

RECURSO ESPECIAL Nº 1.385.621 - MG (2013/0165324-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : SHEILA MARIA REIS E OUTRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS interpõe recurso especial, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**, nos autos da Apelação Criminal n. 1.0145.09.562132-5/001.

Consta dos autos que, no dia 13/10/2009, por volta das 11h25min, no Supermercado Hiperbretas, IVANICE MARQUES DE JESUS e SHEILA MARIA REIS, em concurso de pessoas, "deram início à subtração de coisa alheia móvel, que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade".

Denunciadas perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora/MG, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, e após regular instrução processual, sobreveio sentença que, ao julgar procedente a pretensão punitiva estatal, condenou ambas às penas, idênticas, de 1 ano e 3 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 9 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs a Apelação Criminal n. 1.0145.09.562132-5/001, pleiteando a absolvição, em razão do reconhecimento de crime impossível, e, subsidiariamente, a redução da pena-base, a alteração do *quantum* de diminuição pela tentativa para 2/3, o reconhecimento do privilégio previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, bem como a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O Tribunal local deu provimento ao recurso para reconhecer o crime impossível e, por conseguinte, absolver as acusadas, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO EM SUPERMERCADO. AÇÃO MONITORADA. CRIME IMPOSSÍVEL. ABSOLVIÇÃO.

1. Tendo a conduta do agente sido monitorado pelo circuito interno de televisão e por vigilantes do supermercado, os quais, a qualquer tempo poderiam interromper a ação do mesmo, preferindo aguardar momento apropriado para detê-lo, forçoso concluir que o bem jurídico tutelado jamais esteve em risco de ser violado, eis que todo o "*iter criminis*" se desenrolou sob o olhar dos prepostos da empresa, tornando a tentativa num crime impossível, pois, naquelas circunstâncias, jamais conseguiria superar os meios defensivos empregados pelo o estabelecimento, impondo-se, assim, a sua absolvição. Recurso provido. (fl. 245)

O *Parquet* estadual opôs embargos de declaração, sob o fundamento de que o colegiado, ao reconhecer o crime impossível, deixou de analisar o art. 17 do Código Penal.

Os embargos de declaração foram rejeitados pela Corte *a quo*.

Nesta Corte, o Ministério Público alega que o acórdão estadual contrariou os arts. 14, II, e 17, ambos do Código Penal, sob o fundamento de que "a mera vigilância exercida sobre as acusadas não constitui óbice, por si só, à consumação do delito. É certo que nas hipóteses em que o autor do fato está tendo seus passos monitorados há sempre a possibilidade, ainda que remota, de que ele consiga driblar o esquema de segurança, enganando ou distraindo o vigilante ou empreendendo fuga".

Requer o provimento do recurso especial, para que se reforme o acórdão impugnado, de modo a que, reconhecida a ocorrência de furto qualificado tentado, sejam as recorridas condenadas às respectivas penas já fixadas em primeiro grau.

Oferecidas as contrarrazões às fls. 298-303 e admitido o recurso na origem (fls. 305-306), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 318-325).

Diante da multiplicidade de recursos e da relevância da questão, o julgamento deste recurso especial — representativo da controvérsia — foi submetido ao exame da Terceira Seção, sob o rito previsto nos arts. 543-C do CPC e 2º, § 1º, da Resolução do STJ n. 8, de 7/8/2008.

Oficiaram-se os Presidentes dos Tribunais de Justiça, para a suspensão do processamento dos recursos especiais que tratem de idêntica questão de direito, bem como a Defensoria Pública da União para atuar na

Superior Tribunal de Justiça

condição de *amicus curiae* (art. 3º, I, da Resolução do STJ n. 8/2008).



RECURSO ESPECIAL Nº 1.385.621 - MG (2013/0165324-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. EXISTÊNCIA DE SEGURANÇA E DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA. CRIME IMPOSSÍVEL. INCAPACIDADE RELATIVA DO MEIO EMPREGADO. TENTATIVA IDÔNEA. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso Especial processado sob o rito previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ.

