



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.718 - SP (2013/0345891-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ TIAGO DE SOUZA CASTRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E TRÁFICO DE DROGAS. CONDUTA DO ARTIGO 16 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO PERPETRADA FORA DO PERÍODO DA VACATIO LEGIS ESTABELECIDADA PELO ARTIGO 30 DA LEI 10.826/2003. TIPICIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. 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.

2. Contudo, este termo final foi prorrogado até 31 de dezembro de 2008 somente para os possuidores de armamentos de uso permitido (artigo 12), nos termos da Medida Provisória 417 de 31 de janeiro de 2008, que estabeleceu nova redação aos artigos 30 a 32 da Lei 10.826/2003, não mais albergando o delito previsto no artigo 16 do Estatuto - posse de arma de fogo, acessórios e munição de uso proibido ou restrito.

3. Com a publicação da Lei 11.922, de 13 de abril de 2009, o prazo previsto no artigo 30 do Estatuto do Desarmamento foi prorrogado para 31 de dezembro de 2009 no que se refere exclusivamente à posse de arma de uso permitido.

4. No caso em apreço, constata-se que a conduta atribuída ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente é típica, pois não se encontra abarcada pela excepcional *vacatio legis indireta* prevista nos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003, tendo em vista que a busca efetuada na sua residência ocorreu em 19.1.2012, isto é, não se deu dentro do período de abrangência da lei em comento para o referido tipo de armamento, qual seja, até o dia 31.12.2009.

PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS NO TOCANTE AO ILÍCITO DISPOSTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. CONSIDERAÇÃO DO TOTAL DAS REPRIMENDAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE APLICADAS PARA FINS DE ANÁLISE DO CABIMENTO DO BENEFÍCIO.

1. A quantidade de pena cominada ao paciente - 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão - impede a substituição pretendida, uma vez que, consoante o disposto no inciso I do artigo 44 do Código Penal, a conversão da reprimenda privativa de liberdade em restritiva de direitos só é cabível quando a sanção corporal não for superior a 4 (quatro) anos.

2. Mostra-se incabível a permuta com relação a apenas uma das infrações penais praticadas pelo paciente, pois configurado o concurso de crimes, como na espécie, a substituição por penas restritivas de direitos só é possível quando o total das sanções não ultrapassar o limite de 4 (quatro) anos previsto no inciso I do artigo 44 do Estatuto Repressivo. Precedentes.

TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA APTA A JUSTIFICAR O REGIME MAIS GRAVOSO. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

2. No caso dos autos, conquanto a autoridade apontada como coatora tenha reduzido a reprimenda do acusado pelo crime de tráfico para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, estabeleceu o modo fechado para o resgate da reprimenda sem qualquer fundamentação concreta, arrimando-se apenas na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsão legal contida no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente, no ponto.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena cominada para o delito de tráfico de drogas.

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 unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.718 - SP (2013/0345891-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ TIAGO DE SOUZA CASTRO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSE TIAGO DE SOUZA CASTRO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0001355-07.2012.8.26.0590.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003, e de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Acusação e defesa interpuseram recurso de apelação, tendo o Tribunal a *quo* dado provimento ao primeiro e parcial provimento ao segundo, para fixar o regime inicial fechado quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo e reduzir as penas em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, fixando-as em 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Sustenta o impetrante que o paciente seria alvo de constrangimento ilegal, pois a sua conduta no tocante ao delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003 seria atípica, diante da inexistência de prazo para a entrega espontânea de armas de fogo de uso permitido ou restrito, caracterizando hipótese de *abolitio criminis*.

Em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, defende que o paciente faria jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois estariam presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Reputa ilegal a fixação do regime inicial fechado, defendendo que o delito de tráfico, quando praticado na forma privilegiada prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, não seria equiparado a hediondo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega que a gravidade abstrata do delito não seria fundamento idôneo para a fixação do regime mais gravoso de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Requer a concessão da ordem para que seja reconhecida a atipicidade da conduta em relação à posse de arma, bem como para que seja fixado o regime aberto e substituída a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos no que tange ao delito de tráfico de drogas.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 30/32.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 43/44), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 63/66, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.718 - SP (2013/0345891-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o reconhecimento da atipicidade da conduta de possuir ilegalmente arma de fogo, bem como a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no que se refere ao crime de tráfico de drogas.

O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses não ocorrentes na espécie**.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Esse Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de que o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização dessa ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, que é o *habeas corpus*, de forma a não mais admitir que seja empregada para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, **exatamente como ocorre no caso em exame**.

