional, a ausência de recurso ministerial, no ponto, obsta o agravamento da situação do recorrente, sob pena de ofensa ao princípio da *non reformatio in pejus*.

8. Agravo regimental não provido. Ordem de *habeas corpus* concedida, com extensão de efeitos ao corréu.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por LUCAS GARCIA (e-STJ fls. 558/581) contra decisão monocrática, de minha lavra, que conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento (e-

STJ fls. 538/555).

A parte recorrente alega, em síntese, que a apreciação da pretensão recursal relativa à absolvição quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo, na espécie, dispensa reexame de fatos e provas, sendo o caso de mera reavaliação jurídica de fatos incontroversos, não havendo, assim, se falar no óbice da Súmula n. 7/STJ.

Sustenta, subsidiariamente, a concessão de *habeas corpus* para extinguir ou reduzir a pena do recorrente relativa à prática do delito previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, porquanto a arma de fogo apreendida com o corréu deixou de ser considerada de uso restrito, passando a ser de uso permitido, a partir da edição dos Decretos n. 9.785/2019 e 9.787/2019, devendo a lei retroagir para beneficiar o réu.

Busca, ainda, o reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea (e-STJ fl. 456).

Aduz, ademais, a incidência da benesse do tráfico privilegiado, argumentando para tanto o preenchimento dos requisitos legais e a impossibilidade de utilização de ação em andamento como fundamento para justificar a conclusão de que o recorrente se dedicava a atividades criminosas.

Postula, por fim, caso acolhida a pretensão de absolvição quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo, a alteração do regime prisional imposto.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou, não sendo esse o entendimento do Relator, seja a questão submetida a julgamento pelo órgão colegiado.

É o relatório.

VOTO

O agravo regimental é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão recorrida, razões pelas quais merece conhecimento.

Verifica-se que assiste razão parcial ao ora agravante.

Primeiramente, no tocante à pretensão absolutória relativa ao delito previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, a Corte de origem consignou (e-STJ fls. 411/413):

1.2 Do pleito de absolvição quanto ao delito do art. 16 da Lei n. 10.826/03

Segundo a defesa de Lucas, a posse da arma de fogo de uso restrito, apreendida no dia dos fatos, não pode lhe ser imputada, porquanto negou que ela lhe pertencia, fato que o corréu, Bruno, confirmou, de

maneira que a versão dos policiais de que esse último teria dito que a arma seria do primeiro não pode prevalecer, inclusive porque ela foi apreendida em local desconhecido daquele e no qual o ora apelante alega que nunca esteve.

De início, frisa-se que são desnecessárias digressões a respeito da materialidade, porquanto sequer negada a existência e apreensão da arma, razão pela qual resta analisar a autoria do fato, em relação à qual inviável acolher a tese de negativa apresentada por Lucas.

É que o conjunto probatório não deixa dúvida de que o artefato era para uso de ambos os corréus, conforme se depreende dos depoimentos dos agentes de segurança envolvidos na ocorrência, consubstanciados pelas declarações, na fase de inquérito, do corréu Bruno.

Vanderlei Antônio Fiori, a esse respeito, declarou, na fase policial:

[...] QUE questionado sobre o ocorrido, Bruno aparentou estar bastante nervoso e acabou narrando que em sua residência, [...], havia 1 (um) revólver Taurus, calibre .357, o qual estava guardando para seu colega LUCAS GARCIA vulgo "LUKINHA"; QUE se deslocaram até o referido endereço e mediante autorização de BRUNO, lograram êxito em localizar a referida arma .357 Taurus com 06 (seis) munições calibre .357, intactas, 01 (uma) munição calibre .38, [...] (pp. 9-10) [grifado]

O policial Jean Carlos Galz, na delegacia, corrobora integralmente a versão do colega, como se observa do termo de pp. 11-12.

Ainda na fase de investigações, Lucas admite, na presença de seu defensor:

[...] QUE quanto ao revólver Taurus, calibre .357, e as munições, encontrados na residência de Bruno Luis Ribeiro, [...], o interrogando assume ser de sua propriedade, tendo pedido somente para Bruno guardar [...] (p. 13).