TESE: A existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial.

2. Embora os sistemas eletrônicos de vigilância e de segurança tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Assim, não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito, etc.

3. Conquanto se possa crer, sob a perspectiva do que normalmente acontece em situações tais, que na maior parte dos casos não logrará o agente consumir a subtração de produtos subtraídos do interior do estabelecimento comercial provido de mecanismos de vigilância e de segurança, sempre haverá o risco de que tais providências, por qualquer motivo, não frustrem a ação delitiva.

4. Somente se configura a hipótese de delito impossível quando, na dicção do art. 17 do Código Penal, “por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.”

5. Na espécie, embora remota a possibilidade de consumação do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas não era absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar

ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto.

6. Recurso especial representativo de controvérsia provido para: a) reconhecer que é relativa a inidoneidade da tentativa de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastar a alegada hipótese de crime impossível; b) julgar contrariados, pelo acórdão impugnado, os arts. 14, II, e 17, ambos do Código Penal; c) determinar que o Tribunal de Justiça estadual prossiga no julgamento de mérito da apelação.



VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. A questão jurídica

São inúmeros os acórdãos impugnados perante esta Corte Superior em que se discute a existência de crime impossível na hipótese em que o agente inicia a execução de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de sistema de vigilância eletrônica.

Em muitos desses casos há outra peculiaridade: os autores da conduta se encontram em aparente situação de vulnerabilidade social e, movidos pelo desespero, tentam subtrair produtos de mercados, farmácias, padarias, etc.

Não raro os próprios comerciantes, dada a frequência dessas ocorrências e em razão dos transtornos causados pelo acionamento do aparato repressivo estatal, encontram soluções informais para responder a tais investidas ilícitas, cingindo-se a evitar que a conduta criminosa se consuma.

Os operadores jurídicos, a seu turno, tocados pelo contexto social em que se realizam esses comportamentos, amiúde recorrem a soluções baseadas em instrumentos de despenalização ou de minimização da resposta punitiva, como, no primeiro caso, a invocação da atipicidade material da conduta em face do caráter bagatela do fato, ou, no segundo caso, o reconhecimento da natureza privilegiada do furto, consoante expressa previsão legal.

No presente processo, a questão jurídica versada diz respeito à ocorrência ou não de tentativa idônea – e, portanto, punível – na conduta de quem inicia a execução de um furto dentro de estabelecimento comercial

dotado de mecanismos de segurança e de vigilância eletrônica que permitem o monitoramento da ação delitiva, de modo a evitar sua consumação.

É dizer, cinge-se a *quaestio juris* a definir se, diante desse quadro fático, há tentativa punível (art. 14, II, do CPB) ou se, em verdade, a hipótese é de crime impossível por ineficácia absoluta do meio empregado pelo agente (art. 17 do CP).

II. Contextualização

É fato notório que os furtos praticados em estabelecimentos comerciais representam expressivo prejuízo para os seus proprietários, com reflexos na economia popular.

Para melhor contextualizar a questão, trago ao exame desta Corte estudo feito em 2013 pela Fundação Instituto de Administração, instituição conveniada com a FEA/USP, em parceria com a Associação Brasileira de Supermercados – ABRAS e a Nielsen, intitulado *13ª Avaliação de Perdas no Varejo Brasileiro*, cujo objetivo foi "destacar a relevância do investimento na melhoria dos processos de prevenção de perdas no varejo brasileiro", bem como "fornecer parâmetros de comparação dos programas e técnicas utilizadas pelas empresas para combater e prevenir as perdas" (disponível em <http://www.abras.com.br/pdf/Pesquisa%20de%20Perdas%20ABRAS%20-%20Marcos%20Manea.pdf>).

O referido trabalho fornece dados relevantes para entender a repercussão econômica desses delitos. Em um ramo da economia nacional em que os percentuais de lucro dificilmente ultrapassam 2%, a perda média do varejo é de 1,83% (1,95% nos supermercados). Desse percentual, quase 40% dizem respeito a furtos (18% praticados por clientes e 20% por colaboradores).

