HABEAS CORPUS Nº 499.601 - SP (2019/0078433-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RICARDO LOURENCO DIAS FERRO - SP232689
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL HENRIQUE DIAS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RAFAEL HENRIQUE DIAS, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (fls. 66-67).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, por sentença confirmada pela Corte *a quo*, às penas de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 12 dias-multa, pela prática do delito do art. 16 da Lei 10.826/2003.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao reclamo.

Daí o presente *writ*, em que a Impetrante sustenta, em síntese, que a conduta imputada ao paciente é atípica já que não se demonstrou a potencialidade lesiva da munição apreendida. Principalmente, porque *a munição estava desacompanhada de arma de fogo e, portanto, assim, impossível que pudessem ser efetivamente empregadas ao fim a que se destinam e, por óbvio, não poderiam causar qualquer dano ou efetivo perigo a coletividade* (fl. 7).

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para absolver o paciente ou, caso superada esta tese, que seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida (fls. 73-74).

As informações foram prestadas (fls. 79-87).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela denegação do *habeas corpus* (fls. 89-93).

É o relatório.

DECIDO.

Alega a defesa que a ausência da potencialidade lesiva das munições acarreta a atipicidade da conduta imputada ao paciente, pugnando, assim, por sua absolvição ou, superada esta, a fixação do regime intermediário para o início do cumprimento da pena.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo nos seguintes termos (fls. 67-69):

> A materialidade dos crimes está provada pelo boletim de ocorrência de fls.

> 09/11, pelo auto de exibição e apreensão de fls. 50, pelo laudo de exame pericial de fls. 71/75 e pela prova oral colhida nos autos.
> Quando da lavratura do auto de prisão em flagrante delito (fls. 07), o apelante permaneceu silente.
> Em Juízo, embora citado pessoalmente (fls. 84), deixou de comparecer no dia designado para a audiência de instrução, debates e julgamento, motivo pelo qual foi decretada sua revelia (fls. 117).
> O policial militar Vanderlei (fls. 04 e gravação da audiência realizada em 02.04.18) declarou que, quando dos fatos, recebeu informação anônima dando conta de que um indivíduo vulgo "Pirulito" havia praticado um roubo a uma residência, bem como que estaria ele na posse da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa. Realizou diligências e localizou o apelante, pessoa já conhecida nos meios policiais, sendo ele abordado e revistado, mas nada ilícito trazia consigo. **Estendeu as buscas na residência do apelante, sendo localizados, sobre um guarda-roupas, 10 (dez) cartuchos de calibre 9mm.**
> Em Juízo, acrescentou que um morador da região indicou o apelante, vulgo "Pirulito", como pessoa que andava armado pelo bairro e, ainda, que teria participado de um assalto em uma residência.
> No mesmo sentido depôs o policial militar Hélio Venâncio Ferreira (fls. 06) que participou das diligências que culminaram com a prisão do apelante.
> A análise do conjunto probatório leva à conclusão de que o apelante, de fato, praticou o delito que lhe foi imputado.
> Com efeito, os policiais relataram, com segurança, que, em averiguação aos dados fornecidos por um popular, que noticiava que o apelante costumava trazer consigo uma arma de fogo, realizaram diligências e com ele se depararam, sem, contudo, localizar algo ilícito. As buscas foram estendidas à residência do apelante, onde, sobre um móvel, foi localizada a munição apreendida.
> **Relevante ressaltar que, em se tratando de crime de mera conduta, que independe da ocorrência de qualquer prejuízo à sociedade, e ainda de perigo abstrato, diante da probabilidade de vir a causar algum dano a terceiro, pelo mau uso, para a caracterização do delito, basta que o agente mantenha a posse, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de arma de fogo ou munição**.
> Não prospera, portanto, a tese de ausência de lesão ao bem jurídico protegido.
> Isto porque, conforme entendimento dos Tribunais Superiores, o bem jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas sim a segurança e a paz social, o que torna irrelevante o fato de ser apreendida arma de fogo desmuniciada ou apenas a munição e outros acessórios.
> [...]
> Assim, suficientemente comprovadas materialidade e autoria do delito, indubitável a responsabilidade criminal do apelante e, assim, de rigor a manutenção de sua condenação.

Nota-se, no caso, que foram encontrados na residência do paciente ***10 (dez) cartuchos de calibre 9mm*** desacompanhados de arma de fogo, quantidade

não relevante, que demonstra, nos termos da mais nova orientação jurisprudencial adotada pelas Cortes Superiores, a inexistência de lesão ao bem jurídico tutelado (incolumidade pública), razão pela qual deve ser afastada a tipicidade material do fato, conquanto seja a conduta formalmente típica.

Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a aplicabilidade do princípio da insignificância a casos como o presente, em que a mínima quantidade de munição apreendida, somada à ausência de artefato apto ao disparo, denota a inexistência de riscos à incolumidade pública, não se mostrando a conduta típica, portanto, em sua dimensão material. A propósito, confira-se o teor do citado precedente:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003). POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DOS FATOS. RECURSO PROVIDO. I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22. II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003. III – Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. IV – Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).* (RHC 143449, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 26/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 6-10-2017 PUBLIC 9-10-2017.)

Neste mesmo sentido passaram a decidir ambas as Turmas criminais deste Sodalício:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PLEITO DE ANÁLISE DA MATÉRIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. DESCABIMENTO POR PARTE DESTA CORTE.
> COMPETÊNCIA DO STF. APREENSÃO DE 10 MUNIÇÕES INTACTAS DE ARMA DE CALIBRE 22, DESACOMPANHADAS DE ARMAMENTO CAPAZ DE DEFLAGRÁ-LAS. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. PRECEDENTES DA QUINTA E SEXTA TURMAS DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. É competência do Supremo Tribunal Federal analisar eventual existência de ofensa a princípios ou dispositivos constitucionais, não cabendo a esta Corte se

pronunciar acerca de eventual violação à Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência.
2. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de incidência do princípio da insignificância em casos de apreensão de quantidade reduzida de 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), vindo a ser acompanhado por ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte.
3. **A conduta de o agente possuir dez munições de arma calibre 22, destituídas de potencialidade lesiva, desacompanhadas de armamento capaz de deflagrá-las, não gera perigo de lesão ou probabilidade de dano aos bens jurídicos tutelados, permitindo-se o reconhecimento da atipicidade material, uma vez analisado o caso concreto. Precedentes.**
4. Agravo regimental não provido.
(AgRg no REsp 1780565/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 06/03/2019)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA. NÃO CABIMENTO. 2. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRESENÇA DE EXCEPCIONALIDADE. 3. POSSE DE MUNIÇÕES. AUSÊNCIA DE ARMA. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. 4. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE MUNIÇÃO. AUSÊNCIA DE ARTEFATO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 5. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE LEVAR À PROTEÇÃO DEFICIENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO. 6. POSSE DE 11 MUNIÇÕES DENTRO DA RESIDÊNCIA. DESACOMPANHADA DE ARMA. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. 7. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.
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. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.
3. Não há se falar em atipicidade em virtude da apreensão da munição desacompanhada de arma de fogo, porquanto a conduta narrada preenche não apenas a tipicidade formal mas também a material, uma vez que "o tipo penal

visa à proteção da incolumidade pública, não sendo suficiente a mera proteção à incolumidade pessoal" (AgRg no REsp n. 1.434.940/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 4/2/2016). Nesse contexto, verifico que permanece hígida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a posse de munição, mesmo desacompanhada de arma apta a deflagrá-la, continua a preencher a tipicidade penal, não podendo ser considerada atípica a conduta.

4. Passou-se a admitir, no entanto, a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF e do STJ.

5. **A possibilidade de incidência do princípio da insignificância não pode levar à situação de proteção deficiente ao bem jurídico tutelado. Portanto, não se deve abrir muito o espectro de sua incidência, que deve se dar apenas quando efetivamente mínima a quantidade de munição apreendida, em conjunto com as circunstâncias do caso concreto, a denotar a inexpressividade da lesão. Com efeito, analisando os precedentes, verifico a insignificância se apresenta em situações nas quais se portava de 1 a 7 munições. Outrossim, a Quinta Turma já considerou que a apreensão de 20 projéteis não autorizava a aplicação do mencionado princípio.**

6. **A situação apresentada está mais próxima das hipóteses em que se reconheceu a possibilidade de incidência do princípio da insignificância, possuindo, assim, a nota de excepcionalidade que autoriza a incidência do referido princípio, porquanto apreendidos 11 cartuchos, de uso permitido, desacompanhados de arma de fogo, dentro da residência do paciente.**

7. Agravo regimental a que se dá provimento, concedendo a ordem, de ofício, para trancar a Ação Penal n. 005/2.16.0002294-8.

(AgRg no HC 440.820/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 11 CARTUCHOS. AUSÊNCIA DE ARMAS APTAS PARA DISPARAR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA. 1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela incidência do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei n. 10.826/2003, afastando a tipicidade material da conduta, quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal.

2. **Ainda que formalmente típica, a apreensão de 11 cartuchos não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado, mormente porque ausente armamento capaz de deflagrar o projétil encontrado em**

poder do agente.
3. Agravo regimental improvido.
(AgRg no HC 496.066/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 26/04/2019)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 8 CARTUCHOS. AUSÊNCIA DE ARMAS APTAS PARA DISPARAR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O princípio da insignificância é parâmetro utilizado para interpretação da norma penal incriminadora, buscando evitar que o instrumento repressivo estatal persiga condutas que gerem lesões inexpressivas ao bem jurídico tutelado ou, ainda, sequer lhe causem ameaça.
2. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei 10.826/03, a despeito de serem delitos de mera conduta, afastando, assim, a tipicidade material da conduta, quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal. 3.
Ainda que formalmente típica, a apreensão de 8 cartuchos não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado, mormente porque ausente qualquer tipo de armamento capaz de deflagrar os projéteis encontrados em seu poder.
4. Agravo regimental improvido.
(AgRg no AREsp 1171021/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018)

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* a fim de afastar a tipicidade material do fato, absolvendo o paciente do delito descrito no art. 16 da Lei n. 10.826/03.

Comuniquem-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator