



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 558795 - SC (2020/0017822-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
MATHEUS ARTHUR WASKOW - RS093870
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : SABRI INTRIZAI
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **SABRI INTRIZAI** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 3 meses de reclusão, em regime prisional semiaberto, como incurso nas sanções do art. 180, caput, c/c o art. 61, I, e 65, III, "d", todos do Código Penal (e-STJ, fls. 20-21).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, nos moldes da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO QUALIFICADA (ART. 180, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA PARCIALMENTE CONDENATÓRIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE RECEPÇÃO SIMPLES (ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO DESCRITO NO ART. 7, IX, DA LEI N. 8.137/90. INVIABILIDADE. DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVEU EVENTUAL EXPOSIÇÃO À VENDA DE PRODUTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO. FATO DO APELANTE COLOCAR À VENDA PRODUTO FRUTO DE AÇÃO CRIMINOSA QUE SE ADEQUA AO TIPO PENAL DA RECEPÇÃO. SUSCITADA A ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA DIANTE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. PASSADO CRIMINOSO DO APELANTE QUE DENOTA UMA MAIOR REPROVABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (e-STJ, fl. 295).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "convém destacar não ser acertada a capitulação do crime descrito na exordial no tipo do art. 180, caput, do CP"; b) "o Paciente, miserável, em situação de rua, tencionando angariar algum recurso, expôs à venda, como se percebe, alguns maços de cigarros paraguaios, fim de comprar presentes de natal a terceiros. Daí porque a capitulação que melhor se amolda ao presente caso diz com o art. 7º, inc. IX, da lei 8137/90"; b) "a perícia não detectou a IMPROPRIEDADE dos cigarros falsificados ao consumo, razão pela qual não restou comprovada a materialidade no presente caso"; c) "A intenção do acusado não repousava em movimentar a cadeia criminosa, dificultando a elucidação de crimes anteriores, como tipicamente ocorre no delito de receptação, mas expor à venda cigarro falsificado a fim de levantar algum recurso"; d) "o paciente expôs à venda alguns cigarros paraguaios para tanto. E, por isso, sua conduta resta materialmente atípica"; e) "a reincidência, por si só, tampouco afasta a bagatela"; f) "no caso ora enfrentado, a pena-base do PACIENTE foi aumentada em 1/6, pela valoração negativa dos antecedentes, em razão de uma condenação pretérita referente ao crime de porte de drogas para consumo pessoal

(Lei 11.343/06, art. 28)"; g) "na segunda fase da dosimetria penal deverá ser determinada a compensação da agravante de reincidência com a atenuante de confissão, uma vez que ambas se revestem de caráter preponderante nos termos do art. 67 do Código Penal, conforme sedimentado por este SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA em sede de recurso especial representativo de controvérsia no REsp 1.341.370/MT" (e-STJ, fls. 3-19).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de que seja reconhecida a atipicidade material da conduta ou, subsidiariamente, seja afastada a majoração negativa dos antecedentes e compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Indeferido pedido de liminar (e-STJ, fls. 323-324), A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 382-391).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Ademais, o *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a desclassificação da conduta imputada ao paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

A propósito do tema, trago à colação os seguintes julgados desta Quinta Turma:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A *QUO*. SUPRESSÃO. EXCESSO DE PRAZO SUPERADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. 1. **O *habeas corpus* não é o meio adequado para a análise de tese de desclassificação da conduta por exigir, necessariamente, uma avaliação do conteúdo fático-probatório, procedimento incompatível com a via estreita do *writ*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.**

2. A alegação de ausência dos requisitos autorizadores da medida constritiva cautelar não foi enfrentada pela Corte a quo, o que impede o conhecimento da questão diretamente por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Quanto ao alegado excesso de prazo verifica-se que já houve o encerramento da instrução criminal com a apresentação das alegações finais. Assim, aplica-se, no caso, o enunciado n. 52 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

4. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, A transferência do preso para estabelecimento prisional situado próximo ao local onde reside sua família não é norma absoluta, cabendo ao Juízo de Execuções Penais avaliar a conveniência da medida (HC n. 18.599/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/10/2002, DJU 04/11/2002).

5. Encerrada a instrução, entendo ser conveniente que o pedido de transferência seja novamente requerido perante o Juízo de primeiro grau que, diante na nova situação fática, poderá avaliar melhor a necessidade ou não da manutenção do recorrente na unidade prisional em que se encontra.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

(RHC 91.605/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/12/2017, DJe 13/12/2017, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE

LATROCÍNIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte Superior é firme na compreensão de não ser possível conhecer de desclassificação, tendo em vista que a desconstituição do que ficou estabelecido nas instâncias ordinárias ensejaria o reexame aprofundado de todo conjunto fático-probatório produzido ao longo da marcha processual, providência incompatível com os estritos limites do remédio constitucional, marcado pela celeridade e pela sumariedade na cognição.