A versão dos policiais e do próprio Lucas é reafirmada por Bruno, também na presença de seu defensor:

[...] QUE na presente data foi abordado por policiais e na abordagem confessou que estava guardando uma arma para seu colega Lucas Garcia e levou os policiais até sua residência, entregando a arma e as munições [...] (p. 20).

Vanderlei Antônio Fiori confirmou as declarações prestadas na delegacia ao afirmar que "[...] aí decidimos ir atrás do Lucas que era o principal o chave aí da investigação sabíamos que o Bruno era o que armazenava somente a droga e guardava a arma pra ele né [...]" (p. 226, 02'10" a 02'26").

Jean Carlos Galz não destoou, na fase judicial, das declarações do colega de profissão ao relatar que, ao questionar Bruno, "[...] ele confirmou que ele guardava tanto a arma quanto a droga pro Lucas [...]" (p. 226, 02'59" a 03'04").

Embora Bruno, sozinho, tenha assumido, em juízo (p. 226), a posse da arma de fogo de uso restrito, essa nova versão não encontra respaldo nos autos, tanto que, ao serem questionados, na delegacia, tanto ele quanto Lucas disseram que o artefato pertencia a esse último, versão corroborada, como já explicitado, pelos policiais militares que participaram da diligência.

A negativa de autoria de Lucas quanto ao delito de posse de arma de

fogo de uso restrito, apresentada apenas na fase judicial, como se vê, não encontra suporte nas provas dos autos, até porque estava, na fase de inquérito, acompanhado de defensor, como já foi ressaltado.

Nota-se, claramente, que a intenção dos acusados, ao apresentarem nova versão sobre o delito de posse de arma de fogo, é a de distribuir mais equitativamente o tempo de encarceramento de cada um deles, já que Bruno foi condenado por tráfico de drogas privilegiado, ou seja, com pena reduzida, enquanto Lucas não pôde contar com a mesma benesse.

Há de ser negado, portanto, o pleito de absolvição do delito de posse de arma de fogo de uso restrito, cometido aqui na modalidade de fornecer ou ceder, devidamente prevista no tipo penal respectivo.

[...]. - grifei

Assim, tendo a Corte de origem reputado farto o conjunto de provas a corroborar a condenação do recorrente pela prática do delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, inviável, no caso em tela, entender de modo diverso, dada a necessidade de reexame de elementos fático-probatórios, vedado nesta via recursal. Incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ.

Não obstante, no tocante à pretensão de concessão de *habeas corpus* em relação ao delito de posse da arma de fogo, sob o argumento de que, com a edição dos Decretos n. 9.785/2019 e 9.787/2019, a arma apreendida com o corréu (calibre .357) deixou de ser de uso restrito, passando a ser de uso permitido, verifico que o pleito merece prosperar, no ponto.

Consta dos presentes autos que foi localizada, na residência do corréu Bruno, um revólver, marca Taurus, calibre .357, além de 5 (cinco) munições intactas de mesmo calibre, que este estaria guardando para o recorrente (e-STJ fl. 405), tendo os acusados sido condenados pela prática do delito previsto no art. 16, da Lei n. 10.826/2003, à pena de 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa (e-STJ fls. 284/286).

Acerca da matéria, o Decreto n. 9.785/2019, de 7/5/2019, foi revogado pelo Decreto 9.847/2019, de 25/6/2019, que, em seu art. 2º, § 2º, previu que os parâmetros para aferição e listagem dos calibres nominais seriam estabelecidos pelo Comando do Exército no prazo de 60 (sessenta) dias.

A regulamentação a que se refere o mencionado Decreto foi editada pela Portaria n. 1.222/2019, do Exército Brasileiro, de 12/8/2019, publicada no Diário Oficial da União de 15/8/2019.

Assim, na data do julgamento dos apelos defensivos pela instância ordinária, referida Portaria ainda não havia sido editada pelo Comando do Exército, tampouco a

pretensão de concessão de *habeas corpus* sob os fundamentos acima mencionados havia sido formulada pela parte recorrente no ato de interposição do agravo em recurso especial.

Como é cediço, o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, em observância ao disposto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, dispõe que *a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.*

Na hipótese dos autos, tanto o Decreto n. 9.785/2019 quanto o Decreto 9.847/2019, que revogou o anterior, passaram considerar, no art. 2º, como de uso permitido, as armas de fogo semiautomáticas ou de repetição que se enquadrem nas seguintes especificações:

a) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscientos e vinte joules;

b) portáteis de alma lisa; ou

c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscientos e vinte joules;

[...].

