



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 144.544 - RJ (2009/0156912-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GEZO DO NASCIMENTO GAMA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONDUTA DO ART. 12 DA LEI N.º 10.826/03. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Tratando-se o tráfico ilícito de drogas de crime permanente, não há se falar em ilegalidade da prisão em flagrante por violação de domicílio, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, autoriza a entrada da autoridade policial, seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial. Precedente.

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

3. Diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro ou entrega da arma de fogo à Polícia Federal ocorreu *abolitio criminis* temporária, no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo.

4. Evidenciada a atipicidade da conduta do Paciente, uma vez que foi preso em flagrante no dia 13/09/2007, incidindo, na espécie, a *abolitio criminis* temporária deferida nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, cujo início deu-se em 23/12/2003, teve seu termo *ad quem* estendido, por meio das Leis n.ºs 10.884/04, 11.118/05, 11.191/05 e 11.706/2008, até a data de 31/12/2008.

5. Ordem parcialmente concedida, a fim de, reformando a sentença condenatória e o acórdão combatido, absolver o Paciente do delito de posse ilegal de arma de fogo, ante a constatação da atipicidade da conduta por ele praticada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que denegava a ordem. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2011 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 144.544 - RJ (2009/0156912-4) (f)

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GEZO DO NASCIMENTO GAMA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GEZO DO NASCIMENTO GAMA, contra acórdão proferido, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (APC n.º 2008.05.02426).

Informam os autos que o ora Paciente foi preso em flagrante, em 13/09/2007, e, finda a instrução, condenado, em primeira instância, à pena de 06 anos de reclusão, em regime fechado, mais 600 dias-multa, por infração ao art. 33 da Lei n.º 11.343/06, e de 01 ano de detenção, em regime semiaberto, mais 12 dias-multa, por violação ao art. 12 da Lei n.º 10.826/2003, em concurso material de crimes.

Em grau de apelação, a sentença condenatória foi parcialmente reformada pelo Tribunal fluminense, que reduziu a pena do delito de tráfico de drogas para 05 anos de reclusão e 500 dias-multa e a pena de multa do delito de porte ilegal de arma para 10 dias-multa, mantendo, no mais, o édito condenatório.

No presente *writ*, sustenta o Impetrante, preliminarmente, que o laudo de apreensão das drogas e da arma é nulo de pleno direito, pela ilegalidade do estado flagrancial, porque a genitora do Paciente não teria permitido a entrada dos Policiais em seu domicílio.

No mérito, argumenta sobre a existência de efetivo prejuízo ao réu, porque a sentença condenatória, mantida em sede de apelação pela Corte *a quo* não aplicou a minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Defende, ainda, a atipicidade da conduta, pela incidência da *vacatio legis* indireta relativamente ao crime de posse irregular de arma de fogo, previsto no art. 12 da Lei n.º 10.826/03, diante da extensão do prazo para sua regularização estabelecido pela Lei 11.706/08.

Sustenta, ainda, que a posse ilegal da arma não pode ser punida como delito autônomo, também porque era utilizada para a prática da traficância, nos termos do art. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/06.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 82/83.

As judiciosas informações do Órgão Impetrado foram prestadas às fls. 88/90,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 109/113, opinando pela concessão parcial da ordem, *"tão somente para a redução da reprimenda no tocante à posse de arma de fogo não registrada, pois atípica a conduta"* (fl. 113).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 144.544 - RJ (2009/0156912-4) (f)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONDUTA DO ART. 12 DA LEI N.º 10.826/03. *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Tratando-se o tráfico ilícito de drogas de crime permanente, não há se falar em ilegalidade da prisão em flagrante por violação de domicílio, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, autoriza a entrada da autoridade policial, seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial. Precedente.

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

3. Diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro ou entrega da arma de fogo à Polícia Federal ocorreu *abolitio criminis* temporária, no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo.

4. Evidenciada a atipicidade da conduta do Paciente, uma vez que foi preso em flagrante no dia 13/09/2007, incidindo, na espécie, a *abolitio criminis* temporária deferida nos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento, cujo início deu-se em 23/12/2003, teve seu termo *ad quem* estendido, por meio das Leis n.ºs 10.884/04, 11.118/05, 11.191/05 e 11.706/2008, até a data de 31/12/2008.