Cumprido observar que, em se tratando de direito penal, destinado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa, mas tal argumento não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in judicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, no que se refere ao delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003, cumpre analisar se a conduta imputada ao paciente estaria abarcada pela excepcional *abolitio criminis* instituída pela condição suspensiva prevista nos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003.

Sobre o tema, impende consignar que os textos originais dos artigos 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento assim preconizavam:

Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos.

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

Analisando-se o teor e a finalidade dos dispositivos transcritos, observa-se que a Lei estabeleceu uma condição suspensiva para que os possuidores e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proprietários de armas de fogo - seja as de uso permitido, proibido ou restrito - não registradas, pudessem obter o seu registro, desde que comprovada, por nota fiscal ou qualquer outro meio de prova em direito admitido, a origem lícita da posse.

O artigo 32, por sua vez, possibilitou também, no mesmo prazo, a entrega à Polícia Federal de armas de fogo registradas ou não pelos seus possuidores e proprietários, desde que de forma espontânea e presumida a boa-fé.

Ocorre que, em 17 de junho de 2004, a Lei 10.884 - resultado da conversão da Medida Provisória 174 -, determinou que o termo inicial da contagem do prazo de 180 dias para a solicitação de registro ou entrega do armamento, previsto nos artigos 29, 30 e 32 da Lei 10.826/03, seria a partir da publicação do decreto que os regulamentasse, não ultrapassando, para ter efeito, a data limite de 23 de junho de 2004.

Além disso, o referido prazo foi prorrogado até o dia 23 de junho de 2005 pela Lei 11.118, de 19 de maio de 2005, sobrevivendo, ainda, a Lei 11.191, de 10 de novembro de 2005, que adiou o término do prazo para 23 de outubro de 2005, possibilitando que as armas permitidas ou de uso restrito pudessem ser entregues até essa data sem a incidência da Lei 10.826/2003.

Nesse sentido, observa-se que a doutrina e a jurisprudência desta Corte de Justiça têm entendido que deve ser considerada atípica a conduta de posse irregular de arma de fogo, tanto de uso permitido (artigo 12) como de uso restrito (artigo 16) ocorrida no período referente a 23 de dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005, por se tratar de hipótese de *vacatio legis indireta* decorrente do teor do artigo 30 da Lei do Desarmamento.

Quanto ao tema, bem explica FERNANDO CAPEZ, leia-se:

"A Lei n. 10.826/2003, com as alterações legislativas posteriores (Medida Provisória n. 174, de 18.03.2004, convertida na Lei n. 10.884, de 17.06.2004 e, posteriormente, a Lei n. 11.118, de 19.05.2005), concedeu prazo para que todos os possuidores e proprietários de armas não registradas procedessem aos respectivos registros, apresentando nota fiscal de compra e ou comprovação da origem lícita. Antes do decurso do referido lapso temporal, não se pode falar na existência do crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posse ilegal dessas armas, presumindo-se a boa-fé, ou seja, a ausência de dolo daqueles que as possuam. Assim, tanto o art. 12 (posse ilegal de arma de fogo de uso permitido) como parte do art. 16 (posse ilegal de armas de fogo de uso restrito) do Estatuto tiveram sua vigência condicionada ao encerramento do mencionado prazo. Há, portanto, um período intermediário, em que tais condutas não são alcançadas nem pela Lei n. 9.437/97, nem pela nova legislação (...). Nesse interregno, a posse ilegal das armas de fogo de uso permitido e restrito não é incriminada, nem pela revogada Lei n. 9.437/97, nem pelos arts. 12 e 16 da nova lei. É um paradisíaco período de atipicidade [...] A Lei n. 10.826/2003 não passou a considerar atípica a posse ilegal de arma de fogo, ao contrário, tratou da matéria de modo mais severo e, por essa razão, somente alcança os fatos cometidos após sua entrada em vigor. O que houve foi um momentâneo e mero vácuo legislativo, de modo que as condutas praticadas ficam fora do alcance da antiga e da nova lei." (Estatuto do Desarmamento - Comentários à Lei n. 10.826, de 22.12.2003. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189-191.)

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido, veja-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO OCORRÊNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. LIMINAR DEFERIDA TORNADA SEM EFEITO. ORDEM EM PARTE PREJUDICADA E, NO MAIS, DENEGADA.

1. A Sexta Turma, a partir do julgamento do HC n.º 188.278/RJ, passou a entender que a abolitio criminis, para a posse de armas e munições de uso permitido, restrito, proibido ou com numeração raspada, tem como data final o dia 23 de outubro de 2005.