Ou seja, a grosso modo, **mais de 1/3 das perdas é decorrente de furto**. Assim, a partir de uma **amostra** de 100 bilhões de reais de faturamento, como a do estudo em questão (um retrato parcial da economia), **os prejuízos** com perdas chegam a 2 bilhões de reais e especificamente **os furtos totalizam 700 milhões de reais**. Portanto, a extrapolação desses percentuais para o total da economia nacional força a conclusão de que as consequências de tais perdas são dramáticas. Evidentemente, esses dados são inferidos a partir do referido estudo, visto que, particularmente no setor de supermercados, estima-se que **o registro dos casos** de furto se limite a 3% dos eventos e que o **acompanhamento posterior pelas empresas do processos judiciais relativos a casos de**

furtos cinja-se a 13,1% das empresas.

O entendimento jurisprudencial segundo o qual a existência de sistema eletrônico de vigilância se traduz em inidoneidade da tentativa de furto em um estabelecimento comercial causa grande repercussão na economia nacional na medida em que cada vez mais estabelecimentos – sobretudo no caso das micro, pequenas e médias empresas – adquirem tais sistemas, em decorrência do barateamento da tecnologia de segurança. Segundo a referida *13ª Avaliação de Perdas no Varejo Brasileiro*, entre as farmácias, por exemplo, praticamente 100% dos estabelecimentos se utilizam desse recurso, 75% têm alarmes de acesso e 50% usam etiquetamento magnético.

Mas não é só. Enquanto as grandes empresas têm índice de perdas em 0,33% (dos quais cerca de 1/3 é decorrente de furto), o índice das micro, pequenas e médias empresas está em 4,6% (dos quais cerca de 1/3 é decorrente de furto). Portanto, **fica claro que as consequências desses furtos recaem de maneira acentuada e desproporcional sobre a parcela mais vulnerável do varejo: os pequenos comerciantes.**

III. Evolução dogmática do conceito de crime impossível

Antes de examinar a compreensão jurídica dada ao caso pelo Tribunal *a quo*, considero assinalar que o desenvolvimento histórico do instituto do crime impossível foi sinuoso, tendo a dogmática se ocupado do seu delineamento apenas no primeiro quartel do século XIX.

Segundo Theodor Mommsen, o direito romano, embora não conhecesse a noção de tentativa, descreveu, por meio de sua casuística, hipóteses de crime impossível, sobretudo nos estudos de Nerácio, Pompônio, Ulpiano e Paulo, que analisaram casos isolados **sem elaborar uma teoria do crime impossível e da tentativa** (MOMSEN, T. *Derecho Penal Romano*. Bogota: Temis, 1991. No mesmo sentido: HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 77).

O conceito de tentativa – que surge no século XVI, com os pós-glosadores italianos, sobretudo com Próspero Farinacius (*Tractatus Criminalis*) – foi totalmente delineado somente em 1810, com o Código Penal francês – que, em seu artigo 2º, estabelecia que só haveria tentativa quando, iniciada a execução, o crime não chegasse a consumir-se por circunstâncias alheias à vontade do agente.

No Brasil, a despeito de o Código Criminal do Império não

haver previsto o crime impossível, os Códigos Penais de 1890, 1940 e 1969 contemplaram a hipótese, consagrando a teoria objetiva temperada. A esse respeito, Nelson Hungria ressalta a estabilidade do conceito nesses códigos, ao consignar que "o Código atual [redação original do Código de 1940], do mesmo modo que ao conceituar a tentativa punível, **não alterou o direito anterior**, e continuou na boa companhia de FEUERBACH, MITTERMAYER e CARRARA". E continua:

O seu art. 14 é, no fundo, uma reprodução do parág. único do art. 14 do Código de 90: a punibilidade da tentativa é excluída quando, por ineficácia absoluta do *meio* empregado ou por absoluta impropriedade do *objeto*, era *impossível* a consumação do crime. Essa solução é igualmente imposta como um corolário lógico da noção realística do crime.

[...]

A decisão consagrada pelo Código é a da chamada teoria objetiva temperada (ou intermédia), que, ao contrário da teoria objetiva pura (ou extremada), **reconhece tentativa punível no caso de relativa inidoneidade do meio empregado ou do objeto visado**. Dá-se a inidoneidade relativa do meio quando este, embora normalmente capaz de produzir o evento intencionado, falha no caso concreto, por uma circunstância acidental na sua utilização.

[...]

Várias são as teorias excogitadas, desde FEUERBACH, em torno do crime impossível ou tentativa inidônea. A **mais antiga, mas sempre resistente às objeções que lhe têm sido dirigidas, é a adotada pelo Código: não há tentativa punível onde não há possibilidade de "começo de execução" (ou, o que vale o mesmo: de periculosidade objetiva)**, ou desde que inexistente o bem jurídico que se cuidou atingir. Deve-se a Mittermayer, principalmente, a diferenciação entre a inidoneidade ou impropriedade absoluta e relativa de meio ou objeto, para excluir-se a punibilidade num caso e admiti-la em outro. (HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*, vol. 1, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 99-101)

A exposição de motivos da Lei n. 7.209/1984, que reformou a Parte Geral do Código Penal de 1940, também revela a continuidade da adoção da teoria objetiva temperada, *in verbis*:

14. Foram mantidas, nos arts. 14, 15, 17 e 18, as mesmas regras do Código atual, constantes, respectivamente, dos arts. 12, 13, 14 e 15, relativas aos conceitos de crime consumado e tentado, de desistência voluntária e arrependimento eficaz, de crime impossível, de dolo e culpa *stricto sensu*.

IV. Aplicação do art. 17 do Código Penal segundo a doutrina majoritária

A doutrina, ao tratar da diferença existente entre a tentativa e o crime impossível, ensina:

[...]

Por lo tanto, la diferencia entre la tentativa inidónea y la idónea reside en lo siguiente: en la tentativa idónea o tentativa simplemente, el autor estructura intelectual y volitivamente un proyecto causal eficaz para obtener el resultado que se ha propuesto, aclarando por ahora, que es necesario que el mismo alcance cierto grado de materialización en el mundo (en su momento se verá cómo debe objetivarse); en cambio, en la tentativa inidónea el proyecto de medios elaborado por el autor para conseguir su objetivo es ineficaz.

En los casos de delito imposible, la obra delictuosa no se consuma porque el proyecto del plan concreto tiene deficiencias. En consecuencia, su materialización en el mundo es imperfecta, es imposible. En los casos de tentativa idónea la situación es diferente, el proyecto en sí mismo es causalmente eficiente, la obra delictuosa no se consuma por especiales razones - ajenas a la voluntad del autor - que surgen en la materialización del programa y que serán señaladas más adelante.

Como consecuencia de la eficacia del programa causal intelectual y volitivamente diseñado por el autor, la tentativa idónea causa peligro al bien jurídico. En cambio, en delito imposible, por las peculiaridades del proyecto de medios no causa peligro al bien jurídico. (PESSOA, Nelson R. *El delito imposible*, Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 30)

O crime impossível – subordinado às regras da adequação típica – se manifesta por meio de **duas modalidades clássicas**: (a) a ineficácia absoluta dos meios empregados pelo agente e (b) a absoluta impropriedade do objeto.

A primeira decorre dos **meios empregados** pelo agente nos atos executivos. A segunda refere-se à hipótese em que o **objeto do crime** não existe ou lhe falta alguma qualidade imprescindível para configurar-se a infração.

