



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA PRATICADA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE *ANIMUS FURANDI* NO AGIR DO RÉU. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

Caso em que, embora o réu tenha sido filmado forçando as grades do estabelecimento comercial da vítima, não foi possível verificar que tivesse ele intenção de furtar algum objeto de seu interior.

Ausente prova de *animus furandi* no agir do réu, é impositivo concluir-se pela atipicidade da conduta por ele praticada.

APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. POR MAIORIA.

APELAÇÃO CRIME

SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)

COMARCA DE SANTA ROSA

TIAGO NAFIN

APELANTE

MINISTERIO PUBLICO

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, POR MAIORIA, EM PROVER O RECURSO PARA ABSOLVER O RÉU COM FULCRO NO ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VENCIDO O DES. JOSÉ ANTONIO DALTOÉ CEZAR QUE PROVIA, EM PARTE, O RECURSO A FIM DE REDUZIR A PENA DO RÉU PARA 08 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME ABERTO, PENA SUBSTITuíDA PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE.

Custas na forma da lei.



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR E DES.^a JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS.**

Porto Alegre, 17 de julho de 2014.

**DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA,
Relator.**

RELATÓRIO

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (RELATOR)

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público contra TIAGO NAFIN, nascido em 07/11/1987, com 24 anos de idade à época do fato, como incursão nas sanções do artigo 155, § 4º, inciso I, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

A denúncia restou assim lavrada:

*"No dia 29 de abril de 2012, por volta das 03h49min, na 'Ótica Visão', localizado na Rua Dr. João Dahne, nº 204, Centro, em Santa Rosa/RS, o denunciado **TIAGO NAFIN** deu início ao ato de subtrair, para si,mediamente rompimento de obstáculo, objetos expostos à venda na vitrine, pertencentes à vítima Sérgio Alves de Oliveira.*

*Na oportunidade, o denunciado **TIAGO NAFIN** arrancou parte da borracha de vedação dos vidros da vitrine do aludido estabelecimento comercial e quebrou uma cantoneira de metal, conforme auto de exame de furto qualificado da fl. 24, com o objetivo de subtrair objetos expostos à venda.*

*O crime, entretanto, não se consumou, por circunstâncias alheias à vontade do denunciado **TIAGO NAFIN**, uma vez que não conseguiu deslocar os vidros da vitrine e alcançar a res furtiva.*

Recebida a denúncia em 06/08/2012 (fl. 42).



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Procedida à citação do réu (fls. 54-54v), que ofereceu resposta à acusação por intermédio da Defensoria Pública (fl. 55).

Em audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas a vítima (fls. 74-74v e CD à fl. 73) e a testemunha arrolada pela acusação (fls. 81-82 e CD à fl. 65), tendo sido decretada a revelia do réu (fl. 63-64).

As partes apresentarem memoriais (fls. 84-86 e 87-99).

Sobreveio sentença (fls. 100-105), publicada em 19/07/2013, julgando procedente em parte a denúncia para condenar Tiago Nafin, como inciso nas sanções do artigo 155, § 4º, inciso I, c/c o artigo 14, ambos do Código Penal, nos seguintes termos:

"Atendendo as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, quanto à culpabilidade, verifica-se que o réu é imputável, perfeitamente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, portanto, culpabilidade bem determinada. Registra antecedentes, contudo, não configurada a reincidência. Personalidade demonstra envolvimento com a justiça criminal. Conduta social não esclarecida. Os motivos foram comuns à espécie, ou seja, lucro fácil. As circunstâncias nada revelaram de especial. As consequências do fato não foram graves. A vítima em nada contribuiu para a ocorrência do evento.

Sendo assim, conforme entendo necessário e suficiente para prevenção e reprovação do crime, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Como o delito permaneceu na esfera da tentativa, considerando o iter criminis percorrido, distante da consumação, reduzo a pena de 2/3, ou seja, 20 (vinte) meses, tornando-a definitiva em 10 (dez) meses de reclusão, ante a ausência de outras causas modificadoras.

Deixo de aplicar a substituição prevista no artigo 44, do Código Penal, por entender não ser recomendável para a conscientização e recuperação do réu, em face das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não lhe serem favoráveis.

A pena pecuniária fica estabelecida em 10 (dez) dias-multa, com base nas circunstâncias judiciais do artigo



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

59 do Código Penal, já analisadas, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo mensal, vigente ao tempo do fato, tendo em vista a situação econômica do réu, corrigido quando do efetivo pagamento.