5. Ordem parcialmente concedida, a fim de, reformando a sentença condenatória e o acórdão combatido, absolver o Paciente do delito de posse ilegal de arma de fogo, ante a constatação da atipicidade da conduta por ele praticada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

No caso, o ora Paciente foi preso em flagrante, no dia 13/09/2007, porque mantinha em depósito, com fim de mercancia, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar: 21,0g de cocaína, acondicionada em 90 pequenas embalagens plásticas, 327,0g de maconha, embaladas em 132 invólucros plásticos, além de 01 revólver da marca Rossi, número de série 077891, calibre 38'.

Finda a instrução, o Acusado foi condenado, em primeira instância, às penas de 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, em regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/06, e de 01 ano de detenção e 12 dias-multa, em regime semiaberto, por infração ao disposto no art. 12 da Lei n.º 10.826/03.

Confira-se as dosimetrias das penas:

"[...]"

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal e, em consequência, CONDENO o réu GEZO DO NASCIMENTO GAMA, por transgressão ao preceito primário contido nos tipos do artigo 33, da Lei 11.343/06 e artigo 12 da Lei 10.826/03, pelo que passo a aplicar-lhe as respectivas penas.

Conforme se vislumbra dos autos, o acusado é primário e não ostenta mácula em seus antecedentes (FAC de f. 111/113).

Quanto à culpabilidade do réu, entendo de classificá-la como maior o índice de reprovação, eis que o tráfico de drogas é hoje um poderoso meio de degradação da sociedade e desagregação da família.

Sua personalidade e conduta social são desfavoráveis, posto que trata-se de traficante de entorpecentes, cuja atividade instaura na localidade um verdadeiro estado de pânico e insegurança, causando desgraça de famílias que assistem seus entes queridos no abismo do vício e dependência, quase sempre sem retorno a normalidade.

Os motivos e circunstâncias do crime também não lhe favorecem, pois a finalidade do traficante é, ao lado de exercer um poder contraposto ao Estado, auferir indevido lucro financeiro ao preço da desgraça daqueles que se viciam no uso das drogas.

Aliada a essas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e a grande quantidade de entorpecentes apreendida, aplico ao réu, no que concerne ao delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, a pena de 06 anos de reclusão, cumulada com 600 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ante sua condição econômica, tornando-a definitiva diante da inexistência de causas de alteração de penas previstas em lei.

Muito embora seja o condenado primário e não ostentando mácula em seus antecedentes, forçoso reconhecer sua dedicação às atividades criminosas, posto que além do material entorpecente, sob seu domínio também foram apreendidos 04 rádio-comunicadores comumente utilizados pelos narcotraficantes, além de arma de fogo e chaves falsas, pelo que impossível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei Anti-Tóxicos.

Quanto ao delito tipificado no artigo 12 da Lei 10.826/03, aplico-lhe a pena de 01 ano de detenção c/c 12 dias-multa no valor unitário mínimo legal, ante as suas condições econômicas.

A pena reclusiva será cumprida em regime inicialmente fechado, de acordo com o disposto na nova redação do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07. A pena detentiva será cumprida em regime semi-aberto, conforme permissivo legal (art. 33 do CP)". (fl. 59/60)

Contra a sentença supratranscrita, o ora Apenado interpôs apelação perante a Corte fluminense, a qual deu parcial provimento ao recurso para reduzir as penas aplicadas, nos seguintes termos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]

Quanto à redução prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, a mesma não pode ser aplicada.

Apesar de o apelante ser primário e de bons antecedentes, restou demonstrado pelas provas colhidas nos autos, que o mesmo se dedica à atividade criminosa. Foram encontrados com o apelante, além dos dois tipos de entorpecentes, 04 (quatro) rádios comunicadores, comumente utilizados por narcotraficantes, além da arma de fogo, chaves falsas e material de endolação.

Conforme salienta **Jayme Walmer de Freitas**, entre as situações caracterizadoras de atividades criminosas, podem ser apontadas a conduta social (o apelante está desempregado), a posse de armas (proteção para a distribuição e do local onde essa se faz), apetrechos relacionados ao tráfico, como embalagens para porções individualizadas (sacolés), a quantidade de droga, bem como os diversos tipos.

As circunstâncias estão presentes no caso concreto.

A expressão 'dedicado' contida no referido dispositivo legal, refere-se 'aquele que se entrega ou mantém com esmero e afinco em atividade que se destina a consagrá-lo ou promover o seu sustento de forma consistente, gerando inclusive satisfação pessoal, o que pode-se concluir com facilidade no tocante ao apelante, integrado de maneira especial ao tráfico local pelas evidências apontadas e, como tal, não fazendo jus ao benefício.

O referido benefício deve ser aplicado àquele que participa de maneira eventual, esporádica, sem grande intuito lucrativo e sem proximidade a grupos encarregados de atividade criminosa.

Vê-se que o apelante não se inclui na descrição acima.

Como bem ressalta **Guilherme Nucci 'pode ser o agente primário e ter bons antecedentes, mas já tomar parte em atividades criminosas'** (Leis Penais e Processuais Comentadas, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, pg. 331).

[...]

Foi encontrada arma de fogo no interior da residência e daí cabe apreciar a incidência ou não do tipo do artigo 12 da Lei nº 10826/03, inobstante o recurso da Defensoria Pública nada se referir ao fato.

Na época do flagrante vigorava a Medida Provisória 379/2007 que não prorrogou o prazo para entrega de armas clandestinas. Tratou apenas do registro de propriedade de armas.

Esta Medida Provisória foi revogada pela Lei nº 11.579/2007 que nada dispôs a respeito da entrega de armas.

Com o advento da Medida Provisória 417/2008, admitiu-se novamente a entrega de qualquer tipo de arma, mas quando convertida na Lei nº 11.706/2008 e a nova redação do artigo 32 da Lei nº 10.826/03 ficou desta forma:

'Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma' (grifo nosso)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conclusão iniludível é que somente com a entrega da arma ocorre a extinção da punibilidade, não havendo mais aquele prazo indefinido de 'anistia', sem qualquer condição, que levou à interpretação da ausência de tipicidade em relação às armas apreendidas no interior de residência.

A figura típica, pois, permanece e remanesce com pleno vigor, tanto que a punibilidade só se extingue quanto da entrega da arma espontaneamente, e não pela apreensão no interior da residência.

Se a punibilidade é extinta significa que o fato típico ocorreu, ressaltando-se apenas a isenção da pena pela conduta do agente que entrega a arma.

A disposição é efetivamente muito mais benéfica para o desarmamento porque agora estimula a entrega da arma pela extinção da punibilidade, no tocante ao crime ocorrido.

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso para, reconhecer a menoridade, reduzir a pena pelo tráfico a 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, e pelo delito de armas tão somente reduzir a pena pecuniária a 10 (dez) dias-multa". (fls. 103/105; grifo no original)

Feito esse rápido apanhado da causa, passo à análise dos pedidos deduzidos neste *habeas corpus*.

Da suposta ilegalidade do estado flagrancial.

Como se sabe, o tráfico ilícito de drogas é crime permanente, o que enseja o prolongamento no tempo da flagrância delitiva, enquanto durar a permanência.

Assim, tratando-se de crime permanente, não há se falar em ilegalidade por violação de domicílio por ter sido a prisão efetuada no período diurno na residência do Paciente, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, autoriza a prisão em flagrante, seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial.

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA, AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO DELITO E NULIDADE DO LAUDO DEFINITIVO DE CONSTATAÇÃO DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ILEGALIDADES NÃO EVIDENCIADAS.

1. *Em casos de crimes permanentes, não se faz necessário a expedição de mandado de busca e apreensão, podendo, pois, a autoridade policial ingressar no interior do domicílio, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e, como no caso em questão, apreender a substância entorpecente que nele for encontrada.*

2. *Por ser dispensada a expedição do mandado de busca e apreensão, também não há de se falar em sua nulidade, por descumprimento do disposto no art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal. Ressalte-se, ademais, que a descrição da diligência e a assinatura das testemunhas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constam do auto de prisão em flagrante.

3. *Não se vislumbra a nulidade do laudo definitivo de constatação da substância entorpecente. Pelo que se extrai de seu próprio teor, bem como do consignado no acórdão ora hostilizado, não há qualquer divergência na data de sua realização.*

4. *Ordem denegada.*" (HC 65.215/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 23/04/2007.)

Da aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas.

São requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do artigo 3.º da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Como se vê, a referida minorante deixou de ser aplicada de forma devidamente fundamentada, uma vez que as instâncias ordinárias – soberanas na análise fático-probatória – concluíram que o Paciente se dedicava a atividade criminosa (fls. 59 e 103/104).