Zaffaroni e Pierangeli sustentam que essa hipótese, de ausência de objeto passível de ser lesionado pela ação do agente, consubstancia caso de

inexistência de tentativa (no mesmo sentido: URZÚA, Enrique Cury. *Tentativa y delito frustrado*. Santiago: EJC, 1976, p. 165; CAVALLERO, Ricardo Juan. *El delito imposible*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983, p. 125 e BRUNO, Anibal. *Direito Penal. Parte Geral*. T. 2, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 250). Para eles, **tentativa inidônea** somente haverá na hipótese de total ineficácia do meio utilizado. Confira-se o seguinte excerto:

A tentativa de impossível consumação é uma tentativa inútil, porque nunca se pode acreditar que possa causar o resultado típico, excluída a imaginação do autor.

Porém, a consumação pode ser impossível por várias razões, que, fundamentalmente, são duas: porque falta algum elemento do tipo objetivo (fundamentalmente o objeto) ou porque o meio é grosseiramente inidôneo para produzir o resultado. Em ambos os casos a consumação resulta impossível, mas no primeiro deles não há tentativa, enquanto, no segundo, ela existe, porque a tentativa pressupõe a falta de consumação do tipo objetivo, mas não a falta dos elementos do mesmo. A falta da tipicidade objetiva da tentativa deve-se ao fato de não se ter chegado a ela, mas não à inexistência dos elementos exigidos para a ela se chegar. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79).

Não obstante haja liames entre ação e resultado, a **idoneidade** da ação não deve ser confundida com a **relação de causalidade**. Enquanto a primeira se revela como **juízo normativo de perigo potencial**, a ser feito no futuro, a segunda diz respeito à **constatação do resultado naturalístico** no passado (KALIL, J. A. S.. *Do crime impossível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 79-80).

Os atos do agente não devem ser apreciados isoladamente, mas em sua totalidade, visto que **o criminoso pode se valer de atos inidôneos no início da execução, mas ante a sua indiscutível inutilidade, passa a praticar atos idôneos**. Nesse sentido: URZÚA, Enrique Cury. *Tentativa y delito frustrado*. Santiago: EJC, 1976, p. 158 e MORSELLI, Elio. *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*. Rivista italiana di diritto e procedura penale. n. 1, gen./mar., 1998, Milano: Giuffrè, p. 52.

Além disso, **há que se distinguir entre a insuficiência do meio (inidoneidade relativa) – deficiência de forças para alcançar o fim delituoso e determinada por razões de qualidade, quantidade, ou de modo – da inidoneidade – ausência completa de potencialidade causal –, visto que a primeira não torna absolutamente impossível o resultado que consuma o delito, pois o fortuito pode suprir a insuficiência do meio empregado**.

Nesse sentido: MANZINI, Vincenzo. Istituzioni di Diritto Penale Italiano, v. 1. Padova: CEDAM, 1949, p. 139.

Em outro sentido, Zaffaroni não concorda com a leitura que a doutrina faz do art. 17 do Código Penal, ao identificar a expressão "absoluta impropriedade" com "inidoneidade absoluta". Entende que "a idoneidade deve ser valorada concretamente, e não no campo abstrato", *in verbis*:

Toda tentativa é idônea se nos remetemos ao pensamento do autor no momento de empreendê-la - *ex ante* - mas é também inidônea quando a vemos historicamente, como acontecimento do passado - *ex post*. O fundamental será pois, situar-se *ex ante* e questionar sobre a adequação da conduta ao fim visado pelo autor. Logicamente, deve-se ter em conta o plano do autor, vale dizer, **a idoneidade deve ser valorada concretamente, e não no campo abstrato.**

[...]