Observa-se, portanto, que o novo Decreto não trouxe alteração substancial em relação ao anterior, sendo possível a aplicação mais benéfica de um ou de outro, desde que configuradas as hipóteses listadas no art. 2º, inciso I, o qual disciplinou o que seria arma de fogo de uso permitido.

A Portaria n. 1.222/2019, do Exército Brasileiro, por sua vez, ao dispor sobre *parâmetros de aferição e listagem de calibres nominais de armas de fogo e das munições de uso permitido e restrito*, trouxe, no anexo A, a listagem de calibres nominais de armas e munições de uso permitido, na qual consta:

Calibre Nominal	Energia (Joules)	Classificação(2)
[...]	[...]	[...]
357 Magnum	1322.76	Permitido
357 Sig	685.72	Permitido

Nesse contexto, tendo o recorrente sido condenado como incurso nas penas do art. 16, da Lei n. 10.826/2003, pela posse irregular de arma e munições de uso restrito, em virtude de terem sido encontradas 1 (uma) arma de fogo da marca Taurus, calibre .357, e 5 (cinco) munições intactas de mesmo calibre, verifico que a hipótese dos autos requer a desclassificação da conduta para a prevista no art. 12, do mesmo diploma legal, visto que, diante das alterações legislativas recentes, referido armamento passou a ser de uso permitido, conforme previsto na Portaria n. 1.222/2019, do Exército Brasileiro.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. POSSE DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. DECRETOS N. 9.785/2019 E 9.847/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA. ART. 2º, P. ÚNICO, DO CP E ART. 5º, XL, DA CF. 3. MUNIÇÕES .357. CALIBRE DE USO PERMITIDO. NECESSIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO. 4. READEQUAÇÃO DA PENA. IMPLEMENTO DO PRAZO PRESCRICIONAL. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Busca-se a desclassificação do crime do art. 16, caput, para o crime do art. 12, ambos da Lei n. 10.826/2003, em virtude da superveniência dos Decretos n. 9.785/2019 e 9.847/2019, regulamentados pela Portaria n. 1.222/2019 do Exército Brasileiro. Como é de conhecimento, o art. 2º, p. único, do CP, em observância ao disposto no art. 5º, XL, da CF, dispõe que "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

3. Verificando-se que o paciente foi condenado pela posse irregular de munição de uso restrito, em virtude de terem sido encontradas duas munições calibre .357, mister se faz a desclassificação da conduta, uma vez que referidas munições passaram a ser de uso permitido.

4. Com a readequação da reprimenda, inevitável o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos mesmos moldes em que já reconhecido pela Corte local, com relação ao porte de arma de fogo de uso permitido.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para desclassificar a conduta para porte de munição de uso permitido, com o consequente reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal. (HC 535.828/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 21/10/2019).

Assim, defiro a concessão da ordem de *habeas corpus* postulada no bojo do agravo regimental, para desclassificar a conduta prevista no art. 16, da Lei n. 11.826/2003 para a do art. 12, do referido diploma legal, readequando a reprimenda respectiva para 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, em atenção ao fato de que as instâncias

ordinárias haviam aplicado a pena-base no seu mínimo legal.

No mais, verificada a existência do corréu BRUNO LUÍS RIBEIRO em situação idêntica à do recorrente, no que diz respeito ao delito previsto no art. 16, da Lei n. 10.826/2003, a concessão do direito ora reconhecido, nesse ponto específico, deve ser estendida a este de ofício, nos termos do art. 580, c/c o art. 654, § 2º, ambos do CPP.

Em segundo lugar, no que diz respeito ao pleito atinente à fixação da pena intermediária aquém do mínimo legal, em decorrência da atenuante genérica da confissão espontânea, como se pode extrair do acórdão recorrido, a tese ora suscitada não foi apreciada pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 402/422), tampouco foi objeto dos embargos de declaração opostos pela defesa (e-STJ fls. 431/434), não podendo, portanto, ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de frustrar a exigência constitucional do prequestionamento.

Ao ensejo, confira-se o teor do enunciado 282 da Súmula do STF: *É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.* No mesmo sentido, o enunciado 356 da Súmula do STF.

Ademais, ainda que superado o referido óbice, a pretensão recursal não prosperaria, no ponto, porquanto é pacífico na jurisprudência pátria que o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena intermediária abaixo do mínimo legal. Referido entendimento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral (Tema 158) e por este Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo (Tema 190) e por meio do enunciado da Súmula n. 231/STJ.

A propósito, abaixo a transcrição da ementa do acórdão proferido pela Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.114.068/PR:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65, 68, CAPUT, E 213 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.

2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.

3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudicis dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.

4. Recurso especial conhecido e provido para afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008. (REsp 1117073/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 29/6/2012).

Na mesma linha, os seguintes julgados:

[...] POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUANDO A PENA-BASE É FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E EXISTEM CAUSAS DE AUMENTO. SUBVERSÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO PREVISTO NO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 231 DA SÚMULA DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Inviável acoimar de ilegal o acórdão impugnado no ponto em que, embora reconhecida a confissão espontânea de um dos réus quanto a um dos fatos descritos na denúncia, não reduziu a sua pena a quem do mínimo legalmente previsto em lei na segunda fase da dosimetria, em estrita observância à Súmula 231 desta Corte Superior de Justiça.

2. Não é possível a compensação de circunstâncias atenuantes com as causas de aumento do crime de roubo, uma vez que tal procedimento subverte o critério trifásico estabelecido no artigo 68 do Código Penal. Precedente.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 389.260/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 9/5/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM O PATAMAR. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, não há como a atenuante da confissão ter reflexos na pena, em razão da Súmula 231/STJ.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 371.226/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 7/4/2017).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. RECURSO INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NA ALÍNEA C DO PERMISSIVO

CONSTITUCIONAL. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. HABEAS CORPUS COMO PARADIGMA. INADEQUAÇÃO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO VERIFICADA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 21 DO CP. ERRO DE PROIBIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO EM RAZÃO DE ATENUANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE DETERMINOU QUE A INCLUSÃO DO NOME DO RECORRENTE NO ROL DOS CULPADOS OCORRA SOMENTE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

[...]

IV - Nos termos do Enunciado da Súmula 231 desta Corte, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1400041/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/5/2016, DJe 18/5/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, I, DO DL N. 201/1968. AGRAVOS REGIMENTAIS EM AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. 1) E A M DOS S: INTEMPESTIVIDADE DO ARESP. PRAZO. 5 DIAS. ART. 28 DA LEI N. 8.038/1990 E SÚMULA 699/STF INALTERADOS PELA LEI N. 12.322/2010. 2) A M C V: ARTS. 65 E 66 DO CP. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DA TESE DEFENSIVA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTES. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO. VEDAÇÃO. SÚMULA 231/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. EXASPERAÇÃO DA PENA. NÚMERO DE DELITOS. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. MAJORAÇÃO EM GRAU MÁXIMO. MAIS DE UMA CENTENA DE AÇÕES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NEGATIVA FUNDAMENTADA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

[...]

3. Está pacificado nesta Corte Superior, por meio da Súmula 231/STJ, o entendimento segundo o qual, fixada a pena-base no mínimo legal, não é possível a sua redução, pela incidência de circunstância atenuante, a patamar abaixo do mínimo legal.

[...]

6. Agravos regimentais improvidos. (AgRg no AREsp 831.178/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/6/2016, DJe 1º/7/2016).

Dessa forma, tendo as instâncias ordinárias, apesar do reconhecimento da

atenuante da confissão espontânea, mantido as penas intermediárias dos delitos de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de fogo no mínimo legal, em observância à Súmula n. 231/STJ (e-STJ fls. 243/244), irretocável o acórdão recorrido nesse ponto.

Em terceiro lugar, no que concerne ao tráfico privilegiado, como é cediço, o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, àquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que aquele conferido ao traficante habitual.

Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, deve o condenado preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

Na espécie, a Corte de origem assim se manifestou para manter afastada a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em relação ao recorrente (e-STJ fls. 413/414):

1.3 Do pleito de aplicação da figura do tráfico privilegiado

Pretende a defesa de Lucas a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sob o pretexto de que não há comprovação nos autos de que o ora apelante se dedicasse habitualmente à prática criminosa, logo preencheria os requisitos necessários à concessão da benesse.

Melhor sorte não socorre a defesa.

Conforme preceitua o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06: "Nos delitos definidos no caput e no § 1º o [sic] deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

É notório que esses requisitos são cumulativos, ou seja, diante da ausência de um deles, obsta-se a concessão do benefício.

E, no presente caso, apesar de Lucas Garcia ser primário, de bons antecedentes e não integrar organização criminosa, pode-se concluir, ao contrário do que quer fazer crer a defesa, que se dedicava às atividades criminosas.

Nesse sentido, durante a audiência de instrução, ao ser questionado sobre a existência de outros processos, confessou responder por tráfico de entorpecentes na comarca de Jaraguá do Sul.

Além disso e ainda mais importante, a própria dinâmica dos fatos, inclusive por ele confessada, dá conta de que sua principal atividade era o comércio ilícito de entorpecentes, dada a quantidade de drogas assumida como sua (1,5kg de maconha e 290g de cocaína) e, também, considerado o fato de que chegou a locar um imóvel para guardar o produto ilícito destinado à venda

Não bastasse isso, os policiais militares envolvidos na ocorrência informaram que, em Barra Velha/SC, já investigavam Lucas Garcia há pelo menos dois meses pelo crime de tráfico de drogas, o que reforça, ainda mais, que não se tratava de um traficante "de primeira viagem".

Além disso, é possível identificar que, pelo menos desde 27-5-2017, o ora apelante já estava envolvido na narcotraficância (autos n. 0003060-34.2017.8.24.0036).

Dessa forma, não há se falar em tráfico privilegiado.

[...]. - grifei

Com efeito, na hipótese vertente, considerando as circunstâncias do delito consignadas no acórdão recorrido – existência de ação penal em andamento em outra comarca, também pela prática de tráfico de entorpecentes; confissão do recorrente de que a narcotraficância era sua principal atividade; locação de um imóvel destinado à guarda das drogas destinadas à comercialização –, verifico a existência de elementos concretos que, aliados à natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos – 1,5kg (um quilo e meio) de maconha e 290g (duzentos e noventa gramas) de cocaína (e-STJ fl. 414) –, amparam a conclusão de que o recorrente se dedicava à atividade criminosa, mais precisamente, à narcotraficância, o que, consequentemente, obsta a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, quanto à alegada inidoneidade da utilização de ações em andamento para amparar a conclusão de que o recorrente se dedicava a atividades criminosas, é firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que processos criminais em andamento, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444/STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas.

Nessa linha, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. CONJUNTO PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. POSSE ILEGAL PARA CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS. AUSENTES. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE ILÍCITA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. A instância ordinária pautou o indeferimento do benefício legal previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na certeza de que contra o agravante pesam acusações em outros 5 (cinco) processos criminais por fatos diversos ao apurado nestes autos. Essa situação, de fato, justifica o afastamento do redutor do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos

antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), processos criminais em andamento podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas. Precedentes.

4. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 1403539/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2019, DJe 15/2/2019). - grifei

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. *Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.*

3. *Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.*

4. *A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.*

[...]

8. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 386.940/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 23/3/2017). - grifei

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTO IDÔNEO. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. *Tendo sido indicado fundamento concreto para justificar a não*

aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, qual seja, a dedicação do réu a atividades criminosas, não há ilegalidade.

3. Fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir que o agente se dedica a atividades criminosas.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 573.994/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016). - grifei

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. RECURSO DESPROVIDO.

I - Esta Corte tem se posicionado no sentido de considerar a existência de inquéritos e ações penais em curso - mormente em se tratando de crimes de mesma espécie -, ainda que não transitada em julgado, como fator impeditivo para o reconhecimento da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, por evidenciar a dedicação a atividade criminosa, óbice previsto no § 4º do referido preceito de regência.

II - Na linha dos precedentes desta Corte, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas" (HC n. 295.163/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 30/10/2014).

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1480995/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/9/2016, DJe 11/10/2016). - grifei

Assim, reputo devidamente fundamentado o afastamento da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não merecendo prosperar, também nesse ponto, a pretensão defensiva.

Concedida a ordem para desclassificar o crime do art. 16, *caput*, para o do art. 12, ambos da Lei n. 10.826/2003, em virtude da superveniência dos Decretos n. 9.785/2019 e 9.847/2019, regulamentados pela Portaria n. 1.222/2019 do Exército Brasileiro, passo, então, ao redimensionamento das penas dos acusados, mantidos os demais termos da condenação:

I - Quanto ao réu LUCAS GARCIA

Desclassificado o delito do art. 16, *caput*, para o previsto no art. 12, ambos da Lei n. 10.826/2003, readequando-se a pena respectiva para 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, e mantida a condenação pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos)

dias-multa, bem como inalterado o critério do concurso material entre os referidos crimes, ficam as penas do recorrente definitivamente fixadas em 5 (cinco) anos de reclusão, 1 (um) ano de detenção e 510 (quinhentos e dez) dias-multa.

Fica, ainda, mantido o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda pelo recorrente, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", do CP, porquanto, não obstante a natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos – 1,5kg (um quilo e meio) de maconha e 290g (duzentos e noventa gramas) de cocaína (e-STJ fl. 414) –, bem como as demais circunstâncias dos delitos acima mencionadas (locação de um imóvel destinado à guarda das drogas destinadas à comercialização), justifiquem o recrudescimento do regime prisional, a ausência de recurso ministerial, no ponto, obsta o agravamento da situação do recorrente, sob pena de ofensa ao princípio da *non reformatio in pejus*.

II - Quanto ao corrêu BRUNO LUÍS RIBEIRO

Desclassificado o delito do art. 16, *caput*, para o previsto no art. 12, ambos da Lei n. 10.826/2003, readequando-se a pena respectiva para 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, e mantida a condenação pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, bem como inalterado o critério do concurso material entre os referidos crimes, ficam as penas do deste definitivamente fixadas em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, 1 (um) ano de detenção e 260 (duzentos e sessenta) dias-multa.

Deixo de substituir as penas privativas de liberdade, bem como de alterar o regime inicial imposto pelas instâncias ordinárias – semiaberto, no caso –, haja vista que, como é cediço na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes: AgRg no AREsp 867.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1º/8/2016; AgRg no AREsp n. 643.452/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 22/6/2016; AgRg no AREsp n. 602.153/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 6/5/2016.

Na espécie, em atenção ao art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, em que pese a reprimenda corporal final tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos, inviável a imposição de regime aberto para o início do cumprimento da pena, porquanto a quantidade e alta nocividade de uma das drogas apreendidas – 1,5kg (um quilo e meio) de maconha e 290g (duzentos e noventa gramas) de cocaína (e-STJ fl. 414) – justificam tanto a imposição de regime prisional mais gravoso – no caso, o semiaberto –, quanto a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental. **Concedo** a ordem de *habeas corpus* para desclassificar o delito do art. 16, *caput*, para o do art. 12, ambos da Lei n. 10.826/2003, redimensionando as penas do recorrente LUCAS GARCIA, pela prática do referido delito, em concurso material com o crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, para 5 (cinco) anos de reclusão, 1 (um) ano de detenção e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

De ofício, ainda, aplico o art. 580 do CPP, para determinar a extensão dos efeitos da presente decisão, quanto à desclassificação do delito do art. 16, *caput*, para o do art. 12, ambos da Lei n. 10.826/2003, ao corréu BRUNO LUÍS RIBEIRO, redimensionando as penas deste pela prática do referido delito, em concurso material com o crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, 1 (um) ano de detenção e 260 (duzentos e sessenta) dias-multa, a ser cumprida no regime semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no AREsp 1.624.502 / SC

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2019/034842-63

Número de Origem:

00016283620188240006 0001628362018824000650002 16283620188240006 1628362018824000650002

Sessão Virtual de 22/04/2020 a 28/04/2020

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LUCAS GARCIA

ADVOGADO : EURIDES DOS SANTOS - SC009493

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CORRÉU : BRUNO LUIS RIBEIRO

ASSUNTO : TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS DIREITO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO E USO INDEVIDO DE DROGAS - TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUCAS GARCIA

ADVOGADO : EURIDES DOS SANTOS - SC009493

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 29 de abril de 2020