2. Na espécie, o Tribunal de origem, com amparo nos elementos probatórios delineados nas instâncias ordinárias, manteve a condenação pela prática do delito descrito no art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 14, II, do Código Penal, e concluiu ser incabível a pretendida desclassificação para o crime tipificado no art. 157, § 3º, primeira parte, do mesmo diploma legal.

3. Mostra-se inviável, portanto, o exame do pleito de desclassificação, pois, para se afastar a conclusão das instâncias originárias, seria necessário o revolvimento do conjunto probatório, o que é vedado em habeas corpus.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 373.075/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/12/2017, DJe 14/12/2017, grifou-se).

Nesse contexto, se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, que a conduta descrita na peça acusatória subsume-se ao tipo penal do art. 180, *caput*, do CP, a análise das alegações concernentes ao pleito de desclassificação demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

Por outro lado, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC n. 84.412-0/SP, STF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19.11.2004.)

Nesse passo, a jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas.

A propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE FURTO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE OU NÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DIVERGÊNCIA ENTRE QUINTA E SEXTA TURMAS. 2. VERDADEIRO BENEFÍCIO NA ESFERA PENAL. RISCO DE MULTIPLICAÇÃO DE PEQUENOS DELITOS. NECESSIDADE DE SE VERIFICAR AS CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE NO CASO CONCRETO. 3. AGENTE REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RESSALVA DO CASO CONCRETO. MEDIDA QUE PODE SE MOSTRAR SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. 4. ANÁLISE FÁTICA E PROBATÓRIA. COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 5. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSEGUIR NO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Furto: embora existam vetores que orientam o exame da conduta e do

comportamento do agente, bem como da lesão jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração criminosa. Para a Sexta Turma, o passado delitivo não impede a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício.

2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, assim, o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que é reincidente e possui maus antecedentes não faz jus a benesses jurídicas.

3. Nesse encadeamento de idéias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado.

Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.

5. Acolhidos os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao agravo em recurso especial, reformando o acórdão do Tribunal de origem para cassar a sentença absolutória, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para que, superada a insignificância, prossiga na instrução, se necessário, ou no julgamento da ação penal."

(EAREsp 221.999/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE.

Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, haja vista que o agravante é reincidente (precedentes).

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 811.128/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016)

In casu, o Colegiado de origem negou a aplicação do princípio da bagatela, pois "é fato incontroverso nos autos que o Apelante ostenta em seu desfavor 2 (duas) condenações criminais transitadas em julgado, tipificadas nos arts. 16, *caput*, e 12, *caput*, ambos da antiga lei antidrogas de número 6.368/76 (autos n. 589624119998240023 – fl. 32 e autos n. 323872520018240023 – fl. 34)" (e-STJ, fl. 307).

Com efeito, a prática da conduta descrita no art. 16 da vetusta Lei n. 6.368/1976, a qual corresponde ao tipo penal do art. 28 da Lei n. 11.343/1976, não pode ser valorada como maus antecedentes ou recidiva, não constituindo óbice ao reconhecimento da atipicidade material da conduta.

Isso porque ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, em recentes julgados, têm decidido que é desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei 11.343/2006, uma vez que a infringência da referida norma legal não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e sua constitucionalidade está sendo debatida no STF (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/8/2018; HC 453.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/10/2018, DJe 15/10/2018).

Além disso, a condenação pelo crime do art. 12 da Lei 6.668/1976 transitou em

julgado no ano de 1º/5/2006, ou seja, há exatos 20 anos, o que, *de per si*, não impede o reconhecimento da atipicidade material da conduta, por não restar configurada a reiteração delitiva e que o paciente ostenta personalidade voltada à prática criminosa.

Ainda, deve ser considerado se tratar de receptação de 3 pacotes de cigarros, cujo valor é menor que 10% do salário mínimo em vigor à época dos fatos, o que denota a mínima ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Ainda que não se desconheça o entendimento desta Corte no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de contrabando de cigarros, por menor que possa ter sido o resultado da lesão patrimonial, pois a conduta atinge diversos bens jurídicos, como a saúde, a segurança e a moralidade públicas, o réu foi condenado pelo crime de receptação.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de absolver o paciente nos autos da Ação Penal n. 0000034-87.2015.8.24.0039, pela atipicidade material da conduta descrita da peça acusatória, ficando prejudicado o exame dos pleitos referentes à dosagem da pena.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator