

**FURTO - TENTATIVA - TIPICIDADE - ATO PREPARATÓRIO - INÍCIO DE EXECUÇÃO - PUNIBILIDADE - BEM JURÍDICO TUTELADO - POLÍTICA CRIMINAL - CONDENAÇÃO**

**Ementa:** Apelação. Tentativa de furto. Teoria formal-objetiva. Funcionalismo. Novo sistema jurídico-penal. Valoração político-criminal do conceito jurídico de crime tentado. Teoria objetivo-material e teoria objetivo-individual. Conformidade com a concepção funcionalista. Aplicação. Réu que invade a residência da vítima para subtração patrimonial. Correspondência ao plano concreto de execução do autor. Tentativa configurada. Condenação mantida.

- A correta delimitação entre atos preparatórios e início de execução tem sido apontada pela doutrina como um dos maiores problemas da dogmática penal, maximizado pela circunstância de que tal diferenciação consiste também na linha limítrofe entre a punição e a irrelevância para o Direito Penal.

- O sistema funcionalista jurídico-penal, apresentado por Claus Roxin nos idos de 1970, ao preencher as interrogações dogmáticas do finalismo, através de valorações político-criminais atua, v.g., sobre a teoria objetiva adotada para definição da tentativa punível, ou seja, do início de realização da ação típica, valorando-a de acordo com a função do Direito Penal e tornando-a mais cristalina e individualizada.

- Na diferenciação entre atos preparatórios e executórios, para fins de delimitação da tentativa, deve o intérprete partir de uma concepção funcionalista, conjugando-a com a teoria objetivo-material e sua variante objetivo-individual que impõe, além de um juízo valorativo sobre a ameaça ao bem jurídico tutelado, a observação do plano concreto do autor, aferindo se o ato investigado guarda relação de imediatidade com o começo de execução, segundo o planejamento delituoso.

- Configura tentativa de furto a ação do réu que invade a residência da vítima, pelo telhado, para fins de subtração patrimonial e é surpreendido por terceiros quando escolhia os objetos a serem subtraídos, estando claro o pleno funcionamento do plano concreto de execução delituosa do agente.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0686.04.098455-7/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Relator: Des. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1.0686.04.098455-7/001, da Comarca de Teófilo Otoni, sendo apelante Sebastião Alves Martins e apelado Ministério Público do Estado de Minas Gerais, acorda, em Turma, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais NEGAR PROVIMENTO.

Presidiu o julgamento o Desembargador Alexandre Victor de Carvalho (Relator), e dele participaram os Desembargadores Maria Celeste Porto (1ª Vogal) e Antônio Armando dos Anjos (2º Vogal).

O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2005.  
- *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

**Notas taquigráficas**

O Sr. Des. *Alexandre Victor de Carvalho*  
- I- Relatório.

Descrevem os autos que o apelante foi processado pela Justiça Pública como incurso nas iras do art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, todos do CP, por ter sido preso tentando invadir a

residência da vítima Pedro Carneiro Magalhães para fins de subtração patrimonial.

O *Parquet* denunciou o apelante pelo delito de tentativa de furto simples. Foi apresentada defesa prévia em favor do apelante, à f. 53 v.

Alegações finais do Ministério Público, orais, requerendo a procedência da denúncia à f. 38. O apelante apresentou suas alegações defensivas, também oralmente, às f. 38/39.

A sentença monocrática condenou o acusado nos termos requeridos na exordial.

Inconformado, apela o réu, pugnando pela sua absolvição.

Devidamente intimado, o *Parquet* apresentou as respectivas contra-razões.

A Procuradoria de Justiça, através do parecer da lavra do ilustre Procurador Dr. Mário Drummond da Rocha, opina que seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

II- Conhecimento.

Conheço do recurso por preencher os pressupostos legais.

III- Mérito.

Versa o apelo sobre a polêmica da diferenciação entre atos preparatórios e atos executórios no delito de furto.

Com efeito, imputa-se ao réu a prática de tentativa de furto simples, pois, segundo a denúncia, teria sido flagrado tentando entrar na residência da vítima, pelo terraço.

O conjunto probatório, composto basicamente de prova testemunhal, narra que o apelante subiu em uma árvore, na frente da residência da vítima e, depois, saltou para o terraço, sendo surpreendido pelos moradores, que chamaram a polícia, que efetuou a prisão do recorrente.

O apelante não foi ouvido em juízo, mas, na polícia, negou os fatos, afirmando que foi preso quando passava perto de uma viatura.

A negativa de autoria do acusado, todavia, mostra-se inconsistente em face dos testemunhos trazidos aos autos e que relatam a denúncia como verdadeira.

Nesse sentido, os depoimentos das testemunhas Maria de Fátima Ramos Pinto e Aparecida Ramos Pinto, às f. 40 e 41.

Considero, pois, que a prova autoriza a conclusão de que os fatos ocorreram como descrito na denúncia, o que não foi questionado neste recurso de apelação.

A controvérsia, portanto, reside na valoração jurídica dos fatos, que são aceitos e apresentados de forma unívoca pela sentença hostilizada e pelo réu, ora apelante.

O *decisum* considerou que a conduta do apelante simbolizava início de execução do delito de furto, configurando, assim, a tentativa.

O apelante alega que tudo não passou de mera preparação do crime, pleiteando a absolvição, além de alegar ser hipótese de crime impossível.

A correta delimitação entre atos preparatórios e início de execução tem sido apontada pela doutrina como um dos maiores problemas da dogmática penal, maximizado pela circunstância de que tal diferenciação consiste também na linha limítrofe entre a punição e a irrelevância para o Direito Penal.

Luís Greco, jovem penalista e já doutrinador de escol, apresenta, com precisão, a dificuldade que a configuração da tentativa ocasiona no sistema jurídico-penal finalista:

Um dos temas mais árdios já enfrentados pela doutrina está em delimitar quando há o início da execução da tentativa, separando este momento dos meros atos preparatórios impunes. Modernamente, vem adotando-se a teoria welzeliana, inclusive sancionada pelo § 22 do

StGB, segundo a qual intenta um fato aquele que, conforme a sua representação do fato, dá início a atos imediatamente anteriores à realização do tipo (chamada teoria individual-objetiva). Porém, o que significa isso, o que são atos imediatamente precedentes à realização do tipo? Aqui chegamos no limite da dedução. A fórmula dedutiva será sempre vaga e genérica. Não constituirá mais do que uma linha de orientação. É preciso complementá-la, concretizá-la, aproximando-a dos casos em que será aplicada: daí a necessidade do pensamento indutivo, através da composição de grupos de casos (Luís Greco, *Introdução à dogmática funcionalista do delito, Revista Jurídica*, jun. 2000, p. 46).

O sistema funcionalista jurídico-penal, apresentado por Claus Roxin nos idos de 1970, conforme relata Luís Greco, vem exatamente preencher as interrogações dogmáticas do finalismo, através de valorações político-criminais, ou seja, a funcionalização dos conceitos das categorias dos delitos, exigindo

que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando conseqüências justas e adequadas. (Luís Greco, *op. cit.*, p. 42).

O critério reitor da normatização dos institutos jurídico-penais no sistema de Roxin é a prevenção, notadamente, a especial, ou seja, a sanção penal atuando sobre o agente para que possa ressocializá-lo, evitando-se, assim, a prática de novos crimes. A função da pena é a proteção de bens jurídicos, valorados de acordo com preceitos constitucionais.

*In casu*, o sistema funcionalista atua sobre a teoria objetiva adotada para definição da tentativa punível, ou seja, do início de realização da ação típica, valorando-a de acordo com a função do Direito Penal e tornando-a, neste diapasão, mais cristalina e individualizada.

A pergunta que se pode fazer no caso em tela é: a caracterização dos fatos narrados na denúncia e comprovados nos autos como tentativa de furto simples cumprirá a função de tutela efetiva do patrimônio da vítima e, via de conseqüência, da sociedade?

Em outras palavras: a valoração político-criminal dos fatos determina a justiça da aplicação da pena do furto tentado?

A funcionalização dos conceitos do Direito Penal, a meu sentir, na temática da tentativa, vai de encontro à teoria material-objetiva e sua variante, objetivo-individual, mais idôneas a resolver a *quaestio* que a falida teoria formal-objetiva já mencionada.

Com efeito, explicando as citadas teorias, ensinam Zaffaroni e Pierangeli:

Para determinar a imediatidade da conduta em relação à realização típica de maneira alguma se apresenta como suficiente a mera consideração do tipo *in abstracto*, porquanto há necessidade de apelar-se para a modalidade particular de considerar a aproximação típica no caso concreto, o que obriga a tomar-se em conta, de maneira iniludível, o plano concreto do autor. Neste sentido, a razão está com o critério objetivo individual, sustentado por Welzel (...). Deixamos claro que todas as teses objetivas constituem tentativas de interpretação da expressão “começo da execução” e que a teoria objetivo-individual não deixa de ser uma teoria objetivo-material, constituindo forma de aperfeiçoamento dentro das teorias objetivas (*Da Tentativa*, RT, p. 53/57).

Em outras palavras: na diferenciação entre atos preparatórios e executórios, para fins de delimitação da tentativa, deve o intérprete partir de uma concepção funcionalista, conjugando-a com a teoria objetivo-material e sua variante objetivo-individual, que impõem, além de um juízo valorativo sobre a ameaça ao bem jurídico tutelado, a observação do plano concreto do autor, aferindo se o ato investigado guarda relação de imediatidade com o começo de execução segundo o planejamento delituoso.

*In casu*, verifico que o apelante já se encontrava no terraço da residência da vítima, olhando os bens que seriam subtraídos, como asseverado pelo depoimento da testemunha Aparecida Ramos Pinto:

Que a depoente subiu no terraço de sua casa e pôde ver o elemento pular da árvore para o telhado da casa do sr. Pedro Carneiro; *que o*

*individuo olhava o que poderia ser levado da casa; que a depoente acionou a Polícia Militar, a qual esteve no local e prendeu o elemento (f. 10, grifos não constam do original).*

Tais declarações, confirmadas em juízo, ensejam a conclusão de que o plano de execução delituosa do autor estava em pleno funcionamento, inclusive, já no local do delito, e escolhendo os objetos para serem furtados.

O bem jurídico já se encontrava ameaçado e, nota-se, sem sombra de dúvida, relação de imediatidade entre a ação do agente e o início da conduta típica, ou seja, da subtração patrimonial.

Portanto, a manutenção da condenação se impõe.

Por outro lado, não há falar em crime impossível se a não-consumação decorre da

interferência de terceiros, que poderia não acontecer.

Assim, não há falar em ineficácia absoluta do meio ou impropriedade absoluta do objeto ou, mesmo, relativa, afastando-se, também, por tal motivo, a tese absolutória.

A pena foi corretamente dosada, não sendo o caso de modificá-la.

#### IV - Conclusão.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença por todos os seus termos.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

-:-:-