Desse modo, não preenchidos os requisitos legais, não faz jus o Paciente à aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Por oportuno, transcrevo os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. ALEGADA INOCÊNCIA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A MANTENÇA DA CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. *Tendo a Corte originária indicado precisamente os elementos em que se fundava para concluir pelo acerto da sentença no ponto em que condenou pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o narcotráfico, inviável, em sede de habeas corpus, proclamar-se a sua absolvição, como pretendido, pois necessário o revolvimento de todo o elenco probatório amealhado nos autos principais, providência vedada na via estreita do remédio constitucional. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.*

1. *Inviável a aplicação, na espécie, da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, quando os agentes foram condenados pelo crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente porque foi apreendida elevada quantidade de droga em poder dos acusados.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. *Ordem denegada.* (HC 149.227/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (17 KG DE MACONHA). DECISÃO FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Na hipótese, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal a quo, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, afirmou que a grande quantidade de droga apreendida (17 kg de maconha) trouxe maior grau de censurabilidade a conduta da Paciente, razão pela qual fixou a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentos válidos.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que a Paciente se dedicava à atividade criminosa de tráfico de drogas, considerando a dinâmica do fato delituoso, circunstância que, por si só, impede a aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

4. *Ordem denegada.* (HC 181.716/SC, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 01/02/2011.)

Ressalte-se, ademais, não ser possível afastar o entendimento exarado pela Corte de origem quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, pois necessitaria de exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como é sabido, afigura-se inviável na via estreita do writ.

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO LEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. **Os requisitos legais para a aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não se encontram devidamente preenchidos na espécie, uma vez que o acórdão atacado, de acordo com o**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conjunto probatório dos autos, reconheceu tratar-se de réu que se dedica à atividade criminosa.

2. Para o afastamento da benesse, é dispensável a comprovação de que o Paciente integra organização criminosa estruturada, porquanto, conforme o dispositivo legal em comento, a simples dedicação à atividade criminosa é circunstância que, per si, obsta a aplicação da minorante.

3. **A via estreita do writ é inadequada à análise dos requisitos subjetivos necessários à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei 11.343/06, por ser incabível dilação probatória.**

4. O reconhecimento da presença de circunstância judicial desfavorável do condenado (quantidade de droga), à luz do disposto no art. 44, inc. III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. *Ordem denegada.*" (HC 111.551, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/02/2009; sem grifo no original.)

Da abolitio criminis temporária do delito do art. 12 da Lei n.º 10.826/2003.

Na hipótese, o ora Paciente foi preso em flagrante no dia 13 de setembro de 2007, porque, além de manter em depósito cerca quantidade de drogas, "*possuía e mantinha sob guarda 01 (um) revólver da marca Rossi, número de série 077891, calibre 38, conforme auto de apreensão de fl. 19, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*" (fl. 16).

Pois bem. Segundo o Estatuto do Desarmamento, a posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo, enquanto que o porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou do local de trabalho.

Outrossim, a Lei n.º 10.826/03, nos termos dos seus arts. 30 e 32, determinou que os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deveriam, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação da lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse ou entregá-las à Polícia Federal.

Houve a prorrogação do prazo para a regularização do registro por duas vezes (Lei n.º 10.884/2004 e Lei n.º 11.118/2005), até a edição da Lei n.º 11.191/05, que estipulou o termo final para o dia 23/10/2005, o qual foi estendido para 31/12/2008, por força da Lei n.º 11.706/2008 e, finalmente, para 31/12/2009, pela Lei n.º 11.922, de 13 de abril de 2009, não existindo prazo para a entrega da arma à Polícia Federal, que poderá ocorrer a qualquer tempo, nos termos do art. 31 da Lei n.º 10.826/03.

Esta Corte vem entendendo que, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma (artigos 30, 31 e 32 da Lei 10.826/03), houve a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descriminalização temporária no tocante às condutas delituosas relacionadas à posse de arma de fogo.

Nesse contexto, a hipótese de *abolitio criminis* temporária deferida nos artigos 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento alcança, conforme em inúmeros precedentes desta Corte, alcança a conduta praticada pelo Paciente, de possuir, no interior de sua residência, arma de fogo de uso permitido.

