

**HABEAS CORPUS Nº 538.933 - SC (2019/0305381-4)**

**RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**RONALDO FRANCISCO - SC036396**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PACIENTE : EDUARDO HOLANDA LEME**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de EDUARDO HOLANDA LEMA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina na Apelação Criminal n. 0018912-06.2018.8.24.0023.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática dos crimes descritos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e do art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, às penas totais de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 594 (quinhentos e noventa e quatro) dias-multa, porque foi surpreendido por policiais enquanto trazia consigo e guardava uma porção de maconha, com massa bruta de 126,1g (cento e vinte e seis gramas e um decigrama), bem como possuía, no interior de sua residência, 1 (uma) munição calibre 9mm, em desacordo com determinação legal ou regulamentar – e-STJ fls. 133-143.

Inconformada, a defesa interpôs apelação e o Tribunal de origem negou provimento ao recurso e corrigiu erro material no dispositivo da sentença para que se “*imponha condenação, referente ao crime de tráfico de drogas, de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, a ser inicialmente resgatado no regime fechado; e quanto ao crime de posse de munição de uso permitido, a reprimenda de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, e 11 (onze) dias-multa, deverá ser inicialmente resgatada no regime semiaberto*” – e-STJ fls. 214-231; sem grifos no original.

No presente *writ*, a parte impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal em razão da condenação do paciente pelo delito previsto no art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, pois afirma que o fato é atípico em razão da apreensão de apenas uma munição de calibre 9mm, desacompanhada de arma de fogo ou de qualquer acessório.

Assevera que a conduta imputada ao paciente não possui potencial para ofender a integridade física ou a vida de terceiro, ou mesmo colocar em risco a incolumidade pública, pois a única munição foi encontrada de forma isolada, sendo impossível o uso da munição no caso concreto.

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que o paciente seja absolvido em relação ao delito previsto no art. 12, da Lei n. 10.826/2003 em razão da atipicidade da conduta.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 239-240).

# Superior Tribunal de Justiça

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 244-290 e 296-298).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 300-302).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No tocante à almejada absolvição quanto ao crime de porte ilegal de munição, assim se manifestou o Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 223-225):

*Não há prosperar o pleito absolutório embasado nas teses de atipicidade da conduta fundadas na ausência de lesividade e princípio da insignificância.*

*Isso porque o porte ou a posse ilegal de munição de uso proibido ou restrito é classificado como crime de mera conduta e perigo abstrato, ou seja, a ação do agente se consuma independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo à coletividade.*

*O risco à incolumidade pública é inerente ao crime e decorre do porte ou da posse ilegal de munição de uso restrito, pouco importando o fato de estar desacompanhada do armamento correspondente ao calibre.*

*O legislador optou pela prevenção antecipada do bem jurídico tutelado, presumindo a ocorrência de risco a partir da mera circulação de arma de fogo, acessório ou munição, independentemente da sua efetiva capacidade de lesionar eventual vítima almejada pelo sujeito ativo.*

*Objetivou a prevenção de ocorrência de um crime mais grave, por exemplo, homicídio ou latrocínio, a partir da repressão de um delito menos grave, mantendo, assim, a paz pública e a ordem social, porquanto, normalmente, é necessária a anterior circulação do artefato para o cometimento daqueles delitos.*

*[...]*

*Dito isso, verifica-se que, no caso concreto o crime em comento foi praticado em concurso material com o crime de tráfico de drogas, atividade delituosa em que a intimidação e o controle territorial, a fim de assegurar o controle sobre pontos de venda encontra-se associada a*

*aquisição de artefatos bélicos.*

*Noutra ponta, o histórico criminal do apelante, reconhecido inclusive por ele em seu interrogatório, no sentido de que chegou a fazer parte de facções criminosas do Rio de Janeiro e por ser detentor de condenações transitadas em julgado de crimes patrimoniais (fls. 45-47), reforçam a certeza de que a conduta perpetrada não goza de ofensividade mínima.*

A respeito do tema em análise, sabe-se que os crimes de perigo abstrato são aqueles que prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Em outros termos, em tais delitos, não se exige a prova do perigo real, pois este é presumido por lei, visto que suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.

A utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa deve-se ao fato de que, na sociedade atual, cada vez mais surgem atividades e produtos com alto potencial lesivo, e que possuem intensa capacidade de gerar elevados danos à coletividade.

Diante da magnitude dos possíveis prejuízos, e adiantando-se à ocorrência da lesão, é que são previstos os crimes de perigo abstrato, que constituem uma antecipação da tutela penal, revelando um caráter preventivo do Direito Penal.

Percebe-se, desse modo, que as condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são aquelas que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado.

Não há dúvidas de que o Direito Penal deve se pautar pelos princípios da intervenção mínima e da lesividade, incidindo apenas quando se estiver diante de ataques a bens jurídicos relevantes e quando as condutas praticadas afetarem de forma grave os direitos de terceiros.

Quanto ao ponto, cumpre trazer à baila o que asseverado por Rogério Greco:

*Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade, nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os rigores da lei penal.* (Curso de Direito Penal. Parte Geral. v. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 53).

Também é inconteste que a seleção dos bens tutelados penalmente varia conforme a evolução e as modificações que ocorrem na sociedade e que determinados bens ou valores que eram relevantes para o Direito Penal no passado deixaram de ser na

atualidade, e vice-versa.

Por conseguinte, a presunção de lesão nos crimes de perigo abstrato justifica-se quando novos contextos de risco surgem na esfera social, exigindo uma tutela penal de prevenção, que incide antes mesmo da ocorrência de danos, os quais, se ultimados, trariam resultados ainda mais maléficos para a comunidade.

Em observância a tais postulados, o crime de posse ilegal de arma ou munição foi tipificado pelo legislador pátrio como de perigo abstrato.

Por tais razões, a jurisprudência desta Corte se posicionava no sentido de que o simples porte ou posse de arma de fogo ou munição era suficiente para a caracterização dos delitos previstos nos arts. 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento, não se exigindo a ocorrência de dano efetivo.

E, pelos mesmos motivos, também não se admitia o reconhecimento do princípio da insignificância nas referidas espécies delitivas, que representam a probabilidade de dano à segurança e à paz públicas, não se exigindo a produção de nenhum resultado para a sua consumação, razão pela qual se entendia inviável o juízo de atipicidade material sobre tais condutas.

Ocorre que, em recente flexibilização de sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, analisando caso concreto, reconheceu a atipicidade material de conduta, por inexistência de potencialidade lesiva na apreensão de apenas uma munição de uso permitido, desacompanhada de arma que possibilitasse seu disparo.

Veja-se a ementa do referido julgado:

*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/MS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017; sem grifos no original.)

Tal entendimento tem sido aplicado também no âmbito desta Corte Superior, como se pode verificar nos julgados abaixo:

*DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 16 DA LEI N. 10.826/2003. PORTE DE*

*MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.*

*1. O porte irregular de munição de arma de fogo de uso restrito configura o delito de perigo abstrato capitulado no art. 16 da Lei n. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), sendo dispensável a demonstração de efetiva situação de risco ao bem jurídico tutelado. 2. Todavia, o Supremo Tribunal Federal - HC 132.876/DF, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 2/6/2017; HC 133.984/MG, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 2/6/2016 -, a Quinta e Sexta Turma desta Corte Superior - REsp 1.699.710/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 13/11/2017 - vem admitindo a aplicação do princípio da insignificância nos casos de porte ou posse de pequena quantidade de munições, desde que desacompanhada de arma. 3. Na hipótese, houve a apreensão de 2 projéteis, calibre 40, a autorizar a aplicação do referido princípio. Agravo interno desprovido.*

(AgRg no REsp 1733440/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018; sem grifos no original.)

*PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. POSSE DE MUNIÇÃO. ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA PARA ATESTAR POTENCIALIDADE LESIVA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APREENSÃO DE APENAS TRÊS MUNIÇÕES (SEM AS RESPECTIVAS ARMAS DE FOGO). MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO.*

*1. Segundo a jurisprudência desta Corte, [...] os delitos de porte de armas e munição de uso permitido ou restrito, tipificados nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, são crimes de mera conduta e de perigo abstrato, em que se presume a potencialidade lesiva, sendo inaplicável o princípio da insignificância independentemente da quantidade apreendida (AgRg no REsp n. 1.682.315/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2017).*

*2. A excepcionalidade do caso justifica a flexibilização da jurisprudência, pois o ora agravante foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 10 dias-multa, por possuir, em sua residência, apenas três munições, sem a respectiva arma de fogo, o que denota a desproporcionalidade da resposta estatal à conduta cometida.*

*3. Alinhamento ao entendimento exarado pela Segunda Turma*

*do Supremo Tribunal Federal (RHC n. 143.449/MS) que, apesar de reconhecer que a ação do réu em seu aspecto formal se ajusta a um modelo legal de conduta proibida (arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003), afasta a tipicidade em sua dimensão material, pela mínima ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado (incolumidade pública).*

*4. Agravo regimental provido para conceder a ordem, cassando-se o acórdão condenatório, de modo a absolver o ora agravante com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.*

(AgRg no HC 434453/AL, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018; sem grifos no original.)

Com efeito, ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte, em casos semelhantes, nos quais foi encontrada pequena quantidade de munição desacompanhada de artefato capaz de deflagrá-las, têm reconhecido a atipicidade da conduta, pela incidência do princípio da insignificância, diante da ausência de afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal.

Na hipótese em exame, embora a conduta do réu se amolde à tipicidade formal, que é a perfeita subsunção da conduta à norma incriminadora, e à tipicidade subjetiva, pois comprovado o dolo do agente, não há como reconhecer presente a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típico em face da significância da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado.

Isso porque, embora o juízo de origem tenha decidido pela tipicidade da conduta praticada pelo réu, haja vista que foi preso na posse de **1 (uma) munição de arma de fogo de uso permitido** desacompanhada do armamento, de forma que tal quantidade deve ser considerada insignificante, fazendo jus o acusado à aplicação do princípio da insignificância, com vistas à absolvição pelo crime que lhe foi imputado pela denúncia.

Nesses termos, vejamos-se:

*PENAL E PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO POR POSSE/PORTE DE MUNIÇÕES. AUSÊNCIA DE ARMA. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE MUNIÇÃO. AUSÊNCIA DE ARTEFATO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE LEVAR À PROTEÇÃO DEFICIENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO. POSSE DE 2 (DUAS) MUNIÇÕES CALIBRE 9MM e 1 (UMA) MUNIÇÃO CALIBRE .380, DESACOMPANHADAS DE ARMA DE FOGO. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

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

*possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*

*2. 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.*

*3. 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.*

*4. 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 que 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.*

*5. 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 2 (duas) munições calibre 9mm e 1 (uma) munição calibre .380, desacompanhados de arma de fogo.*

*6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente pelo crime tipificado no art. 16 da Lei n.*

*10.826/2003.*

*(HC 466.777/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 30/08/2019; sem grifos no original.)*

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO.**

**PEQUENA QUANTIDADE DE PROJÉTEIS DESACOMPANHADA DE ARMA DE FOGO. ATIPICIDADE MATERIAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

*1. O Tribunal estadual confirmou a sentença que afastara a condenação dos Agravados quanto ao delito previsto no art. 16 da Lei n.º 10.826/2003 por constatar a atipicidade material da conduta, decorrente da pequena quantidade de munição encontrada em poder deles - 1 (uma) munição calibre 9mm (nove milímetros) -, aliada à inexistência de apreensão de qualquer arma capaz de deflagrar os referidos projéteis.*

*2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora o crime de porte de armamentos e munições se trate de delito de mera conduta e de perigo abstrato, nos casos de apreensão de pequena quantidade de munição desacompanhada do armamento capaz de deflagrá-la, é devido o reconhecimento da atipicidade material da conduta, tendo em vista a ausência de lesão ou probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal.*

*3. Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no AREsp 1427708 / MS, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, Julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019; sem grifos no original.)

Dessa forma, impõe-se a reforma do acórdão proferido, para absolver o réu por atipicidade material da conduta consistente na posse e guarda no interior de sua residência, de apenas 1 (uma) munição de uso permitido desacompanhada da arma de fogo necessária para deflagrá-la.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece do writ, concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para **absolver** o paciente da conduta prevista no art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, em face da atipicidade material da conduta, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi  
Relator