No caso, embora o delito tenha ocorrido sob a vigência da Lei nº 11.719/08, a qual determina a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração (inciso IV do art. 387 do CPP), deixo de fixar valor diante da ausência de instauração do contraditório e da ampla defesa em relação aos danos causados e ao montante da indenização.

[...]

Custas pelo réu, todavia, suspensas em razão da AJG que ora defiro.”

Inconformado com a sentença, o réu apelou (fl. 109).

Em suas razões recursais (fls. 111-120), a defesa pugna pela absolvição do réu por insuficiência probatória. Alega que a confissão perante a autoridade judicial possui valor relativo, tendo em vista que não é possível verificar os meios utilizados para a sua formação. Destaca que não há testemunhas presenciais do fato e que da análise da filmagem da câmera de segurança não se pode identificar o autor do crime. Subsidiariamente, postula a aplicação da pena-base no mínimo legal, aduzindo que não existem elementos para deslocá-la além. Na segunda fase da dosimetria da pena, pugna pelo reconhecimento da confissão espontânea, inclusive para reduzir a pena aquém do mínimo legal. Por fim, surge-se contra a não substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, alegando que o réu preenche os requisitos exigidos pelo art. 44 do CP. Requer a absolvição ou, subsidiariamente, o redimensionamento da pena privativa de liberdade, com o reconhecimento da confissão espontânea, e a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 124-129).



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Remetidos os autos a esta Corte, a Procuradoria de Justiça exarou parecer pelo desprovimento do apelo defensivo (fls. 138-140v).

Vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTOS

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA (RELATOR)

Tiago foi condenado pela prática do crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, na forma tentada, nos termos do art. 155, § 4º, I c/c art. 14, II, ambos do Código Penal à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão.

O réu busca em seu recurso a absolvição e, para tanto, sustenta que a prova constante nos autos é insuficiente a ensejar condenação. Alternativamente objetiva a redução da pena-base que lhe foi aplicada, bem ainda a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Com efeito, da análise pormenorizada dos autos verifico ser atípica a conduta praticada pelo réu.

O ofendido **Sérgio Alves de Oliveira**, quando ouvido em juízo relatou (fls. 74 e verso):

“(…)

Vítima – *Ele tentou, ele tentou, nós filmamos ele lá, fincando pedras né, tentou, ele ficou uns 10 ou 15 minutos, depois voltava, até acho que os CDs que foi gravado acho que ta com a Polícia.*

Juíza – *Ele chegou a subtrair alguma coisa?*

Vítima – *Não, não conseguiu.*

(…)

Ministério Público – *A intenção seria de pegar mercadorias que estariam mais próximas?*



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Vítima – Na vitrine, eles estão tentando quebrar o vidro na realidade, o último foi com um ferro de uma construção acima que tinha, que ele veio, o guarda do INSS gritou na hora que ele ia fincar o ferro mesmo pra quebrar.

Ministério Público – Isso o Tiago?

Vítima – O Tiago tentou com pedras se eu não me engano.

(...)

Ministério Público – O senhor chegou a olhar essas imagens?

Vítima – Sim, sim, eu até gravei e levei, nós levamos pra Polícia.

Ministério Público – O senhor já conhecia então ele?

Vítima – Esse Tiago sim, eu reconheci na realidade.

Ministério Público – Ele freqüentava o estabelecimento (inaudível)? V

Vítima – Não, eu reconheci pelo, por causa que foi filmado mas não assim de, eu não posso afirmar também, de repente até ele entrou lá, a gente não lembra né.

Ministério Público – O senhor reconheceu em decorrência das filmagens?

Vítima – Exato.

Ministério Público – E ele vinha rondando ali o estabelecimento?

Vítima – Se não me engano nas imagens, não, ele, no mesmo dia que ele tentou ele veio, olhou, saiu, subia, descia, depois ele chegou, viu bem e daí fincou as pedras lá.(...)"

Segundo o relato do próprio ofendido, não é possível verificar que o réu efetivamente tencionasse subtrair algum bem do interior de seu estabelecimento comercial. Da própria análise das filmagens constantes à fl. 46 não se extrai tal certeza, pois que somente apareceu o réu forçando a grade da loja.

Ao que verte do exame dos fatos, é lícito ponderar, poder-se-ia até mesmo cogitar, em tese, do crime de dano, entretanto há de respeitar-se



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

o princípio da correlação e a impossibilidade de operar-se a *mutatio libelli* nesta instância, conforme preceitua a súmula 453 do STF¹.

