

Furto - Tentativa - Supermercado - Vigilância -  
Crime impossível - Absolvição -  
Inadmissibilidade - Absoluta  
impropriedade/ineficácia do meio - Não ocorrência - Possibilidade de consumação - Condenação mantida - Princípio da insignificância - Aplicação - Não cabimento - Falta de previsão legal - Furto privilegiado - Art. 155, § 2º, do Código Penal - Reincidência - Não cabimento - Pena-base - Redução - Circunstâncias judiciais favoráveis - Possibilidade - Tentativa - *Iter criminis* percorrido - Redução mínima - Manutenção

Ementa: Furto tentado. Crime impossível. Vigilância em supermercado. Absolvição. Inadmissibilidade. Possibilidade de consumação do delito. Condenação mantida. Princípio da insignificância. Falta de previsão legal. Inadmissibilidade. Redução da pena-base. Possibilidade. Circunstâncias judiciais favoráveis.

Manutenção da redução da pena em 1/3 (um terço) pela tentativa. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- Quando a subtração não ocorre porque o agente é detido por vigilante do supermercado, inexistente crime impossível, e sim tentativa de furto, visto que havia a possibilidade de consumação do delito.

- Não cabe ao Poder Judiciário a aplicação do princípio da insignificância, porquanto constitui função do Poder Legislativo selecionar os critérios da tutela penal dos bens jurídicos.

- Sendo as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal favoráveis ao agente em sua totalidade, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal.

- Mantém-se a redução mínima da pena pela tentativa, se o agente percorreu grande parte do *iter criminis*, ficando perto da consumação do delito.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.09.592270-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Leonardo Felipe Ramos dos Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEDRO VERGARA**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 25 de maio de 2010. - *Pedro Vergara* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Leonardo Felipe Ramos dos Santos como incurso nas sanções do art. 155 c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 23 de abril de 2009, por volta das 10h55min, no local denominado por Supermercado Carrefour, situado no Shopping Cidade, na Rua São Paulo, nº 957, Bairro Centro, nesta Capital, o apelante tentou subtrair para si 4 (quatro) peças de picanha, somente não logrando êxito por circunstâncias alheias à sua vontade, tudo conforme consta do anexo inquérito policial (f. 02/03).

Recebida a denúncia foi o apelante devidamente citado e apresentou a defesa prévia de f. 48/58 (f. 30 e 45/46).

Durante a instrução foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, e o apelante foi interrogado (f. 94/97 e 105/106).

Nas alegações finais pede o Órgão Ministerial a condenação nos termos da inicial com a suspensão dos direitos políticos do apelante, rogando a defesa a absolvição pelo reconhecimento do crime impossível ou pela insignificância e alternativamente a fixação da pena no mínimo legal e do regime aberto (f. 108/112 e 122/126).

Proferida a sentença, foi o apelante condenado nas sanções do art. 155 c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal à pena de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato no regime semiaberto (f. 128/142).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante objetivando a absolvição pela insignificância ou pelo reconhecimento do crime impossível e alternativamente a fixação da pena-base no mínimo legal e a sua redução no patamar de 2/3 (dois terços) pela aplicação da causa de diminuição de pena da tentativa, rogando o Órgão Ministerial a manutenção da sentença condenatória, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 146/157, 171/184 e 190/205).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para a sua admissão.

II - Das preliminares.

Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - Do mérito.

Cuida-se de delito de furto, na modalidade simples e na forma tentada, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 155 c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição do apelante pelo reconhecimento do crime impossível ou pela insignificância e alternativamente da fixação da pena-base no mínimo legal e da sua redução no patamar de 2/3 (dois terços) pela tentativa.

No que concerne ao crime impossível, estatui o art. 17 do Código Penal que não se pune a tentativa, quando é impossível consumir-se o crime por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto.

O crime impossível ou tentativa inidônea ocorre quando os meios utilizados à prática delituosa não causam perigo de lesão ao bem jurídico por sua ineficácia ou impropriedade absoluta.

Conforme lúcido posicionamento doutrinário, a denominada teoria objetiva temperada exige para a impunibilidade da tentativa a absoluta ineficácia do meio ou a absoluta impropriedade do objeto, concluindo-se

que, sendo esta relativa, perfeito estará o tipo tentado em face da possibilidade objetiva de o agente consumir o delito.

