HABEAS CORPUS Nº 493.929 - SP (2019/0046174-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO
ADVOGADOS	:	ADILSON KLIER PERES - DF003299
		FLÁVIO LEMOS DE OLIVEIRA - DF010141
		EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI - SP127964
		PATRICK RAASCH CARDOSO - SP191770
		CÍNTHIA MOUTINHO DE OLIVEIRA - DF050570
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GABRIEL DIAS DOS SANTOS FILHO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de GABRIEL DIAS DOS SANTOS FILHO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0005529-07.2016.8.26.0562.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 34 (trinta e quatro) dias-multa, com incurso nas sanções do art. 16, **caput**, da Lei n. 10.826/03, art. 180, **caput**, do Código Penal, e art. 56, **caput**, da Lei n. 9.605/98, na forma do art. 69, do Código Penal (fls. 30-47).

Inconformada, da defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo em v. acórdão assim ementado:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO, RECEPTAÇÃO E DEPÓSITO DE SUBSTÂNCIAS TÓXICAS, PERIGOSAS E NOCIVAS À SAÚDE HUMANA E AO MEIO AMBIENTE (COMBUSTÍVEIS) – ABSOLVIÇÃO DIANTE DA ATIPICIDADE DAS CONDUTAS, PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU FRAGILIDADE DAS PROVAS. SUBSIDIARIAMENTE, REDUÇÃO DAS PENAS, RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO E ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E*

MATERIALIDADE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS – CONFISSÃO PARCIAL E INÓCUA, POIS HOUVE PRISÃO EM FLAGRANTE – PROVA ORAL DESFAVORÁVEL – CONDENAÇÃO BEM LANÇADA – PENAS DOSADAS COM CRITÉRIO – O TOTAL DAS PENAS E A REINCIDÊNCIA JUSTIFICAM O REGIME INICIAL FECHADO – RECURSO DESPROVIDO, COM EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ESGOTADAS AS IMPUGNAÇÕES ORDINÁRIAS NESTA CORTE DE JUSTIÇA" (fl. 89).

Os embargos de declaração opostos pela defesa, às fls. 119-124, foram rejeitados. Eis a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO ESTRITO, RECEPTAÇÃO E DEPÓSITO DE SUBSTÂNCIAS TÓXICAS, PERIGOSAS E NOCIVAS À SAÚDE HUMANA E AO MEIO AMBIENTE (COMBUSTÍVEIS) – OMISSÕES E PREQUESTIONAMENTO – VÍCIOS INEXISTENTES – ACÓRDÃO FUNDAMENTADO – AS TESES DEFENSIVAS NÃO FORAM ACOLHIDAS – PENA ESCORREITA – CONSOANTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A REINCIDÊNCAI É PREPONDERANTE SOBRE A CONFISSÃO – EMBARGOS REJEITADOS" (fl. 120).

A defesa opôs novos embargos de declaração que foram novamente rejeitados (fls. 134-141). Eis a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO ESTRITO, RECEPTAÇÃO E DEPÓSITO DE SUBSTÂNCIAS TÓXICAS, PERIGOSAS E NOCIVAS À SAÚDE HUMANA E AO MEIO AMBIENTE (COMBUSTÍVEIS) – REITERA ALEGAÇÃO DE OMISSÕES E CONTRADIÇÕES SOBRE OS TEMAS JÁ ACLARADOS E INSISTE NO PREQUESTIONAMENTO – VÍCIOS INEXISTENTES – ACÓRDÃO FUNDAMENTADO – AS TESES DEFENSIVAS NÃO FORAM ACOLHIDAS DE FORMA FUNDAMENTADA – PENA ESCORREITA – EMBARGOS REJEITADOS" (fl. 135).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na condenação pelo crime descrito no art. 16, **caput**, da Lei n. 10.826/03 e no art. 56 da Lei n. 9.605/98, haja vista o reconhecimento da insignificância das condutas imputadas.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja cassada *"[...] AS CONDENAÇÕES IMPOSTAS AO PACIENTE PELA PRÁTICA DOS DELITOS CONTIDOS NO ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03 (posse de munição de uso restrito) E ARTIGO 56, CAPUT, DA LEI 9.605/98 (armazenamento de substância nociva à saúde humana ou meio ambiente), DIANTE DA ATIPICIDADE MATERIAL DE TAIS CONDUTAS, COM A CONSEQUENTE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O CUMPRIMENTO DAS REPRIMENDAS RESTANTE, ou, no mínimo, A DETERMINAÇÃO DE SOBRESTAMENTO DA DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO"*.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 163-166.

Informações prestadas às fls. 174-175.

O Ministério Público Federal, ás fls. 227-231 , manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, caso conhecido, pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO E DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E DEPÓSITO DE COMBUSTÍVEL EM DESACORDO COM A LEI. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONSUMAÇÃO INDEPENDENTE DE

COMPROVAÇÃO DE LESIVIDADE CONCRETA. CRIME CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STF E STJ. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO" (fl. 227).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Com relação aos pleitos de reconhecimento da atipicidade da conduta prevista nos arts. 16, da Lei n. 10.826/2003, e art. 56, da Lei n. 9.605/1998, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos nos **arts. 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento** são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da

conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com o porte de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Por esses motivos, via de regra, inaplicável, nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição.

Contudo, o **Supremo Tribunal Federal,** analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar a bagatela na hipótese de apreensão de apenas uma munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC 143.449/MS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Dje 9/10/2017).

Nesse mesmo sentido, **ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior** reconheceram a atipicidade da conduta perpetrada por agente, pela incidência do princípio da insignificância, diante da ausência de afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora (AgRg no HC 434.453/AL, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 8/5/2018, DJe 21/5/2018; REsp 1.710.320/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 3/5/2018, DJe 09/5/2018).

No caso em exame, entretanto, conquanto seja possível, excepcionalmente, reconhecer a atipicidade material do crime elencado na Lei n. 10.826/2003, verifica-se que o réu foi preso em flagrante no contexto de diligência policial para dar cumprimento a mandado de busca e apreensão expedido para a residência do paciente objetivando apurar tráfico de drogas, e em revista a casa do réu foi apreendido **um revólver produto de roubo, além de 3 cartuchos íntegros de .40 S&W, 180 litros de gasolina, 40 litros de álcool e 20 litros de óleo diesel**, tudo em desacordo com as exigências legais, sendo, portanto, descabida a flexibilização do entendimento consolidado desta

Corte, já que não restam preenchidos os requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância, máxime o reduzido grau de reprovabilidade da conduta (STF, HC n. 84.412-0/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004).

Nesse compasso, o art. 56 da Lei 9.605/1998 descreve **também** crime ambiental formal como de **perigo abstrato**, ante a presunção absoluta do legislador de perigo na realização da conduta típica e a prescindibilidade de resultado naturalístico, e pluridimensional, pois, além de proteger o meio ambiente em si, tutela diretamente a saúde pública, haja vista a periclitância de seus objetos, altamente nocivos e prejudiciais, com alta capacidade ofensiva. **Não há falar, portanto, em ausência de periculosidade social da ação ou insignificância da conduta, porquanto é inerente ao próprio tipo penal.**

Nesse sentido:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. MODO INTERMEDIÁRIO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. MANUTENÇÃO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. NÃO RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> ***4. No caso em exame, conquanto seja possível, excepcionalmente, reconhecer a atipicidade material dos crimes elencados na Lei n. 10.826/2003, verifica-se que o réu foi preso em flagrante com 31 papelotes e 1 porção de cocaína (36g), R$ 160,00 (em notas diversas), além de 35 munições calibre .38, no mesmo contexto fático, sendo, portanto, descabida a***

flexibilização do entendimento consolidado desta Corte, já que não restam preenchidos os requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância, máxime o reduzido grau de reprovabilidade da conduta (STF, HC n. 84.412-0/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004).

[...]

11. Habeas corpus não conhecido". (HC 461.769/MS, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 19/12/2018, grifei).

"RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. TRANSPORTE DE PRODUTOS TÓXICOS, NOCIVOS OU PERIGOSOS. ART. 56, CAPUT, DA LEI N. 9.605/1998. LEI PENAL EM BRANCO. RESOLUÇÃO DA ANTT N. 420/2004. NORMA DE INTEGRAÇÃO. BEM JURÍDICO TUTELADO. MEIO AMBIENTE E INCOLUMIDADE PÚBLICA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A conduta ilícita prevista no art. 56, caput, da Lei n. 9.605/1998 é norma penal em branco, cuja complementação depende da edição de outras normas, que definam o que venha a ser o elemento normativo do tipo "produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde pública ou ao meio ambiente". No caso específico de transporte de tais produtos ou substâncias, o Regulamento para o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos (Decreto n. 96.044/1988) e a Resolução n. 420/2004 da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, constituem a referida norma integradora, por inequivocamente indicar os produtos e substâncias cujo transporte rodoviário é considerado perigoso.

2. Por outro lado, a conduta ilícita prevista no art. 56, caput, da Lei n. 9.605/1998 é de perigo abstrato. Não é exigível, pois, para o aperfeiçoamento do crime, a ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na conduta de quem produz, processa, embala, importa, exporta, comercializa, fornece, transporta, armazena, guarda, tem em depósito ou usa produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos.

3. Embora seja legítimo aspirar a um Direito Penal de mínima intervenção, não pode a dogmática penal descurar de seu objetivo de proteger bens jurídicos de reconhecido relevo, assim entendidos, na dicção de Claus Roxin, como "interesses humanos necessitados de proteção penal", qual a proteção ao meio ambiente e à incolumidade pública. Não se pode, assim,

esperar a concretização de danos, ou exigir a demonstração de riscos concretos para a punição de condutas que representam potencial produção de danos ao ecossistema e, por consequência, a pessoas indeterminadas.

4. O eventus periculi, advindo da prática de quem incorre em uma das condutas previstas no art. 56, caput, da Lei n. 9.605/1998, portanto, é presumido e, por conseguinte, prescinde da realização de perícia para comprovar a nocividade da substância ou produto, bastando, para tanto, que o "produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva para a saúde humana ou o meio ambiente" esteja declinado ex lege, ou seja, no caso, que esteja elencado na Resolução n. 420/04 da ANTT.

5. Recurso especial conhecido e provido, para restabelecer a condenação dos recorridos e determinar ao Tribunal de origem que reexamine a apelação defensiva, partindo da premissa de que a mera ausência de prova pericial não constitui óbice à manutenção do édito condenatório". (REsp 1439150/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe 16/10/2017, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator