

16/05/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.697 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
PACTE.(S) : FERNANDO LUCÍLIO DA COSTA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa: PENAL. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 155, *CAPUT*, COMBINADO COM O ART. 61, I E ART. 65, III, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. POSSE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO. ART. 16 DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I - O paciente foi condenado pela prática do crime descrito no art. 155, *caput*, combinado com o art. 61, I, e art. 65, III, todos do Código Penal, pelo furto de aparelho celular, avaliado em R\$ 90,00 (noventa reais).

II - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação de certos requisitos, de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.

III - Assim, ainda que conste nos autos registro de uma única condenação anterior pela prática do delito de posse de entorpecentes para uso próprio, previsto no art. 16 da Lei 6.368/1976, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal ao caso concreto, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Possibilidade da aplicação do princípio da insignificância. Precedente.

IV - Ordem concedida para trancar a ação penal.

16/05/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.697 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S) : FERNANDO LUCÍLIO DA COSTA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Fernando Lucílio da Costa, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao Agravo Interno no REsp 1.585.687/MG, de relatoria do Ministro Felix Fischer, assim ementado:

“PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. *RES FURTIVA*. VALOR NÃO IRRISÓRIO. REINCIDÊNCIA. INAPLICABILIDADE.

I- É incabível a aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto, uma vez que valor do bem subtraído - um aparelho celular estimado em **R\$ 90,00 (noventa reais)** - não pode ser considerado irrisório, já que equivale a **mais de dez por cento do salário mínimo vigente à época do fato (R\$ 622,00)**.

II - 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, conforme consta do voto vencido do v. acórdão reprochado, o recorrido é **reincidente (precedentes)**.

Agravo Regimental **desprovido**” (grifos no original).

A impetrante narra, inicialmente, que o paciente foi condenado pela

HC 138697 / MG

prática do crime previsto no art. 155, *caput*, combinado com o art. 61, I, e art. 65, III, todos do Código Penal, por ter subtraído um aparelho de telefonia móvel avaliado em R\$ 90,00 (noventa reais).

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, ante a incidência do princípio da insignificância, absolveu o paciente.

A acusação manejou recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, ao qual foi dado provimento pelo Ministro Relator para reconhecer a materialidade da conduta. A defesa, então, apresentou recurso interno, ao qual se negou provimento. É contra essa decisão que se insurge a impetrante.

Alega a incidência, *in casu*, do princípio da insignificância, uma vez que “a conduta perpetrada pelo agente não gerou qualquer prejuízo, vez que o objeto foi restituído ao seu proprietário, de modo que a lesão ao bem jurídico tutelado é inexpressiva, nula a periculosidade social da ação e também reduzidíssima a ofensividade da conduta e a reprovabilidade do comportamento atribuído ao paciente”.

Acrescenta, ainda, que a lesão jurídica provocada pode ser adjetivada de inexpressiva, considerado o pequeno valor do objeto furtado (R\$ 90,00 - noventa reais) e que dela não resultou diminuição do patrimônio da vítima.

Assevera, outrossim, que “a reincidência não pode servir de obstáculo ao reconhecimento da insignificância penal da conduta, mormente quando não se dá no mesmo tipo de delito” (pág. 3 do documento eletrônico 1).

Destaca, ainda, que

“[...] a insignificância é analisada no âmbito da tipicidade

material, ao passo em que a reiteração delitiva interfere apenas em momento posterior à caracterização do tipo, quando da aplicação da pena.

Não se pode, para configurar o delito, invocar a reiteração delitiva, que deve ser considerada na aplicação da pena. Efetivamente, a caracterização do delito constitui pressuposto da aplicação da pena e, assim, ocorre em momento anterior e distinto ao do sopesamento da reiteração delitiva.

Além disso, invocar a reiteração delitiva como determinante para a caracterização do crime equivale, ao fim e ao cabo, a criminalizar, em verdade, o histórico criminal do cidadão, e não fatos objetivos que causem relevante lesão a bens jurídicos caros ao meio social” (pág. 3 do documento eletrônico 1).

Ao final, pede que seja reconhecida a atipicidade da conduta, com base no princípio da insignificância.

Em 2/2/2017, indeferi o pedido de liminar, solicitei informações e abri vista ao Ministério Público Federal.

As informações foram recebidas, conforme documento eletrônico 9.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.

16/05/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 138.697 MINAS GERAIS

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, tenho que é caso de concessão da ordem.

Como relatado, o réu foi condenado à pena de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, substituída pela prestação de serviços gratuitos à comunidade ou a entidades públicas, pela prática do crime descrito no art. 155, *caput*, combinado com o art. 61, I, e art. 65, III, todos do Código Penal, porque, em 6/6/2011

“[...] subtraiu para si coisa alheia móvel, consistente em dois celulares das marca NOKIA e SAMSUNG, modelos E71 e SGH-X480), respectivamente, e Anderson de Oliveira Silva adquiriu, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, consistente em um celular NOKIA modelo E71.

Segundo o apurado, a câmara 43 do sistema ‘Olho Vivo’ monitorou o momento que o primeiro acusado supracitado oferecia a *res furtiva* mencionada para o segundo acusado, uma viatura foi acionada e abordou o Sr. Fernando Lucilo da Costa, este possuía R\$ 20,00 (vinte reais), decorrente da venda do celular NOKIA, modelo E71, e com o Sr. Anderson de Oliveira Silva foi encontrado o celular citado. De posse dos aparelhos, a polícia militar constatou que o dono dos aparelhos e vítima da ação delitiva era o Sr. Geraldo José Dias. A vítima afirmou que o celular havia sido furtado pela janela de seu automóvel e reconheceu o autor Sr. Fernando Lucilo da Costa” (pág. 5 do documento eletrônico 1; trecho da denúncia oferecida).

O cerne desta impetração cinge-se ao reconhecimento da atipicidade da conduta da paciente em face da aplicação do princípio da insignificância.

Como se sabe, a configuração do delito de bagatela, conforme têm entendido as duas Turmas deste Tribunal, exige a satisfação de certos requisitos, de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.

Ocorre, contudo, que consta dos autos a folha de antecedentes criminais do paciente (págs. 86-87 do documento eletrônico 2), que traz ao conhecimento condenação anterior pela prática do delito de guardar, para uso próprio, substância entorpecente, que, à época, era punido com a restrição à liberdade nos termos do art. 16 da Lei 6.368/1976. Porém, com o advento da nova Lei de Drogas, o delito passou a ensejar medidas educativas.

Ainda que a análise dos autos revele a existência de condenação anterior, o que, em tese, impediria a aplicação do princípio da insignificância em favor do paciente, não posso deixar de registrar que o paciente, na data da prática do fato tido por delituoso (6/6/2011), nos termos do que dispõe o art. 63 do Código Penal, era reincidente pelo delito de “adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Sucedde que a única condenação pretérita do paciente não se deu por tráfico de drogas, tipificado pelo art. 12, da antiga Lei de Tóxicos, mas, como já se viu, pelo art. 16, cujos verbos do tipo disciplinavam as condutas do usuário, que previam penas de 6 meses a 2 anos de detenção, e o pagamento de 20 a 50 dias-multa.

A propósito, menciono que as condutas anteriormente descritas no art. 16 da Lei 6.368/1976 continuaram criminalizadas à luz da Lei 11.343/2006.

Entretanto, o art. 28 da Lei 11.343/2006, ao disciplinar as condutas do usuário, optou pela aplicação de medidas diversas da pena restritiva de liberdade, prevendo que este se submeterá à: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a programa de curso educativo.

Nessa esteira, consigno que a Primeira Turma desta Corte, resolvendo Questão de Ordem no RE 430.105/RJ, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu que as condutas tipificadas no art. 28 da nova lei continuaram a ser crimes, tendo ocorrido, no entanto, a despenalização para o tipo, com a exclusão das penas privativas de liberdade, em acórdão assim ementado:

“EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo ‘*rigor técnico*’, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado ‘*Dos Crimes e das Penas*’, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

3. Ao uso da expressão ‘*reincidência*’, também não se pode emprestar um sentido ‘*popular*’, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L.

11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12).

4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os **crimes** de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30).

6. Ocorrência, pois, de 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107).

[...]" (grifei).

Sendo assim, diante da ausência de cominação de penas privativas de liberdade, deve ser perquirido se a condenação transitada em julgada do usuário pela posse de entorpecentes, com base no art. 28 da Lei 11.343/2006, caracterizaria a reincidência prevista no art. 63 do CP.

Vislumbro que, se tal condenação não pode acarretar o aprisionamento do condenado, sendo as penas impostas ao usuário de caráter educativo, não seria razoável considerá-la para afastar a aplicação do princípio da insignificância a fato posterior, que, *in casu*, consiste no furto de um celular avaliado em R\$ 90 (noventa reais).

Destarte, ao perceber que não se reconheceu a aplicação do princípio da insignificância, tendo por fundamento uma única condenação anterior, na qual o ora paciente foi identificado como mero usuário, entendo que ao caso em espécie, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido, a ausência de prejuízo ao ofendido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta.

Esse, inclusive, foi o entendimento a que esta Turma chegou, no julgamento do HC 137.422/SC, de minha relatoria, no qual se aplicou o princípio da insignificância mesmo constando nos autos registros

anteriores da prática de delitos. *Verbis*:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 155, *CAPUT*, COMBINADO COM O ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I - O paciente foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 155, § 4º, II, combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal, pela tentativa de subtrair 12 barras de chocolate de um supermercado, avaliadas num total de R\$ 54,28 (cinquenta e quatro reais e vinte e oito centavos).

II - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação de certos requisitos de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.

III - Assim, ainda que constem nos autos registros anteriores da prática de delitos, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal ao caso concreto, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Possibilidade da aplicação do princípio da insignificância. Precedente.

IV - Ordem concedida, para trancar a ação penal (grifei).

Dessa maneira, tenho que os fatos narrados não demonstram a necessidade da tutela penal, haja vista a insignificância da conduta sob exame.

Portanto, vislumbro, no caso sob exame, a existência de manifesto constrangimento ilegal, que autoriza a concessão da ordem.

Isso posto, concedo a ordem para trancar a ação penal.