

Exmo. Sr.Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu/RJ

Autos nº.

DAMIÃO SILVA, qualificado nos presentes autos de **Ação Penal** que lhe move o **Ministério Público Estadual**, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por seus procuradores *in fine* assinados, nos termos do art. 396-A do CPP, apresentar **DEFESA PRELIMINAR**, expondo e requerendo o seguinte:

I – SÍNTESE PROCESSUAL

Em apertada síntese, o réu **DAMIÃO SILVA** foi denunciado por ter, supostamente, praticado a conduta descrita na norma penal incriminadora prevista no art. 155, na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal, conforme narrou a inicial acusatória. Afirmar a exordial que o réu teria iniciado a subtração de dez latas de bebida energética no Supermercado Guanabara, no centro desta cidade, não tendo o crime se consumado por razões alheias a sua vontade.

Após o oferecimento da denúncia, os autos vieram para oferecer sua resposta escrita à acusação, por escrito, no prazo legal, nos termos do art. 396, do Código de Processo Penal, conforme o mandado de citação recebido.

II – DA CONFIGURAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL

Narra a denúncia que o réu teria iniciado a execução de uma subtração de algumas latas de energético em uma das filiais de um grande supermercado da região. O delito não teria se consumado, uma vez que os seguranças e fiscais do estabelecimento interceptaram o denunciado no momento em que deixava o mercado.

No entanto, cumpre dizer que a conduta narrada na denúncia, não seria capaz de causar dano ao patrimônio do Supermercado Guanabara, uma vez que a suposta tentativa ocorreu em situação de permanente vigilância pelos funcionários do estabelecimento. Essas circunstâncias evidenciam-se a partir da análise do Auto de Prisão em Flagrante, donde se percebe que a equipe de monitoramento e fiscalização da sociedade detinha total controle sobre as ações do réu.

Claudemir, fiscal do supermercado, ouvido nos referidos autos, afirma que o denunciado “*se comportava de modo suspeito*”, e que, em seguida “*entrou em contato com a central de monitoramento para que ficasse observando o mesmo*”. Após, a central de monitoramento verificou que o “elemento suspeito” havia apanhado dez latas da bebida energética, colocando-as em uma sacola. Os funcionários apenas esperaram

que o réu tentasse deixar o local sem efetuar o pagamento para que o abordassem e prendessem.

Da oitiva do sr. Claudemir, infere-se que o patrimônio da rede de supermercados esteve sob total monitoramento - por meio de câmeras de segurança e fiscais do estabelecimento - durante toda a ação descrita na denúncia. Dessa forma, é evidente que a conduta do réu não apresenta qualquer perigo concreto ao bem jurídico protegido pelo tipo penal em tela, isto patrimônio), nem retira o bem da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima.

Em julgado recente, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese aqui esposada:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INCIDÊNCIA. ANÁLISE RESERVADA AOS ASPECTOS OBJETIVOS DO FATO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. A tentativa de furto praticada pela Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico reclamado pelo princípio da ofensividade. A conduta tem contornos que demonstram pouca importância de relevância na seara penal, pois, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma, incide, na espécie, o princípio da insignificância, que reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por conseqüência, torna atípico o fato denunciado. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal admite, em casos específicos, a incidência do princípio da insignificância, em face de aspectos objetivos do fato. Tais aspectos apresentam-se no caso, a autorizar a concessão da ordem pleiteada. 3. Ordem concedida.

(HC 96822, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-04 PP-00693)

Assim, resta clara a absoluta ineficácia do meio empregado pelo defendido. Na situação examinada, o meio utilizado pelo agente é absolutamente ineficaz, uma vez que este foi constante e integralmente vigiado desde o início resta impossibilitada a consumação do delito, em conformidade com o art. 17 do Código Penal, devendo o denunciado ser absolvido sumariamente.

III – DA ATIPICIDADE DA CONDUTA DEVIDO À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

É assente na doutrina que o Direito Penal tem por finalidade a proteção dos bens jurídicos, como tais entendidos os “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social”, (por mais questionáveis que sejam esses valores e ainda que deslegitimada a função do Direito Penal como assegurador da paz social) e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.

Desta forma, Claus Roxin enuncia o princípio da insignificância, segundo o qual:

"(...) o Direito Penal por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção dos bens jurídicos. Não deve ocupar-se de bagatelas...".

Este também é o entendimento da doutrina nacional. Cezar Roberto Bitencourt afirma:

"A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio (...), 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." (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Ed. Saraiva, 15º Ed. V. 1. São Paulo: 2011.)

Os tribunais superiores, ao consagrarem o princípio da insignificância, firmaram o entendimento segundo o qual, de acordo com as especificidades do caso concreto deve-se avaliar a possibilidade de incidência do referido princípio de bagatela. Cabe ao Ministério Público e ao magistrado, diante das circunstâncias do caso, analisar a verificação da insignificância, atentando para a ofensa experimentada pelo objeto jurídico protegido.

Assim, a jurisprudência do STF já reconheceu a validade do princípio da insignificância em acórdão assim ementado:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. OCULTA COMPENSATIO. 1. O princípio da insignificância deve ser aplicado de forma criteriosa e casuística. 2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a oculta compensatio. A conduta do paciente não excede esse modelo. 3. O paciente tentou subtrair de um supermercado mercadorias de valores inexpressivos. O direito penal não deve se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízos importantes ao titular do bem tutelado ou à integridade da ordem social. Ordem deferida.” (STF, HC 92744, rel. Eros Grau, Segunda turma, Unanimidade, DJE de 14/08/2008)

O STJ igualmente reconhece a validade do princípio, tendo estabelecido seus contornos no seguinte julgado:

“EMENTA: CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PEQUENO VALOR DA COISA FURTADA. REINCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância requer o

exame das circunstâncias do fato e daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de restar estimulada a prática reiterada de furtos de pequeno valor. II. A verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado. III. Hipótese em que o bem subtraído possui importância reduzida, devendo ser ressaltada a condição econômica do sujeito passivo, pessoa jurídica, que recuperou o bem furtado, inexistindo, portanto, percussão social ou econômica. IV. Não obstante o valor da res furtiva não ser parâmetro único à aplicação do princípio da insignificância, as circunstâncias e o resultado do crime em questão demonstram a ausência de relevância penal da conduta, razão pela qual deve se considerar a hipótese de delito de bagatela. V. Orientação da Quinta Turma desta Corte que fixou patamar para a aferição da insignificância do delito, que pode levar a conclusões iníquas, porque dissociadas de todo um contexto fático. VI. Se o reconhecimento da irrelevância penal observa os critérios de índole subjetiva, a fixação de um valor máximo para a incidência do princípio da bagatela se apresenta, no mínimo, contraditória. VII. Ausência de razoabilidade na fixação de valor para a averiguação da inexpressividade da conduta e ausência de lesividade penal, dissociado de outras variáveis ligadas às circunstâncias fáticas. VIII. O entendimento pacificado desta Corte é orientado no sentido de que as circunstâncias de caráter pessoal, tais como a reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu pequeno valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. IX. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.” (STJ, RESP 1196082, rel. Gilson Dipp, Unanimidade, Quinta turma, DJE de 01/02/2011)

À luz do já explicitado, o fato descrito na denúncia encaixa-se de forma cabal nesta hipótese de causa excludente da tipicidade, eis que, a ação praticada pelo acusado tinha como objeto 10 (dez) latas de energético “Red Bull” no valor de R\$ 5,99 cada (totalizando menos de R\$ 60,00).

Este valor, à toda evidência, mesmo que o crime tivesse se consumado, não representaria lesão ou perigo de lesão significativo, haja vista que, além de o bem ter sido recuperado pelo Supermercado, como se pode notar dos autos, a mercadoria atingida possuía valor ínfimo se comparada ao salário mínimo brasileiro (inferior a 10% desta quantia, qual seja, R\$ 622,00).

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que lesão no valor de frações ínfimas do salário mínimo não configura tipicidade:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 87,00 (EQUIVALENTE A 18,7% DO SALÁRIO MÍNIMO

ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PEDIDO DEFERIDO. O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, NÃO LEGITIMA A ADOÇÃO, CONTRA O AGENTE, DE MEDIDAS DE PERSECUÇÃO PENAL. - O fato insignificante, por constituir evento destituído de tipicidade material, não assume relevo de natureza jurídico-penal, mostrando-se insuscetível, por isso mesmo, de medidas de persecução penal por parte do Estado. Precedentes. 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 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 na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. - 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. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes. (HC 97048, CELSO DE MELLO, STF)

A hipotética possibilidade de lesão ao patrimônio da sociedade em que se sucederam os fatos é ainda mais irrisória se comparado ao suntuoso patrimônio da mesma, uma vez que esta constitui parte de uma grande rede de supermercados com lojas em todo o Estado do Rio de Janeiro.

Como se desenvolverá a seguir, o Direito Penal deve caminhar para a máxima redução de sua área de incidência. Dessa forma, e ratificando a proscrição do abjeto Direito Penal do Autor, não importa se o indivíduo possui antecedentes, ou mesmo se confessa furtos anteriores, ainda que no mesmo estabelecimento. O que tem que ser analisado, conforme dito alhures é apenas o **fato** concreto descrito na denúncia em todos os aspectos.

Assim, a aplicação do princípio da insignificância para fins da absolvição de DAMIÃO SILVA é medida que se impõe.

IV – DA INADEQUAÇÃO DA PRESENTE DENÚNCIA AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE E DA OPORTUNIDADE DA AÇÃO PENAL

O sistema penal, como dizem Hulsman e De Celis no texto “A aposta por uma teoria da abolição penal”, *“longe de resolver os problemas que se propõe a enfrentar, cria outros novos: é, de fato, um mal social.”* Diante disto, e da atual conjuntura da aplicação do Direito Penal na realidade social brasileira, deve-se fazer uso da estrutura penal apenas quando fracassarem as demais formas de proteção de bem jurídico previstas no Direito e existentes na sociedade.

No presente caso, em conformidade com o autor holandês, *“o Sistema penal atua, de fato, como um instrumento em mãos das forças com poder, que produz a marginalização social dos elementos indesejáveis”,* e *“reforça as desigualdades sociais”*. Essa realidade mostra-se clara, uma vez que o Direito Penal, na *situação problema* em concreto é posto à serviço da proteção de uma grande rede de supermercados, visando a coagir um indivíduo que não possui capacidade de consumo em nossa sociedade excludente, por meio da intervenção máxima do Estado a não mais tentar obter insumos de primeira necessidade no Supermercado, ora “vítima” da situação problema.

No entanto, é manifesto que a conduta praticada pelo defendido encontra-se entre aquelas em que (também de acordo com Hulsman) *“o problema não merece ser resolvido por meio de uma intervenção criminalizante”*, uma vez que se verifica que os próprios funcionários do local conseguiram evitar que qualquer dano se consumasse ao vultoso patrimônio do estabelecimento em que os fatos ocorreram.

Dessa forma, percebe-se que na presente situação problema, não deveria sequer ter sido oferecida denúncia, visto que, mais uma vez com base nos ensinamentos do mestre abolicionista neerlandês: *“O Ministério Público pode agir segundo o princípio da oportunidade; ele pode arquivar, sem seguimento, todos os casos penais para os quais ele julga esta solução preferível à ação penal”*.

Este princípio, também vigente no Direito Processual Penal pátrio, deveria ter sido levado em conta pelo douto promotor de justiça autor da inicial acusatória, que pelo contrário, aplicou mecanicamente o princípio da obrigatoriedade da ação penal, segundo o qual, diante de uma investigação em que se conclua que a conduta é típica e antijurídica, o membro do Ministério Público deverá oferecer denúncia.

Acontece que, como já demonstrado, uma análise mais prudente do presente caso revela que a conduta praticada pelo agente, apesar de, a princípio enquadrar-se ao tipo penal descrito no art. 155 do CP, é atípico, uma vez que incidiu sobre bem patrimonial de valor ínfimo e sequer se consumou.

Ademais, tendo em vista a indispensável análise dos efeitos negativos e estigmatizantes do sistema penal sobre o indivíduo na prudente análise do promotor atuante na situação problema aqui retratada, que deveria agir sob um viés “descriminalizador”, uma vez que, mesmo que se reconheça que o Direito Penal é um “mal necessário”, este deve ser acionado apenas nos casos em que seja estritamente inevitável, o que, evidentemente, não é o caso dos autos.

O seguinte acórdão, do Superior Tribunal de Justiça, é bem didático, apesar de sua conclusão ser no sentido contrário do exposto até aqui:

PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL – FURTO SIMPLES TENTADO – PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO – RELAXAMENTO PELO MAGISTRADO POR ENTENDER QUE SE TRATAVA DE CRIME IMPOSSÍVEL – CONTINUAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES – OFERECIMENTO DE DENÚNCIA – REJEIÇÃO PELA MESMA TESE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ENTENDIMENTO SEGUNDO O QUAL A MATÉRIA ESTARIA PRECLUSA, ANTE A NÃO-INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA A DECISÃO QUE RELAXARA O FLAGRANTE – CONCLUSÃO INADMISSÍVEL – COISA JULGADA QUE, POR EXPRESSA PREVISÃO LEGAL, NÃO ACOBERTA OS MOTIVOS DA DECISÃO – DECISÕES QUE POSSUÍRAM OBJETOS DISTINTOS – COISA JULGADA QUE COBRIU APENAS O RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DA AGENTE, MAS NÃO OS SEUS FUNDAMENTOS – POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE DENÚNCIA CASO A OPINIO DELICTI DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ENTENDA HAVER CRIME EM TESE – DADO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. 1. Os fundamentos da decisão, ainda que importantes para seu dispositivo, não fazem coisa julgada. Inteligência do artigo 469, I do Código de Processo Civil. 2. Logo, ainda que a prisão em flagrante delito da agente seja relaxada por considerar o Magistrado ter ocorrido crime impossível, nada obsta que o representante do Parquet, munido do caderno investigatório, ofereça denúncia pelos mesmos fatos. 3. Nessa hipótese, cabe ao Juiz receber ou não a denúncia, mantendo ou não a tese de crime impossível, não havendo que se falar, todavia, em preclusão da matéria. 4. A coisa julgada da decisão responsável pelo relaxamento do flagrante restringiu-se à prisão em si, isto é, depois de passada em julgado, não caberia à acusação postular pelo restabelecimento do flagrante. 5. **Todavia, em atenção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, caberia ao representante ministerial oferecer denúncia caso sua opinio delicti apontasse para a ocorrência do delito, oportunidade em que, aí sim, estaria o Magistrado apto a proferir decisão a respeito da viabilidade ou não da deflagração da ação penal** (matéria nem sequer aventada na decisão que relaxou o flagrante). 6. Dado provimento ao recurso especial. (RESP 200801108349, JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:19/12/2008.)

Portanto, o Ministério Público deveria ter requerido o arquivamento do inquérito policial, em vez de oferecer denúncia, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal.

V – DO PEDIDO

Diante do exposto requer seja decretada a absolvição sumária, com fulcro no artigo 397, III, ou, se não acolhido o pedido de absolvição sumária, requer sejam intimadas as testemunhas ao final arroladas para que sejam ouvidas na audiência de instrução e julgamento.

Rol de Testemunhas:

- **Claudemir**, fiscal do Supermercado Guanabara, situado na Av. Marechal Floriano Peixoto, n.º 1552, Centro, Nova Iguaçu – RJ;
- **Policia Militar Edson**, lotado no 20º BPM.

Nesses termos, pede deferimento.

Nova Iguaçu, 30 de outubro de 2012

Gabriel Albernaz da Conceição
Advogado – OAB XXXXX

Bruno da Costa dos Santos
Advogado – OAB XXXXX