

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.541 - SP (2019/0275008-4)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : EPHRAIN TADEU DOS SANTOS FROES
AGRAVANTE : MARCOS ROBERTO BENTO MARTINS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

Cuida-se de agravo regimental interposto por EPHRAIN TADEU DOS SANTOS FROES e MARCOS ROBERTO BENTO MARTINS contra decisão da Presidência deste Sodalício, que não conheceu do agravo em recurso especial apresentado, ante o óbice da Súmula n. 182/STJ.

Alega a defesa que o óbice indicado na decisão impugnada não incidiria no caso.

Aduz que a conduta atribuída aos réus seria insignificante, razão pela qual deveriam ser absolvidos por atipicidade material do fato.

Assevera, com relação ao segundo agravante, que deveria lhe ter sido ofertada a suspensão condicional da pena, em razão do preenchimento dos requisitos, de forma que a ação penal deveria ser anulada.

Requer a reconsideração da decisão ou o conhecimento do agravo com o provimento do recurso especial apresentado.

É o relatório.

Atendidos os requisitos de admissibilidade da insurgência, passa-se à análise do mérito do agravo regimental.

Os elementos existentes nos autos dão conta de que os agravantes foram condenados à pena de 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por uma pena de prestação de serviços à comunidade e por outra de prestação pecuniária, além do pagamento de 10 dias-multa, como incursos no art. 155, § 4º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, c/c art. 71, todos do CP, porque, nos termos da incoativa:

"Consta dos inclusos autos do inquérito policial que, no dia 17.03.2016, por volta das 7h00, na agência da Caixa Econômica Federal - CEF - situada na Avenida São Miguel, 4335, Ponte Rasa, São Paulo/SP, EPHRAIN TADEU DOS SANTOS FROES E MARCOS ROBERTO BENTO MARTINS, de forma livre e consciente, tentaram subtrair, para si ou para outrem, valores da referida agência, mediante a instalação de equipamento vulgarmente conhecido como "régua" ou "pescador" em caixas eletrônicos da referida instituição, não tendo logrado êxito em seu intento de retirar a quantia em dinheiro, fixada no instrumento, por circunstâncias

alheias à sua vontade, em razão da abordagem realizada por policiais militares." (e-STJ fl. 158)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual negou provimento a insurgência.

Apresentado Recurso Especial, a insurgência não foi admitida em juízo prévio de admissibilidade, tendo sido protocolado o correspondente agravo.

Por decisão da Presidência deste Sodalício, o agravo não foi conhecido, ante o óbice da Súmula n. 182/STJ.

Daí a apresentação deste regimental.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não conhecimento da irresignação.

Da análise dos autos, verifica-se a existência dos pressupostos necessários ao conhecimento do recurso, devendo-se reconsiderar a decisão de fls. 518/519, nos termos do art. 259, § 6º do RISTJ e passar à análise do mérito do recurso apresentado.

Inicialmente, no que se refere à pretendida aplicação do princípio da insignificância, sabe-se que este reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

Veja-se, sobre o tema, a lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, partindo do velho adágio latino minima non curat praetor.

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade a bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

[...].

Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à

importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em razão ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida, como por exemplo, nas palavras de Roxin, 'mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade'.

Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, "a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada" (Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1, 14ª ed., Saraiva: SP, 2009, p. 21 e 22).

Certo que o referido princípio jamais pode surgir como elemento gerador de impunidade, mormente em se tratando de crime contra o patrimônio, pouco importando se o valor da *res furtiva* seja de pequena monta, até porque não se pode confundir bem de pequeno valor com o de valor insignificante ou irrisório, já que para aquela primeira situação existe o privilégio insculpido no § 2º do art. 155 do Código Penal.

A propósito, a preocupação de LUIZ REGIS PRADO:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma minima non curat praetor, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância.

O princípio da insignificância é tratado pelas modernas teorias da imputação objetiva como critério para a determinação do injusto penal, isto é, como um instrumento para a exclusão da imputação objetiva de resultados.

[...].

De qualquer modo, a restrição típica decorrente da

aplicação do princípio da insignificância não deve operar com total falta de critérios, ou derivar de interpretação meramente subjetiva do julgador, mas ao contrário há de ser resultado de uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais vetores - v. g., valorização sócio-econômica média existente em determinada sociedade - tidos como necessários à determinação do conteúdo da insignificância. Isso do modo mais coerente e equitativo possível, com intuito de afastar eventual lesão ao princípio da segurança jurídica. (Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1 - Parte Geral - Arts. 1º a 120 - 7ª ed., RT:SP, 2007, p. 154 e 155)

A orientação do Supremo Tribunal Federal mostra-se no sentido de que, para a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar-se em consideração os seguintes vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada, salientando que o Direito Penal não deve se ocupar de condutas que, diante do desvalor do resultado produzido, não representem prejuízo relevante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Nesse sentido, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO (LEI Nº 9.472/97, ART. 183) – SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA – DOCTRINA E PRECEDENTES – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante,

seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - 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 esta na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Precedentes. 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) a 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.

(RHC 122464 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 08-08-2014 PUBLIC 12-08-2014)

Assim, a aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais, **pressupostos que, no caso, não se encontram preenchidos.**

Com efeito, na hipótese em exame, conforme aponta o acórdão impugnado, ao negar o benefício, "*consta dos autos que eles possuem apontamentos criminais pela prática, entre outros, de furto e roubo (fls. 35/37 do Inquérito, réu Ephrain) e (fls. 02/03, do Apenso, Marcos), bem como eles confessaram a reiteração dessa conduta por um mês e meio. Neste contexto, os registros criminais evidenciam a habitualidade da conduta do réu.*" (e-STJ fl. 454)

Assim, vê-se que os agravantes ostentam outras anotações criminais, situação que demonstra a reprovabilidade do seu comportamento, motivo suficiente por si só a embasar a incidência do Direito Penal como forma de coibir a reiteração delitiva, a fim de evitar que adote pequenos crimes patrimoniais como meio de vida.

Nesse diapasão:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA NÃO

CONFIGURADA. VALOR DA RES FURTIVA SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. BENS RESTITUÍDOS À VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. QUALIFICADORA DA ESCALADA. PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA NÃO JUSTIFICADA. I INCIDÊNCIA AFASTADA. DOSIMETRIA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. 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; (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).

3. A jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial. Precedentes.

4. O fato de os fios de cobre terem sido restituídos à vítima não afasta a consumação do delito e tampouco permite, por si só, a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

5. A Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando demonstrado ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas. Resta demonstrada a contumácia delitiva do réu, o qual possuía, à época, quatro condenações transitadas em julgado, todas pelo delito de furto qualificado, o que demonstra o seu desprezo sistemático pelo cumprimento do ordenamento jurídico.

[...]

8. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de redimensionar a pena imposta ao paciente, fixando-a em 6 meses e 12 dias de reclusão, mais o pagamento de 3 dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória.

(HC 456.480/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018 - grifo nosso)

Ainda no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. REGIME. INOVAÇÃO INDEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há como reconhecer a irrelevância penal da conduta, por ausência do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, haja vista a recidiva do agravante, que ostenta condenações criminais anteriores transitadas em julgado a título de reincidência e maus antecedentes por crimes contra o patrimônio.

[...]

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1610491/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016)

Ademais, trata-se de furto qualificado, que, nos termos da jurisprudência deste Sodalício, também não admite a aplicação do princípio da bagatela pois "*resta demonstrada maior reprovabilidade da conduta, o que torna incompatível a aplicação do Princípio da Insignificância.*" (HC 537.325/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019), circunstância que reforça a ausência de ilegalidade no acórdão recorrido que decidiu em harmonia com o entendimento deste Sodalício, aplicando-se à hipótese a Súmula n. 83/STJ.

O mesmo óbice se aplica, quanto à pretensão de reconhecimento da nulidade da ausência de oferecimento da suspensão condicional da pena.

Como é cediço, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995, eventual omissão do órgão acusatório ou ilegalidade na negativa do benefício da suspensão condicional do processo deve ser arguida no momento oportuno pela defesa, sob pena de preclusão.

Nesse norte:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PROPOSTA DO SURSIS PROCESSUAL. DISCUSSÃO SURGIDA APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO DO TEMA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, por se tratar de nulidade relativa, é alcançada pela preclusão a alegação formulada após a prolação de sentença condenatória, em que se aponta a falta de oferta de suspensão condicional do processo (AgRg nos EDcl no REsp 1611709/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 26/10/2016). Precedentes.

Agravo regimental não provido.

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no REsp 1758189/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018 - grifo nosso)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. (...) 2) FALTA DE OFERECIMENTO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, NOS TERMOS DO ART. 89 DA LEI N. 9.099/95. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

2. Conforme precedentes, a ausência de oferecimento da suspensão condicional do processo é causa de nulidade relativa, sujeita ao instituto da preclusão.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1686511/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 03/10/2018 - grifo nosso)

Na espécie, a defesa não se insurgiu contra a ausência de propositura da benesse antes da prolação da sentença condenatória, arguindo a aludida mácula apenas por ocasião da interposição do recurso de apelação, o que revela a preclusão do exame do tema.

Ademais, consoante consignado no aresto impugnado, "*o denunciado MARCOS, apesar de não ter sido condenado, possui maus antecedentes, bem como não lhe favorece a sua conduta social, conforme denota-se da sua folha de antecedentes...*", não faz jus à concessão do benefício em comento, não se tratando, ademais, de direito subjetivo seu."

Aduziu que "*não havia mesmo se falar em suspensão condicional do processo, uma vez que os fatos denunciados ocorreram no lapso de um mês e meio, conforme confessaram os réus, sendo que, no caso vertente, se tratou do julgamento conjunto de dois processos pelo mesmo crime, o que demonstra a continuidade delitiva, de maneira que a pena mínima, com o acréscimo de 1/3 (um terço), estabelecido pela sentença com amparo no artigo 71 do Código Penal, e não impugnado por nenhuma das partes, supera o limite de 1 (um) ano estabelecido pelo artigo 89 da Lei nº 9.099/95 para que possa ser proposta a benesse.*"(e-STJ fl. 452)

Na mesma esteira é o enunciado 243 dada Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de (01) ano."

Por tais razões, conheço do agravo e não conheço do Recurso Especial, nos termos do artigo 34, VII, combinado com o artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea a, ambos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator