

**Furto qualificado - Flagrante preparado - Crime impossível - Tipicidade - Excludente**

Ementa: Apelação. Furto qualificado. Flagrante preparado. Crime impossível. Excludente de tipicidade. Sentença mantida.

- A conduta de flagrante preparado conforma a figura do crime impossível nos casos em que, em face das circunstâncias predispostas, há a exclusão “absoluta” da possibilidade de o fato vir a ser consumado.

- Nos casos concretos em que a vigilância providenciada pelo agente provocador constitui uma barreira intransponível para o sujeito, a atipicidade da conduta deve ser reconhecida. Aplicação da Súmula 145 do STF.

Recurso não provido.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0155.07.014557-0/001 - Comarca de Caxambu - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Devanil Carvalho Esteves - Relator: DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Duarte de Paula, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de novembro de 2010. - *Marcílio Eustáquio Santos* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Devanil Carvalho Esteves, já devidamente qualificado, denunciado pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

Narra a denúncia (f. 02/03), de forma sucinta, que, no dia 18.12.2006, no estabelecimento comercial denominado Restaurante Bistecão Gaúcho, na Comarca de Caxambu/MG, o denunciado subtraiu para si 1 (uma) caixa de vinho, com 4 (quatro) garrafas de 2 (dois) litros cada, marca Del Grano, pertencente à vítima César Antônio Piva, proprietário do mencionado estabelecimento comercial.

Segundo a denúncia, na data dos fatos, por volta das 15h, a vítima recebeu um telefonema da pessoa de Natanael Gomes dos Santos, que informou que o denunciado havia lhe oferecido uma caixa de vinho pela quantia de R\$50,00 (cinquenta reais). Desconfiando da procedência do produto oferecido, Natanael combinou um encontro com o denunciado por volta das 16h do mesmo dia, com o objetivo de promover juntamente com a vítima um flagrante. Afirma, ainda, que o denunciado era funcionário da vítima há quase 2 (dois) anos, tendo livre acesso ao estabelecimento.

Proferida a sentença (f. 73/76), foi julgada improcedente a pretensão punitiva estatal contida na denúncia, para absolver o réu Devanil Carvalho Esteves, do crime que lhe foi atribuído, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a r. sentença, interpôs o Ministério Público o presente recurso de apelação (f. 78). Em suas razões recursais (f. 81/87), pugna o apelante pela reforma da sentença, ao fundamento de que o recorrido efetivamente praticou a conduta ilícita tipificada no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal. Afirma não haver que se falar em crime impossível, uma vez que o meio empregado pelo agente se mostrou absolutamente eficaz à produção do resultado pretendido.

Em contrarrazões recursais (f. 89/90), o apelado pugna pelo não conhecimento ou não provimento do recurso, mantendo-se integralmente a sentença hostilizada.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer (f.100/101), opinando pelo conhecimento e provimento do recurso manejado.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Não há questões preliminares arguidas pelas partes nem conhecíveis de ofício.

Passando ao exame de mérito, tenho que a r. sentença deverá ser mantida em todos os seus aspectos, porquanto em consonância com toda a legislação aplicável à espécie.

Em que pese a alegação do *Parquet* ministerial, ora apelante, de que houve efetivamente a consumação do crime, ao fundamento de ser a venda mero desdobramento do ilícito, tenho que restou caracterizado, em verdade, o crime impossível, em consequência do flagrante preparado ocorrido.

Quanto ao aspecto e para a existência do flagrante preparado, é indispensável a presença do agente provocador, que, doutrinariamente, é a denominação que se dá ao indivíduo que estimula ou, até mesmo, cria as circunstâncias propícias para outrem praticar atos executórios de infração penal, a fim de, posteriormente, surpreendê-lo no momento da execução.

Ora, na hipótese dos autos, tenho que a testemunha “Natanael”, mesmo que não tenha diretamente ajudado o ora apelado a praticar o crime, estimulou o mesmo a, supostamente, subtrair a caixa de vinho do estabelecimento comercial Bistecão Gaúcho, pois afirmou ao acusado que iria comprar o vinho oferecido pelo mesmo, chegando até a marcar dia e hora para a concretização da transação.

Assim, quando um terceiro provoca o agente à prática do delito, ao mesmo tempo em que age para impedir o resultado, e havendo eficácia na atuação do agente provocador, não responde pela tentativa quem a praticou.

Ademais, a própria preparação do flagrante pela vítima, em conjunto com “Natanael”, tornou impossível a consumação do crime, vale dizer, restando caracterizado o crime impossível, que, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci,

é a tentativa não punível, porque o agente se vale de meios absolutamente ineficazes ou volta-se contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime. [...] É uma causa de excludente da tipicidade. (Código Penal comentado. 10. ed. Editora Revista dos Tribunais, p. 199.)

Em outras palavras, houve uma tentativa inidônea de consecução do ilícito, uma vez que o bem jurídico não sofreu risco algum, pois o meio adotado para o pretendido flagrante se mostrou totalmente ineficaz.

Essencial, ainda, resgatar os ensinamentos de Aníbal Bruno (*Sobre o tipo no direito penal*, p. 56), no sentido de que

a conduta de flagrante preparado conforma a figura do crime impossível nos casos em que, em face das circunstâncias predispostas, há a exclusão ‘absoluta’ da possibilidade de o fato vir a ser consumado.

Nesse sentido, e conforme acertadamente entendido pelo d. Juiz primevo, aplica-se ao presente caso o disposto na Súmula 145 do STF, que dispõe que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Obviamente que, embora a súmula faça referência somente ao flagrante preparado pela polícia, é natural que seja aplicável, também, em casos como o do presente feito.

Nesse sentido:

Furto. Flagrante preparado. Instigação ao delito. Crime impossível. Atipicidade - A conduta de flagrante preparado conforma a figura do crime impossível nos casos em que, em face das circunstâncias predispostas, há a exclusão ‘absoluta’ da possibilidade de o fato vir a ser consumado. Nos casos concretos em que a vigilância providenciada pelo agente provocador constitui uma barreira intransponível para o sujeito a atipicidade da conduta deve ser reconhecida. Aplicação da Súmula 145 do STF. Absolvição com fundamento no art. 386, inciso III, CPP. Recurso defensivo provido. (Ap. Crim. nº 70021941331 - 5ª Câmara Criminal do TJRS - Rel. Des. Aramis Nassif - Julg.: 21.05.2008).

Isso posto, e por tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, ex lege.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CÁSSIO SALOMÉ e AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.