2. Dessa data até 31 de dezembro de 2009, somente as armas/munições de uso permitido (com numeração hígida) e, pois, registráveis, é que estiveram abarcadas pela abolitio criminis.

3. Desde 24 de outubro de 2005, as pessoas que possuam munições e/ou armas de uso restrito, proibido ou com numeração raspada, podem se beneficiar de extinção da punibilidade, desde que, voluntariamente, façam a entrega do artefato.

4. Na espécie, o ora paciente foi flagrado, em 09 de fevereiro de 2007, por guardar em sua casa uma arma de fogo com numeração suprimida, sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar, sem entregá-la à Polícia Federal voluntariamente para efeito de registro, não podendo, portanto, se beneficiar da exclusão do crime (abolitio criminis temporária) e nem da específica extinção da punibilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Inócuo se tornou o deferimento da liminar para aguardar o trânsito em julgado da condenação se esse já ocorreu. Pedido prejudicado. Liminar deferida tornada sem efeito.

6. Habeas corpus prejudicado em parte e, no mais, denegado. (HC 185.338/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 29/08/2012)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA POSSE OU DE ENTREGA DA ARMA. VACATIO LEGIS INDIRETA E ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. EFEITOS QUE NÃO ALCANÇAM A CONDUTA DE "PORTAR ARMA DE FOGO OU MUNIÇÃO". POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. CONDUTA EQUIPARADA A POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ABOLITIO CRIMINIS QUE SE ESTENDEU SOMENTE ATÉ 23/10/2005. CONDUTA TÍPICA PRATICADA PELO RÉU EM 2009. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. A Lei n.º 10.826/03, nos art. 30 e art. 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.

V. Entre 23/12/2003 e 23/10/2005, prazo identificado como vacatio legis indireta pela doutrina, a simples conduta de possuir arma de fogo e munições, de uso permitido (art. 12) ou de uso restrito (art. 16), não seria crime.

VI. A vacatio legis indireta tem aplicação, tão somente, para os delitos de posse de arma de fogo ou munição, mas não incide no tocante à conduta do agente que for surpreendido portando tais artefatos, o qual incorre nas sanções do art. 14 do Estatuto do Desarmamento.

VII. Somente estaria acobertado pela abolitio criminis temporária o portador de munição ou arma de fogo de uso permitido, munido com a Guia de Trânsito expedida pelo Departamento da Polícia Federal, em conformidade com a Instrução Normativa n.º 001-DG/DPF, de 26 de fevereiro de 2004, que não é a situação dos autos.

VIII. A posse de arma de fogo com a numeração raspada e munições, mesmo que de uso permitido, é equiparada à posse de arma de fogo de uso restrito, para fins de reconhecimento da abolitio criminis temporária.

IX. A conduta imputada ao réu em 11/03/2009 equivale ao porte de arma de fogo de uso restrito, e, por consectário, deve ser considerada típica, pois o período de entrega e regularização de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tais armamentos se iniciou em 23/12/2003 e foi encerrado em 23/10/2005, já que as ulteriores prorrogações abrangeram somente os possuidores de arma de fogo e munição de uso permitido.

X. Ordem denegada.

(HC 219.900/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012)

Entretanto, adveio a Medida Provisória 417, convertida na Lei 11.706, de 19 de junho de 2008, alterando o disposto nos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003, os quais passaram a vigorar com as seguintes redações:

*Art. 30. Os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do **caput** do art. 4º desta Lei.*

*Parágrafo único. Para fins do cumprimento do disposto no **caput** deste artigo, o proprietário de arma de fogo poderá obter, no Departamento de Polícia Federal, certificado de registro provisório, expedido na forma do § 4º do art. 5º desta Lei.*

Art. 32. 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."

Da leitura da citada alteração legislativa, vislumbra-se que a supramencionada prorrogação do prazo para regularização do armamento até 31 de dezembro de 2008 não mais abrange os possuidores de arma de fogo de uso restrito, porquanto a nova redação do artigo 30 do Estatuto se refere de forma categórica à solicitação do registro pelos possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido, expressão esta que não era prevista no anterior texto legal.

Percebe-se, portanto, que é atípica a conduta relacionada ao crime de posse de armamentos, seja de uso permitido ou de uso restrito, incidindo a *vacatio legis*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 arma de fogo de uso permitido (artigo 12), nos termos da Medida Provisória 417 de 31 de janeiro de 2008, que estabeleceu nova redação aos artigos 30 a 32 da Lei 10.826/2003, não mais albergando o delito previsto no artigo 16 do Estatuto - posse de arma de uso proibido ou restrito.

Impende salientar, por oportuno, que a Lei 11.922, de 13 de abril de 2009, prorrogou o prazo previsto no artigo 30 do Estatuto do Desarmamento para 31 de dezembro de 2009 no que se refere à posse de arma de uso permitido.

O Decreto 7.473/2011 e a Portaria 797/2011 não estenderam o prazo para a entrega de armas de uso permitido, nem poderiam fazê-lo, uma vez que ambas de hierarquia inferior à lei que estabeleceu mencionado prazo.

A presunção de boa-fé a que se refere tais normas restringe-se àquele que entregar espontaneamente sua arma à Polícia Federal, não abrangendo o possuidor ou proprietário que a mantiver ilegalmente em sua posse/propriedade.

No caso em apreço, constata-se que a conduta atribuída ao paciente é típica, pois não se encontra sequer abarcada pela excepcional *vacatio legis indireta* prevista nos artigos 30 e 32 da Lei 10.826/2003, tendo em vista que a busca efetuada na sua residência ocorreu em 19.1.2012 (e-STJ fl. 11), isto é, não se deu dentro do período de abrangência da lei em comento para o referido tipo de armamento, qual seja, até o dia 31.12.2009.

Melhor sorte não socorre o impetrante no que diz respeito à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por reprimenda restritiva de direitos quanto ao crime de tráfico.

Isso porque ao paciente foi cominada a reprimenda total de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, como incurso nos artigos 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003, e 33 da Lei 11.343/2006.

Desse modo, a quantidade de sanção imposta ao paciente impede a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição pretendida, uma vez que, consoante o disposto no inciso I do artigo 44 do Código Penal, a conversão da reprimenda privativa de liberdade em restritiva de direitos só é cabível quando a pena corporal não for superior a 4 (quatro) anos.

Por conseguinte, totalmente incabível a permuta pretendida com relação a apenas uma das infrações penais praticadas pelo paciente, já que tratando-se de concurso de crimes, como na espécie, a substituição por penas restritivas de direitos só é possível quando o total das sanções não ultrapassar o limite de 4 (quatro) anos previsto no inciso I do artigo 44 do Estatuto Repressivo.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONCURSO MATERIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. Para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, exige-se que o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do CP.

2. Conforme preceitua o art. 69 do Código Penal, na hipótese de concurso material, as penas privativas de liberdade aplicam-se cumulativamente.

3. Verifica-se, no caso, a existência de concurso material entre os crimes de receptação e adulteração de sinal de veículo automotor, o que representa 6 anos de reclusão.

4. Dessa forma, considerando o disposto no art. 44, I, c/c o art. 69, caput, ambos do Código Penal, não se admite substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o quantum total da pena, superior a 4 anos de reclusão.

5. Ordem denegada.

(HC 94.646/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2008, DJe 02/02/2009)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS), ART. 333 DO CÓDIGO PENAL E ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

V - Para que o réu seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal, o que não ocorreu no caso (Precedentes).

VI - Tratando-se de concurso de crimes, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos somente será possível quando o total das reprimendas não ultrapasse o limite de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*quatro anos previsto no art. 44, I, do CP (Precedentes).
Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, parcialmente
concedida.
(HC 90.631/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,
julgado em 21/02/2008, DJe 31/03/2008)*

Finalmente, quanto ao regime de cumprimento de pena fixado para o delito de tráfico de drogas, cumpre esclarecer que a nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pela Lei 11.464/2007, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado nos casos de condenação pelo delito do artigo 33 da Lei de Drogas, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos e de forma incidental, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, da Relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, ocorrido em 27.6.2012. Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

Como sabido, o controle incidental de constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Entretanto, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, deve ser seguida a orientação dada pela Corte Suprema.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pela Lei 11.464/2007, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do artigo 33 do Estatuto Repressivo.

No caso dos autos, conquanto a autoridade apontada como coatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tenha reduzido a reprimenda do acusado pelo crime de tráfico para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, estabeleceu o modo fechado para o resgate da reprimenda sem qualquer fundamentação concreta, arrimando-se apenas na previsão legal contida no § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, o que revela o constrangimento ilegal a que está sendo submetido o paciente, no ponto.

Desse modo, não havendo motivação apta a justificar a fixação do regime mais gravoso para o resgate da sanção cominada para o delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, imperiosa a sua modificação para o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, apenas para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena cominada para o delito de tráfico de drogas.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0345891-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 279.718 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013550720128260590 0542012 13550720128260590 542012

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ TIAGO DE SOUZA CASTRO (PRESO)

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

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 unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.