

**Furto qualificado - Escalada - Autoria -
Materialidade - Prova - Tentativa - Não configuração - Crime consumado - Furto privilegiado -
Incompatibilidade - Fixação da pena -
Circunstâncias judiciais - Confissão espontânea -
Redução - Regime de cumprimento da pena -
Regime aberto - Pena privativa de liberdade -
Substituição - Pena restritiva de direitos**

Ementa: Apelação criminal. Furto qualificado. Escalada. Qualificadora devidamente comprovada pela perícia técnica e depoimentos testemunhais. Manutenção. Inversão da *res furtiva*. Consumação. Incidência do privilégio do § 2º do art. 155 do CP. Impossibilidade. Pena. Redução. Necessidade.

- A dinâmica dos fatos torna evidente e fora de dúvida o emprego da via anormal com esforço físico incomum para a prática do delito de furto, o que autoriza a incidência da qualificadora prevista no art.155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

- O crime de furto se consuma a partir do momento em que a posse da *res furtiva* é invertida, deixando ela a esfera de disponibilidade da vítima, não bastando para descaracterizar a consumação o fato de o agente ter sido preso logo em seguida à prática criminoso.

- Na esteira da iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, mostra-se inconciliável a figura privilegiadora, prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal, com a hipótese de furto qualificado.

- Se as penas foram fixadas de forma exacerbada, impõe-se a sua reestruturação, a fim de reduzi-las ao patamar adequado.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.08.497740-7/001 -
Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Samuel Hugo
Ferreira - Apelado: Ministério Público do Estado de
Minas Gerais - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER**

Acórdão

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

Belo Horizonte, 25 de agosto de 2009. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelação criminal interposta por Samuel Hugo Ferreira em face da sentença de f.86/89, por meio da qual o MM. Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora julgou procedente a denúncia, condenando o recorrente - como incurso nas sanções do art.155, § 4º, inciso II, do Código Penal - às penas de 3 (três) anos de reclusão no regime semiaberto e pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Em suas razões recursais às f. 101/102, a defesa do apelante pleiteia o decote da qualificadora da escalada, uma vez que restou comprovada nos autos a ausência de qualquer esforço anormal para acessar o imóvel.

Pugna pelo reconhecimento da forma tentada do delito e do privilégio, bem como pela redução da pena-base, com a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos.

Às f. 104/112, contrarrazões recursais, pugnando o Ministério Público pelo desprovemento do recurso.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo d. Procurador Antônio Dias Maia, opina pelo conhecimento e desprovemento do recurso (f. 119/123).

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, uma vez que estão presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a exordial acusatória que, em 2.11.2008, o denunciado, ora apelante, empregando escalada, subtraiu para si coisa alheia móvel. Segundo consta, após subir em uma árvore, ingressou no segundo andar da casa da vítima, ainda em construção, de lá subtraindo um pacote contendo 50 (cinquenta) luvas, uma caixa plástica sanfonada, seis registros de PVC, quatro registros de metal, entre outros objetos, avaliados em R\$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais).

A materialidade e autoria encontram-se devidamente comprovadas por meio de: auto de prisão em flagrante delito às f. 06/08; boletim de ocorrência às f. 10/11; auto de apreensão à f. 15; termo de restituição à f. 17; laudos periciais de f. 23 e 48, bem como de confissão do próprio acusado (f. 67) e depoimentos testemunhais.

Quanto à qualificadora da escalada, tenho que a mesma restou devidamente configurada.

Conforme consta do laudo de f. 48, em especial da foto de f. 49, embora não constassem vestígios no local, seria possível configurar a escalada para acesso ao imóvel "para uma pessoa de compleição e habilidades dentro da média".

Veja-se que o próprio apelante confirmou que "escalou a árvore com suas próprias mãos", sendo certo que, para a configuração da qualificadora, não se exige

a utilização de habilidade extraordinária ou sobre-humana, mas sim um esforço incomum por vias anormais.

Ademais, independentemente do trabalho pericial, os depoimentos testemunhais colacionados aos autos confirmam a empreitada do acusado. Vejamos:

[...] que o acusado para entrar na obra do declarante escalava uma árvore que fica em frente da obra e depois caminhava por um para lixo; que a escalada para adentrar a obra era de aproximadamente 03 metros de altura [...] (José Sebastião Pedrosa, f. 64.)

[...] que o acusado precisou escalar uma árvore de 03 metros de altura para adentrar a obra [...] (Júlio César Vieira, f. 66.)

Sabe-se que o fim pretendido pela referida qualificadora é apenar, de modo mais severo, aquele que adentra o local do furto por via anormal ou imprópria, por meio do emprego de agilidade ou esforço físico acima do comum, revelando a intenção firme e determinada de delinquir, a despeito dos obstáculos materiais existentes.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

Furto. Qualificadora. Escalada. Não ocorrência. Laudo. Destruição de obstáculo. Comprovação. Atenuantes. Apreciação. Receptação. Elementos congruentes. Depoimento policial. Condenação. Possibilidade. Para a constatação da qualificadora da escalada, em caso de furto, mister que o agente tenha envidado esforço incomum para obter a *res furtiva*. Hipótese em que se constata somente a destruição do obstáculo, conforme laudo pericial confeccionado. Comprovada a destruição de óbice à realização do delito de furto, enseja o caso o reconhecimento do crime qualificado. [...] (TJMG, Apelação Criminal nº 2.0000.00.402761-4/000, Rel. Des. Edival José de Moraes, 10.12.2003).

Apelação criminal. Furto qualificado. Escalada. Art. 155, § 4º, II, CP. Desqualificação. Impossibilidade. Nenhuma condenação com trânsito em julgado ao tempo do delito. Reincidência inexistente. Recurso parcialmente provido. - O furto qualificado por escalada pressupõe do agente um esforço incomum, seja através do dispêndio de uma energia notável, seja pelo uso de instrumentos específicos, seja, ainda, pelo auxílio de objetos ocasionais, a fim de transpor considerável obstáculo por meio de subida, como, no caso, um muro de 2,50m de altura. - Descabida a desqualificação para furto simples, diante da ousadia do agente, que não se intimidou diante do obstáculo, implicando uma maior reprovabilidade de sua conduta. [...] (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0016.04.038648-0/001, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, 27.08.2008).

Veja-se que, pela própria dinâmica dos fatos, inclusive narrada pelo apelante, fica evidente e fora de dúvida o emprego da via anormal, mediante a escalada da árvore, motivo pelo qual deve ser mantida a qualificadora.

Sobre o pleito de reconhecimento da tentativa, tenho que também não merece prosperar. Isso porque

resta consumado o crime de furto no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo, não bastando para descaracterizar a consumação o fato de o agente ter sido preso logo em seguida à prática criminosa, por êxito da perseguição policial.

No caso em tela, o recorrente se apossou dos bens subtraídos, que somente foram restituídos à vítima após a pronta ação da polícia em prender o acusado. Dessa forma, não há que se falar em mera tentativa, uma vez que houve inversão da posse da *res furtiva*.

De igual modo, tenho o entendimento de que o furto qualificado, como é o caso concreto, não admite a incidência do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal. É que o dispositivo legal em comento condiciona a substituição da pena de reclusão pela de detenção, a sua redução entre 1 (um) e 2/3 (dois terços), ou a aplicação somente da pena de multa nos casos em que o criminoso é primário e a coisa furtada é de pequeno valor.

Assim, o privilégio em questão tem como objetivo proporcionar resposta penal mais amena ao réu, diante de uma circunstância subjetiva favorável, qual seja a sua primariedade, e de outra objetiva, consistente no menor desvalor do resultado.

Desse modo, para o reconhecimento do aludido privilégio, não pode incidir sobre a espécie qualquer das hipóteses qualificadoras do crime de furto, pois nestas prevalece o desvalor da ação, restando caracterizada a incompatibilidade entre as duas figuras.

A propósito, veja-se o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores pátrios:

É firme a jurisprudência do STF no sentido de que não é cabível dar-se o privilégio do § 2º do art. 155 do CP em sendo o crime qualificado (RT 627/375-6).

É tranqüila a jurisprudência do STF no sentido de ser incompatível a figura do furto qualificado com a do furto privilegiado. Precedentes do STF (RT 608/446).

EMENTA: Penal. Agravo regimental no recurso especial. Furto qualificado. Privilégio previsto no art. 155, § 2º, do CP. Impossibilidade. Precedentes. Agravo improvido. 1. É pacífica a orientação deste Tribunal no sentido de que, para a incidência do privilégio inscrito no § 2º do art. 155 do Código Penal, é imperativo não incidir, na espécie, qualquer das hipóteses qualificadoras do crime de furto, em que prevalece o desvalor da ação. 2. *In casu*, incabível o reconhecimento do referido privilégio, tendo em vista tratar-se de furto qualificado. 3. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp nº 932.844/RS - Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima - julgado em 17.12.2007).

Acrescenta-se, ainda, que, muito embora o réu seja primário, o prejuízo patrimonial sofrido pela vítima, a teor do auto de avaliação indireta de f. 23, foi de aproximadamente R\$ 430,00 (quatrocentos e trinta

reais), o que, também por este ângulo, afasta a incidência do benefício em questão.

Por fim, quanto ao pedido de redução de pena, tenho que razão lhe assiste, na medida em que a reprimenda foi fixada de maneira exacerbada. Veja-se que, na primeira fase da fixação da pena, o d. Magistrado sentenciante considerou como desfavoráveis a culpabilidade, os antecedentes e a conduta social do acusado.

Quanto à culpabilidade, considero que esta é a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem; no presente caso, vislumbro-a como normal ao tipo do delito de furto.

No mesmo sentido, considero quanto à conduta social que, nos dizeres do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, “é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc.” (Código Penal comentado. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 373).

Com efeito, na ausência de uma análise percuente dos elementos que formam a conduta social do apelante, porque ausentes elementos de prova que possibilitem tal exame, impõe-se reconhecer como favorável a ele esta circunstância judicial, não se podendo considerar a circunstância desfavorável em razão, tão somente, da fundamentação contida na decisão.

E, mais, entendo que os motivos e as circunstâncias não podem ser tidos como desfavoráveis, já que inerentes ao delito perpetrado, bem como as consequências do delito que não foram graves, visto que a *res furtiva* foi devolvida à vítima.

Por fim, quanto aos antecedentes criminais, atento à certidão juntada aos autos às f. 72/73, verifico que o apelante é primário e possuidor de bons antecedentes, considerando que não existe nenhuma condenação com trânsito em julgado em seu desfavor.

Sopesadas as circunstâncias judiciais, fixo as penas-base do apelante em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão espontânea e afasto a agravante da reincidência reconhecida da sentença, mantendo a pena no patamar fixado, visto já estar no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, torno a pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

A pena privativa deverá ser cumprida no regime aberto, considerando o seu montante e o fato de as circunstâncias judiciais serem amplamente favoráveis ao acusado. Mantenho o valor do dia-multa fixado no mínimo legal, tal como ficou determinado na sentença recorrida.

Por fim, tenho que o réu preenche os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual a reprimenda corporal deve ser

substituída por duas penas restritivas de direito, quais sejam: I - prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, que deverá ser prestada conforme estabelecido no § 3º do art. 46 do CP, designando o juiz da execução a entidade na qual se dará a prestação, nos termos do art. 149, I, da LEP; e II - prestação pecuniária à vítima, no valor de 1 (um) salário-mínimo vigente ao tempo do crime, que poderá ser parcelada em até 10 (dez) vezes.

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação para reduzir as penas impostas, abrandar o regime prisional e substituir a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direito.

Se unânime a decisão, expeça-se alvará de soltura em favor do apelante, se por al não estiver preso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA CELESTE PORTO e PEDRO VERGARA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...