Outrossim, embora se possa eventualmente presumir que o réu pudesse estar no local aguardando surgir uma oportunidade para praticar algum ilícito, não ficou clara a sua intenção.

Tal circunstância até pode ser considerado ato preparatório para o cometimento de algum delito, entretanto, segundo a legislação penal brasileira, os atos preparatórios, em regra, não são passíveis de punição.

Segundo Cesar Roberto Bitencourt, o *iter criminis* divide-se em quatro as fases²:

a) *Cogitatio* – é na mente do ser humano que se inicia o movimento criminoso. É a elaboração mental da resolução criminosa que começa a ganhar forma, debatendo-se entre os motivos favoráveis e desfavoráveis, e desenvolve-se até a deliberação e o propósito final, isto é, até que se firma a vontade cuja concretização constituirá o crime. Essa fase é impunível.

b) *Preparação* – **constitui-se dos atos preparatórios**, os quais são externos ao agente, que **passa da cogitação à ação objetiva; por exemplo: arma-se dos instrumentos necessários à prática da infração penal, procura o local mais adequado ou a hora mais favorável para a realização do crime etc.** De regra, os atos preparatórios também não são puníveis.

c) *Execução* – dos atos preparatórios passa-se, naturalmente, aos atos executórios. **Atos de execução são aqueles que realizam efetivamente a conduta proibida.**

d) *Consumação* – segundo o CP, diz-se do crime ‘consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal’.” (grifei)

¹ Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal: “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explicitamente na denúncia ou na queixa”.

² BITENCOURT, Cesar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Ainda, segundo Paulo José da Costa Jr.³:

*“Resta diagnosticar quando os atos preparatórios passam a ser executórios. Foi a jurisprudência italiana, ao interpretar o revogado Código Zanardelli, que solucionou o problema: **o momento executivo do delito exige a idoneidade e a inequivocidade da conduta.** O Código Rocco acolheu a lição jurisprudencial para afirmar, em seu art. 56: ‘Aquele que pratica atos idôneos, dirigidos de modo não equívoco à prática de um delito, responde pelo crime tentado, se a ação não se realiza ou se o evento não se verifica’.”*

*Ato executivo, portanto, é o ato dotado de idoneidade (capacidade potencial de produção do evento) plus inequivocidade. E **ato preparatório é o ato que, além de inidôneo, deverá apresentar-se como equívoco, isto é, ambíguo.** Assim, aquele que for surpreendido no topo de uma escada, apoiada em uma janela, se estiver praticando um ato idôneo, não estará por certo realizando um ato inequívoco. A escalada poderá visar o furto, o rapto de mulher, que poderá ser violento ou consensual; o seqüestro de pessoa, com fins de resgate ou políticos. Poderá também tratar-se de conduta inócuas, se o sujeito pretender proceder a reparos de pedreiro, ou pintura do prédio [...]”*

No caso dos autos não se verifica inequivocidade da conduta praticada pelo réu, que poderia (ou não) culminar em crime de furto, mas também de dano (art. 163 do CP), apenas para exemplificar.

Com efeito, não havendo qualquer elemento que vincule o acusado à prática do verbo nuclear do tipo penal de furto, qual seja, a **subtração**, uma vez que ausente evidência de *animus furandi* na conduta sob exame é impositivo concluir-se pela atipicidade da conduta do apelante.

³ DA COSTA JR., Paulo José. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1992, 2. ed., aum. e atual., p. 76.



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

Ante o exposto, **dou provimento ao apelo para absolver o réu com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.**

É o voto.

DES. JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR (REVISOR)

Rogo vênia ao Relator para divergir no caso em análise e manter a condenação do réu.

Assim o faço, por entender que a materialidade e a autoria do delito restaram devidamente comprovadas pelo conjunto probatório produzido durante a instrução processual, mormente pela palavra da vítima e da testemunha Cristiano, que afirmaram com segurança que reconheceram o réu pelas imagens gravadas pelas câmeras de monitoramento do local.

Importante ressaltar, ainda, que não há nos autos elementos que coloquem em dúvida a idoneidade da vítima e da testemunha, tampouco motivos a imputarem falsamente a prática do delito ao acusado, sendo impositiva a manutenção do decreto condenatório.

Nesta esteira, precedentes da Corte:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. RESTITUIÇÃO DOS BENS FURTADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À VÍTIMA. INVÍAVEL A ABSOLVIÇÃO. NULIDADE DOS AUTOS DE AVALIAÇÃO E DE EXAME DE FURTO QUALIFICADO AFASTADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Os elementos de convicção existentes nos autos não deixam dúvidas em relação à materialidade e à autoria do crime de furto qualificado pela escalada e pelo concurso de agentes. **A palavra da vítima e das testemunhas desfruta de credibilidade, vez que não possuem motivos para imputarem ao ofensor a prática de fato que não tenha verdadeiramente ocorrido.** Também não assiste razão à defesa quando sustenta a absolvição ante a ausência de prejuízo. Nos crimes contra o patrimônio, a investida comissiva do agente ativo contra o



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

bem jurídico protegido é tratada com maior rigor, não havendo previsão legal de mera redução da pena ou extinção da punibilidade por conta da posterior "recuperação" dos bens. A elaboração dos autos de avaliação e de exame de furto qualificado por policiais civis não acarreta qualquer nulidade, uma vez que os peritos atendem aos requisitos previstos no art. 159 do Código de Processo Penal. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70048730964, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 30/08/2012) – grifei

Observo, por outro lado, que a apelação do réu merece provimento no que concerne à dosimetria da pena. Com efeito, o apenamento foi fixado nos seguintes termos:

"Atendendo as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, quanto à culpabilidade, verifica-se que o réu é imputável, perfeitamente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, portanto, culpabilidade bem determinada. Registra antecedentes, contudo, não configurada a reincidência. Personalidade demonstra envolvimento com a justiça criminal. Conduta social não esclarecida. Os motivos foram comuns à espécie, ou seja, lucro fácil. As circunstâncias nada revelaram de especial. As consequências do fato não foram graves. A vítima em nada contribuiu para a ocorrência do evento.

Sendo assim, conforme entendo necessário e suficiente para prevenção e reprevação do crime, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Como o delito permaneceu na esfera da tentativa, considerando o iter criminis percorrido, distante da consumação, reduzo a pena em 2/3, ou seja, 20 (vinte) meses, tornando-a definitiva em 10 (dez) meses de reclusão, ante a ausência de outras causas modificadoras.

Deixo de aplicar a substituição prevista no artigo 44, do Código Penal, por entender não ser recomendável para a conscientização e recuperação do réu, em face das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não lhe serem favoráveis.

A pena pecuniária fica estabelecida em 10 (dez) dias-multa, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, já analisadas, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo mensal, vigente ao tempo do fato, tendo em vista a situação econômica do réu, corrigido quando do efetivo pagamento."

Como visto, a pena-base foi fixada 06 (seis) meses acima do mínimo legal, pela valoração negativa das vitorias judiciais *antecedentes e personalidade*. Ocorre que, analisando a certidão de antecedentes do réu (fls. 39/41), verifico que o acusado não possui nenhuma condenação transitada em julgado e, conforme orientação da Súmula 444 do STJ,



JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)
2014/CRIME

inquéritos e ações penais em andamento não servem para agravar a pena-base.

Dessa forma, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão.

Tendo em vista o reconhecimento da forma tentada do delito, mantenho a redução do apenamento em 2/3, fixando a pena definitiva do acusado em **08 (oito) meses de reclusão**, em **regime aberto**, a teor do art. 33, §2º, alínea “c”, do Código Penal.

Outrossim, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo período da pena aplicada, em local a ser determinado pelo juízo da execução.

Em face do exposto, voto por dar parcial provimento à apelação, para redimensionar a pena do réu para 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, mantidas as demais cominações da sentença.

DES.^a JUCELANA LURDES PEREIRA DOS SANTOS - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ CONRADO KURTZ DE SOUZA - Presidente - Apelação Crime nº 70058455130, Comarca de Santa Rosa: "POR MAIORIA, PROVERAM O RECURSO PARA ABSOLVER O RÉU COM FULCRO NO ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VENCIDO O DES. JOSÉ ANTONIO DALTOÉ CEZAR QUE PROVIA, EM PARTE, O RECURSO A FIM DE REDUZIR A PENA DO RÉU PARA 08 MESES DE RECLUSÃO, NO



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO
RS

JCKS

Nº 70058455130 (Nº CNJ: 0038076-98.2014.8.21.7000)

2014/CRIME

REGIME ABERTO, PENA SUBSTITUÍDA PELA PENA RESTRITIVA DE
DIREITOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE."

Julgador(a) de 1º Grau: VANESSA LIMA MEDEIROS