No mesmo sentido é o entendimento desta Corte:

"HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. POSSE DE ARMA DE FOGO, ACESSÓRIOS E MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. APREENSÃO NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO PACIENTE. CONDOTA DO ART. 12 DA LEI DAS ARMAS PERPETRADA NO PERÍODO DA VACATIO LEGIS. APLICAÇÃO DA EXEGESE DO ART. 30 DA LEI 10.826/2003. ATIPICIDADE DA CONDOTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TRANCAMENTO PARCIAL DO IPL QUE SE IMPÕE.

1. É entendimento desta Corte de Justiça que o delito de posse ilegal de arma de fogo, acessórios e munição caracteriza-se quando estes forem encontrados no interior da residência ou no trabalho do acusado, sendo que o porte ilegal configura-se quando o artefato é apreendido em local diverso. (Precedentes).

2. É considerada atípica a conduta relacionada ao crime de posse de arma de fogo, acessórios e munição seja de uso permitido ou de uso restrito, incidindo a chamada *abolitio criminis* temporária nas duas hipóteses, se praticada no período compreendido entre 23 de dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005. Contudo, este termo final foi prorrogado até 31 de dezembro de 2008 somente para os possuidores de armamentos permitido (art. 12), nos termos da Medida Provisória nº 417 de 31 de janeiro de 2008, que estabeleceu nova redação aos arts. 30 a 32 da Lei nº 10.826/03, não mais albergando o delito previsto no art. 16 do Estatuto - posse de arma de fogo, acessórios e munição de uso proibido ou restrito.

3. In casu, em se tratando de posse ilegal de arma de fogo, acessórios e munição de uso permitido, vislumbra-se que é atípica a conduta atribuída ao paciente em relação ao art. 12 da Lei 10.826/03, pois tal se encontra abarcada pela excepcional *vacatio legis* indireta prevista nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03, tendo em vista que as buscas efetuadas na sua residência ocorreram em 10-11-2007.

[...].

2. Ordem parcialmente concedida para para trancar a investigação instaurada contra o paciente, unicamente, na parte em que se refere à suposta prática do crime de posse ilegal de armamentos de uso permitido (art. 12 da Lei 10.826/03), sem prejuízo do prosseguimento das investigações, já instauradas, quanto as demais condutas." (HC 165.574/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 01/06/2011.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMAS E MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. ABRANGÊNCIA. ORDEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCEDIDA.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/2003) ocorrida no período de 23/12/2003 a 31/12/2009 está abrangida pela *abolitio criminis* temporária, prevista nos arts. 5º, § 3º, e 30 da mesma Lei e nos diplomas legais que prorrogaram os prazos previstos nesses dispositivos.

2. Hipótese em que a apreensão das armas e munições de uso permitido, na residência do paciente, ocorreu em 9/7/2006, impondo-se o reconhecimento da *abolitio criminis* temporária.

3. Ordem concedida para tornar sem efeito a condenação proferida contra o paciente e absolvê-lo, pela atipicidade da conduta, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal." (HC 158.843/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 22/08/2011.)

Por fim, há de reputar-se prejudicada a questão concernente à aplicação da majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei n.º 11.343/06, ante a constatação da atipicidade da conduta do delito previsto no art. 12 da Lei n.º 10.826/03, pela declaração da *abolitio criminis* temporária na espécie.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem a fim de, reformando a sentença condenatória e o acórdão combatido, absolver o Paciente do delito de posse ilegal de arma de fogo, ante a constatação da atipicidade da conduta por ele praticada.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 144.544 - RJ (2009/0156912-4) (f)

VOTO-VENCIDO

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE: Estou divergindo, Sr. Presidente, porque o art. 32 da Lei de Armas, quando estava naquele prazo de vigência, estabelecia que a arma poderia ser devolvida sem punição ao agente.

Estou convicto que não é para esse tipo de pessoa, presa em flagrante por crime de tráfico, que a norma se destina. O traficante de drogas, que tinha drogas em sua casa, não ia usar o benefício previsto na lei para devolver sua arma.

No caso concreto, é evidente que o paciente não é o destinatário da norma excepcional do art. 32 da Lei de armas, porque no prazo previsto na lei não ia entregar a arma para excluir o crime.

Portanto, peço vênia para divergir da douta maioria, para denegar a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0156912-4

HC 144.544 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070140129860 200805002426

EM MESA

JULGADO: 20/09/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GEZO DO NASCIMENTO GAMA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que denegava a ordem.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.