A expressão "absoluta impropriedade", contida no art. 17 do CP, não deve ser compreendida no sentido da "inidoneidade absoluta" de que fala a doutrina, porque esse conceito doutrinário é falso, vez que nenhum meio é absolutamente inidôneo para todos os casos. Para valorar a idoneidade da conduta - vale dizer, a adequação do desenvolvimento do plano causal em direção ao fim proposto - é necessário tomar como base o plano do autor, posto que, frequentemente, **a inidoneidade em abstrato é indeterminável**, enquanto, no concreto, tampouco se a pode determinar se se prescinde do caminho escolhido pelo autor para obter o fim que teve em mira. Assim, o açúcar é inidôneo para matar no plano do autor que se propunha a envenenar, mas é idôneo para matar ou lesionar se o agente se propunha a agredir, através desse meio, um diabético. A insulina é um produto orgânico normal, mas é meio idôneo para matar através de choque hipoglicêmico. Um copo de água é idôneo para matar um homem logo após uma intervenção cirúrgica. Portanto, **a palavra "absoluta", do art. 17 do CP, deve ser compreendida como "total" no caso, mas não em geral para qualquer caso**, porque o conceito se anularia.

De acordo com o critério assinalado, segundo o qual a inidoneidade do comportamento deve ser valorada de acordo com o plano concreto do fato, no momento do começo de execução, resolvem-se também os casos em que a idoneidade depende de circunstâncias particulares ao autor ou quando o objeto não está no lugar a que conduta é dirigida. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89-90)

No mesmo sentido se alinham outros autores: ZANOTTI, Marco. *Un punto di vista eterodosso in tema di tentativo*, in: *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, apr./giu., 1975, p. 685 e MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Pádua: CEDAM. 1992. p. 444.

Por outro lado, a doutrina alemã, a partir do seu texto legal, entende que a configuração da tentativa inidônea ocorre "quando o ato, pela natureza do objeto sobre o qual recai o meio com que se realiza, não poderia de modo algum chegar à consumação e o autor o ignorava por incompreensão extrema". Essa "incompreensão grosseira", segundo Wessels, consubstancia-se na "representação inteiramente despropositada de nexos causais geralmente conhecidos" (WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor. 1976, p. 138).

Jescheck, superando a dicotomia tentativa absoluta ou relativamente inidônea, resume a questão à constatação do "critério de que uma pessoa reflexiva e com saber médio, que, conhecendo os fatos, não os possa levar a sério", de modo a **excluir a punibilidade por tentativa inidônea somente nas hipóteses que não gerem perigo nem concreto e nem abstrato** (JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte geral. 4.ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares. 1993, p. 482).

Assim, há tentativa inidônea "quando o ato, pela natureza do objeto sobre o qual recai ou o meio com o que é praticado, não podia 'de modo algum' chegar à consumação e o agente o ignorava por incompreensão extrema" (tradução livre) (JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit. p. 481).

V. O caso ora examinado

O Tribunal local deu provimento ao recurso para, reconhecendo ter havido crime impossível, absolver as acusadas, mediante a seguinte fundamentação:

[...]

Como visto alhures, buscam as apelantes a absolvição pelo reconhecimento do crime impossível, subsidiariamente, o reconhecimento do privilégio, a redução da pena e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

De pronto, registre-se que dúvidas não há quanto a materialidade e a autoria é incontestes, tanto que a defesa não nega os fatos, pleiteando a

absolvição ao argumento de que o crime era impossível de se concretizar

A meu ver, data venia, as pretensões das apelantes merecem ser acolhidas, pois da análise dos autos verifica-se que o meio empregado para atingir o objetivo do crime era absolutamente ineficaz, caracterizando, assim, o chamado crime impossível, senão vejamos:

O funcionário do supermercado Moisés Ribeiro da Silva (fl. 07) afirma que toda ação das acusadas foi vista por ele e filmada pelo Circuito Fechado de Televisão, sendo que as rés foram abordadas ao sair do estabelecimento. A referida testemunha, afirmou que:

"trabalhava no supermercado Hiperbretas exercendo a função de segurança, momento em que notou a presença das duas CONDUZIDAS no interior da loja; as quais estavam sendo monitoradas pelo circuito interno de câmaras; QUE observaram que as DUAS CONDUZIDAS recolhiam mercadorias nas prateleiras e as colocavam no interior das sacolas que traziam, sendo que para isso, usavam o bebê que ora estava no colo de uma, ora estava no colo de outra; QUE para despistar, algumas mercadorias que elas recolhiam nas prateleiras, colocavam no carrinho de compras; QUE o segurança TIAGO passou a acompanhá-las de perto, fazendo-se passar por um cliente, oportunidade em que ele pode ver quando elas colocavam as mercadorias nas sacolas; QUE observando que minutos depois elas pegaram a direção da saída da loja, o depoente e TIAGO foram para o estacionamento aguardar a saída, oportunidade em que viram que elas abandonaram o carrinho com compras no interior da loja e saíram pela porta de acesso ao estacionamento sem contudo passar pelos caixas e conseqüentemente sem pagar as mercadorias que elas traziam nas sacolas; QUE sendo assim, elas foram abordadas e, no interior das sacolas que elas traziam, localizadas as mercadorias descritas no histórico de ocorrência."
(fl. 07)

Nesse mesmo sentido, o depoimento do outro funcionário - Thiago Bastos Rodrigues (fl. 08), que observou toda a ação das acusadas, ficando, a exemplo do Moisés, aguardando a saída das mesmas da loja para detê-las.

Portanto, nessas circunstâncias, era realmente impossível a concretização do delito, já que, repita-se, as acusadas além de monitoradas pelo circuito interno de televisão, estavam sendo observadas por dois seguranças do supermercado.

Sendo assim, não há dúvida de que se trata de um crime impossível, pois as acusadas poderiam ser detidas a qualquer momento, o que vale

dizer que o bem jurídico tutelado jamais esteve em risco de ser violado, eis que todo o *iter criminis* desenrolou-se sob o olhar dos vigias do supermercado, os quais, se quisessem, a qualquer momento poderiam interromper a ação criminosa em curso.

Dessa forma, não obstante a intenção das acusadas de subtrair as mercadorias do supermercado, não conseguiriam realizar o seu intento, simplesmente porque estava sendo observadas durante todo o tempo, ou seja, desde o início da subtração até o momento em que foram detidas pelos seguranças encarregados de vigiá-las, os quais apenas aguardaram o melhor lugar e momento para detê-las, optando estes por permitir a subtração se efetivasse para caracterizar o delito ou por preservar o estabelecimento de qualquer escândalo, que pudesse, de alguma forma, abalar o seu prestígio do supermercado, com a detenção das acusadas.

In casu, o delito não se consumou, e não apenas por uma eventualidade, por um detalhe, mas por absoluta ineficácia do meio, pois, as acusadas ficaram todo o tempo sob o olhar dos vigias do estabelecimento.

Restando, pois, evidenciado que era impossível a consumação da subtração iniciada, pois além de estarem sendo monitoradas pelo Circuito Interno de Televisão do supermercado, estiveram, todo o tempo, sob o olhar dos dois vigias. A propósito, sobre o tema, preleciona Guilherme de Souza Nucci: [...]

Nesse mesmo norte, a orientação doutrinária do sempre acatado Professor Julio Fabbrini Mirabete: [...]

Também, nesse mesmo sentido, a orientação pretoriana, inclusive desta Corte: [...]

Portanto, restando comprovado que não havia a menor possibilidade de as acusadas consumarem o delito pretendido, pois tinham os passos monitorados o tempo todo pelos Seguranças do estabelecimento comercial, a meu juízo, a conduta das apelantes amolda-se, perfeitamente, à figura do crime impossível, impondo-se a absolvição das mesmas.

Fiel a essas breves considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se DAR PROVIMENTO ao recurso defensivo para, com fulcro no art. 17, do CP, c/c art. 386, inc. VI do CPP, absolver as apelantes da imputação que lhes foi feita na denúncia, determinando que se cancelem todos os registros cartorários em desfavor das mesmas em relação a este processo.

[...] (fls. 247-255)

VI. A subsunção do fato ao direito

Creio ser possível asserir que, embora os sistemas eletrônicos de vigilância tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Assim, não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito, etc.

Na espécie, o meio empregado pelas agentes era de **inidoneidade relativa**, visto que **havia a possibilidade de consumação**, posto que remota.

Vale ressaltar que o entendimento jurisprudencial ora defendido não implica uma apologia da punição, mas a concretização do dever de proteção – elemento justificador do próprio direito penal –, por meio de uma resposta proporcional do direito sancionador estatal a uma conduta penalmente punível.

Com efeito, é de notório conhecimento geral que, em nossa história recente, não foram poucos os casos de **justicamento privado**, em que comerciantes (entre outros), sob o argumento de impunidade, acabaram por implementar diversas medidas à margem do direito, desde as célebres salas da segurança – em cujas dependências suspeitos de crimes eram submetidos a humilhações e agressões físicas – até, em uma dimensão muito maior e mais grave, os famosos esquadrões da morte (Nesse sentido: BICUDO, Hélio Pereira. *Meu Depoimento Sobre o Esquadrão da Morte*. 2. ed., São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1976; COSTA, Márcia Regina da. São Paulo e Rio de Janeiro: A Constituição do Esquadrão da Morte. *Anais do XXII Encontro Anual* – Anpocs, 1998).

Assim, apropriada é a lição de Ferrajoli, que, ao se opor às teorias abolicionistas e substitutivas ao Direito Penal, **defende "a forma jurídica da pena, enquanto técnica institucional de minimização da reação violenta ao desvio socialmente não tolerado e enquanto garantia do acusado contra os arbítrios, os excessos e os erros conexos a sistemas não jurídicos de controle social"** (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 201).

Na espécie, **embora remota a possibilidade de consumação**

do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas **não era absolutamente** inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto.

Não era, por conseguinte, impossível que as acusadas conseguissem consumir a subtração, apesar das câmeras, dos vigilantes, do etiquetamento eletrônico, etc.

A meu aviso, o voto vencido, no Tribunal de origem, acertou ao ressaltar que "a ineficácia do meio, *in casu*, deu-se apenas de forma relativa, o que impede o reconhecimento do instituto do crime impossível previsto no art. 17 do Código Penal":

[...] Não coaduno com a tese de impossibilidade de concretização do furto por absoluta inidoneidade dos meios por se tratar de estabelecimento comercial dotado de sistema de vigilância. **O fato de o sistema de segurança pública estatal apresentar-se frágil e impotente diante da crescente criminalidade - o que nos obriga, contrariados, a recorrer à segurança privada - não pode ser utilizado como instrumento de impunidade.**

Uma vez que se recorre à segurança privada, considerar-se como crime impossível a prática de subtração em estabelecimentos dotados de vigilantes é ser excessivamente, não podemos nos curvar. Dessa forma: [...]

Também não se descarta que a ineficácia do meio, "in casu", deu-se apenas de forma relativa, o que impede o reconhecimento do instituto do crime impossível previsto no art. 17 do Código Penal, que é taxativo no sentido de que o crime se torna impossível quando, por ineficácia absoluta do meio, é impossível consumir-se. [...] (fls. 255-259)

Afasto, assim, em casos similares ao ora versado, a hipótese de crime impossível e, por conseguinte, proponho a fixação da seguinte tese jurídica, para os fins previstos no art. 543-C do Código de Processo Civil:

A existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial.

VII. Dispositivo

Superior Tribunal de Justiça

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso especial**, representativo de controvérsia, para: a) reconhecer que é relativa a inidoneidade da tentativa de furto em estabelecimento comercial dotado de segurança e de vigilância eletrônica e, por consequência, afastar a alegada hipótese de crime impossível; b) julgar contrariados, pelo acórdão impugnado, os arts. 14, II, e 17, ambos do Código Penal; c) determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais prossiga no julgamento de mérito da apelação.

Por se tratar de recurso representativo da controvérsia, determino o envio de cópia do inteiro teor deste acórdão, após a devida publicação, à Presidência deste Superior Tribunal, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, bem como aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, para o cumprimento do disposto no art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil e no art. 5º da Resolução n. 8/2008 deste Superior Tribunal.