Sobre o assunto anota Marcelo Semer:

Para a teoria objetiva temperada, em resumo, crime impossível é tentativa realizada com meios absolutamente inidôneos ou dirigidos a um objetivo inidôneo. Em ambas as situações está ausente o perigo real que deve acompanhar, em todo caso como conseqüência, tanto o crime consumado como o tentado. A tentativa, pois, não seria punível, eis que ausente seu caráter objetivo. A *contrario sensu*, a tentativa está caracterizada - afastado, portanto, o delito impossível - quando os meios forem relativamente inidôneos (p. 36-38, *apud* Guilherme de Souza Nucci. *Código Penal comentado*. 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 172).

Pelas próprias declarações do apelante tanto na fase inquisitiva (f. 08/09), quanto em juízo (f. 105/106), dizendo que tentou subtrair as peças de picanha no interior do Supermercado Carrefour e que passou pelos caixas sem efetuar o pagamento, sendo abordado em seguida por funcionários da segurança, não restam dúvidas quanto à tentativa de furto, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Inassiste dessa forma razão ao apelante porquanto tinha ele a possibilidade de consumir a subtração não logrando êxito pela intervenção da vigilância da loja, quando era perfeitamente viável a sua fuga.

A respeito do tema cabe registrar respeitáveis julgados em situações semelhantes:

Para efeito de reconhecimento de crime impossível, o Código Penal adotou o caráter absoluto, quer da ineficácia do meio, quer da impropriedade do objeto, portanto, não se caracteriza a figura do art. 17 do CP na hipótese em que o agente de furto é surpreendido por segurança do estabelecimento-vítima, pois a adoção de sistemas de prevenção antidelituais atua como obstáculo exterior relativo, de ocasião, e não como interdito absoluto da conduta, não configurando franquia para tentativas criminais malsucedidas (TACrimSP - AC 1318967.1, 11ª Câmara, Rel. Ricardo Dip, DJ de 24.06.2002).

Não há falar em crime impossível pelo fato de a acusada ter sido vigiada, sob suspeita, posto que o meio não é absolutamente ineficaz, haja vista a possibilidade de enganá-lo (Apelação Crime nº 70014101976, 8ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Miguel Fank, j. em 08.03.2006).

No mesmo sentido o precedente desta Corte:

O fato de ser possível ao acusado obter a consumação do delito, caso consiga se desvencilhar da vigilância do segurança, obsta o enquadramento do delito como crime impossível (AC 00.516021.6/000 - Rel. Edival José de Moraes - 4ª Câmara Criminal).

A figura do crime impossível é excepcional no direito penal brasileiro tanto que, para o seu reconhecimento, como já ressaltado, a ineficácia ou a impropriedade do meio ou do objeto utilizado deve ser "absoluta".

A vigilância exercida sobre a *res furtiva*, portanto, não desnatura a tentativa de subtração, muito embora possa dificultar consideravelmente a ação do sujeito ativo, tanto é que, em inúmeras situações, apesar da existência de severos esquemas de segurança inclusive tecnológicos, a consumação do furto é lograda, do que decorre a relatividade do meio empregado para tanto.

No que se refere ao princípio da insignificância, melhor sorte não socorre o apelante, porque tal construção doutrinária não encontra assento no direito penal brasileiro, tratando-se de recurso interpretativo à margem da lei, confrontando-se com o próprio tipo penal do art. 155 do codex, que, para as situações de ofensa mínima, prevê a figura do privilégio.

Sobre o assunto não é ocioso ressaltar nobre julgado pretoriano ao qual adiro:

É impossível o reconhecimento da atipicidade do crime de furto por aplicação do princípio da insignificância ou de 'furto de bagatela', não consagrados pela legislação penal brasileira, de modo que, violada efetivamente norma penal, deve ser responsabilizado o agente infrator, inimportando o valor da coisa subtraída e sua insignificância no contexto econômico ou no patrimônio da vítima ou do réu, não implicando a ausência de lesão em discriminação, pois, independentemente de valores reais econômicos, o que se preserva com a responsabilização do agente que se dispõe a burlar a lei penal são os valores morais, cobrados pela sociedade (TACrimSP, AC. 1330533/5, Rel. Luis Soares de Mello, 11ª Câmara, DJ de 11.11.2002).

No mesmo sentido o entendimento desta Corte:

Penal. Furto. Absolvição. Impossibilidade. Declarações da vítima corroboradas pelas demais provas dos autos. Desclassificação para a forma tentada. Impossibilidade. *Res* retirada da esfera de disponibilidade e vigilância da vítima. Crime impossível. Inocorrência. *Res furtiva* dotada de valor econômico. Princípio da insignificância. Não aplicação. Redução da pena. Impossibilidade. - Correta aplicação pelo juiz diante das circunstâncias judiciais e da existência de agravante. As declarações da vítima, quando corroboradas pelo depoimento das testemunhas e por indícios, são suficientes para a condenação. O crime de furto consuma-se com a retirada do bem, ainda que momentaneamente, da esfera de disponibilidade e vigilância da vítima, não importando, para sua caracterização, a livre disponibilidade do agente sobre a coisa. Não há que se falar em crime impossível, por absoluta impropriedade do objeto, no crime de furto, quando a *res* é dotada de valor econômico. O princípio da insignificância, adequado à realidade européia, não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, que se contenta com a tipicidade formal. Recurso improvido. (Apelação Criminal nº 2.0000.00.486673-9/000, Rel. Des. Hélcio Valentim, 5ª Câmara Criminal do TJMG, DJ de 03.09.2005).

O próprio legislador já ponderou situação em que, havendo um grau menor de ofensa ao bem jurídico, aliado às circunstâncias subjetivas favoráveis ao agente, aplica-se o privilégio com o benefício da substituição da pena de reclusão pela de detenção ou, alternativamente, a diminuição de dois terços da mesma ou, ainda, aplica-se exclusivamente a pena de multa.

Não é o caso em questão, *data venia*, uma vez que, embora os bens subtraídos possuam pequeno valor, a reincidência do apelante inviabiliza a aplicação do privilégio determinado no art. 155, § 2º, do Código Penal.

Sobre o tema destaquem-se os ensinamentos doutrinários de Guilherme de Souza Nucci:

Primariedade - É o primeiro requisito para o reconhecimento do furto privilegiado. A primariedade é um conceito negativo, ou seja, significa não ser reincidente. Portanto, quem não é reincidente, é primário. A reincidência ocorre quando o réu comete novo crime, após já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior. Lembremos, no entanto, que a condenação anterior somente surte efeito para provocar a reincidência desde que não tenha ocorrido o lapso temporal de cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o cometimento da nova infração penal. Conferir os arts. 63 e 64 do Código Penal. É preciso anotar que a lei foi bem clara ao exigir somente a primariedade para a aplicação do benefício, de modo que descabe, em nosso entendimento, clamar também pela existência de bons antecedentes. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Parte especial. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 655).

Amparando a tese, decidiu esta Corte:

Ementa: Furto. Condenação. Irresignação defensiva. Absolvição. Princípio da insignificância. Falta de previsão legal. Privilégio. Inviabilidade. Réu reincidente. Reestruturar pena corporal. Recurso conhecido e provido parcialmente. - Não cabe ao Poder Judiciário a aplicação do princípio da insignificância, porquanto constitui função do Poder Legislativo selecionar os critérios da tutela penal dos bens jurídicos. Não se pode falar em absolvição, quando as provas carreadas aos autos ensejam certeza da autoria e da materialidade do crime. Não há falar em aplicação do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal, quando o sentenciado é reincidente. - Justifica-se a fixação da pena-base pouco acima do mínimo legal, quando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são, em quase sua totalidade, favoráveis ao agente. - O regime de cumprimento de pena, para o réu reincidente poderá ser o semi-aberto, conforme se extrai da leitura do art. 33, § 2º, c, do Código Penal e da Súmula 269 do STJ. - Não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, se o agente é reincidente nos termos do inciso II do artigo 44 do Código Penal (TJMG - Apelação Criminal 1.0342.03.033542-2/001 - Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho - 5ª Câmara Criminal - DJ de 12.08.2008).

A reincidência do apelante impossibilita, portanto, a aplicação do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal.

Em relação à redução da pena-base, razão assiste à defesa, visto que inexistentes *in casu* razões que justifiquem a sua fixação em proporção distante do mínimo legal.

Nesse sentido, verifica-se que o digno Magistrado sentenciante ao analisar as circunstâncias judiciais considerou a culpabilidade reprovável, os seus maus antecedentes, a personalidade com tendência delitiva, além dos motivos e circunstâncias desfavoráveis, fixando a pena-base em 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

No que concerne à culpabilidade, todavia, entendendo que não existem nos autos elementos suficientes para aferi-la, devendo ser considerada "normal ao tipo", *data venia*.

Os maus antecedentes tratam de toda e qualquer condenação transitada em julgado, que não configure a reincidência.

Sobre a questão em voga segue o entendimento firmado pelo STJ:

[...] Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial (HC 31.693/MS, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 6/12/2004, p. 368). [...] (RESP 884812/DF - Recurso Especial 2006/0196055-4, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma do STJ, DJ de 07.05.2007, p. 364).

Amparando a tese já decidiu esta Corte:

[...] Consideram-se maus antecedentes apenas as condenações transitadas em julgado, por fato anterior, que não sejam aptas a gerar a reincidência. [...] (Apelação Criminal nº. 1.0145.01.006015-3/001, Rel. Des. Hércio Valentim - 5ª Câmara Criminal do TJMG, DJ de 17.12.2005).

Em no caso *sub examine* a certidão de antecedentes criminais acostada às f. 40/42 registra apenas 1 (uma) condenação transitada em julgado antes do delito em análise (0024.08.235742-7) sendo certo que ela deverá ser considerada para fins da reincidência, não estando apta a configurar seus maus antecedentes, sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

As circunstâncias e os motivos, outrossim, são inerentes ao próprio delito de furto perpetrado, crime contra o patrimônio, não havendo nada de extraordinário a se considerar, inexistindo, portanto, razões para um *plus* de reprovabilidade.

Já a personalidade, nos dizeres de José Antônio Paganella Boschi,

é mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo, porque além das exigências relacionadas ao conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia,

medicina, psiquiatria e, de outro lado, aqueles que se dispõem a realizá-lo tendem a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que elegem, não raro, como paradigmas. Isso tudo para não falarmos, por hora, na tese que propõe a absoluta impossibilidade de determinação da personalidade, que é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo (BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 207).

E, continuando na linha de raciocínio do citado autor,

sem nenhuma pretensão de, com as respostas, dar o problema por resolvido, queremos registrar nossa adesão à corrente que propõe a punibilidade pelo que o agente fez, e não pelo que ele é ou pensa, para não termos que renegar a evolução do direito penal e retornarmos ao tempo em que os indivíduos eram executados porque divergiam, e não pelo que faziam (obra citada, p. 212).

Não há assim registro nos autos quanto à personalidade do apelante.

Considerando-se dessa forma favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, impõe-se a reestruturação da pena-base fixada ao apelante.

No que se refere à tentativa, por sua vez, razão não socorre o acusado, uma vez que percorreu grande parte do *iter criminis*.

Constata-se que o apelante entrou no supermercado e colocou as peças de picanha dentro da mochila, chegando a passar pelos caixas sem pagar pelas mercadorias, somente não logrando êxito na subtração porque os vigilantes do referido estabelecimento comercial o interceptaram.

Verifica-se assim que o apelante chegou perto da consumação do crime, razão pela qual mantenho a redução da pena no patamar de 3/8 (três oitavos).

Nesse sentido ressaltem-se os ensinamentos do ilustre Júlio Fabbrini Mirabete:

A redução da pena referente à tentativa deve resultar não das circunstâncias do crime, que são consideradas na fixação da pena base, mas das circunstâncias da própria tentativa, ou seja, da extensão do *iter criminis* percorrido pelo agente, graduando-se o percentual em face da maior ou menor aproximação do resultado; quanto mais o agente se aprofundou na execução, quanto mais se aproximou da consumação, menor a redução. A maior ou menor redução deve ser motivada pelo juiz (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 147).

Atente-se ademais para o entendimento jurisprudencial:

[...] Tendo o apelante percorrido o *iter criminis* quase que em sua integralidade, estando próximo de atingir a consumação do delito de furto, a redução da pena em razão da tentativa deve se dar no patamar mínimo legal. [...] (Apelação

Criminal nº. 1.0223.04.154948-4/001, Rel. Vieira de Brito, 5ª Câmara Criminal do TJMG, DJ de 12.12.2006).

Passo a fixar a pena do apelante da seguinte forma:

Na primeira fase, reporto-me à análise acima realizada e fixo a pena-base no mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei.

Na segunda fase, promovo a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e mantenho a pena inalterada.

Na terceira fase, inexistem causas de aumento de pena, mas, em razão da tentativa, reduzo-a no mesmo patamar utilizado pelo digno Magistrado, qual seja pela fração de 3/8 (três oitavos), concretizando-a em 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 6 (seis) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo atualizando-se na forma da lei.

Mantenho o regime semiaberto nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal c/c a Súmula nº 269 do STJ *in verbis*:

Súmula nº 269 - É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Com essas considerações dou parcial provimento ao recurso apenas para reestruturar a pena do apelante, mantendo as demais disposições da r. sentença.

Custas, *ex lege*.  
É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.