

## Furto - Repouso noturno - Estabelecimento comercial - Circunstâncias judiciais - Análise - Reincidência - Tentativa - *Iter criminis*

Ementa: Apelação criminal. Furto praticado durante o repouso noturno. Estabelecimento comercial. Aplicação da majorante do art. 155, § 1º, do Código Penal. Possibilidade. Reprimenda corporal. Redução da pena-base. Possibilidade. Necessária reanálise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Existência de condenação transitada em julgado com prazo inferior a 5 anos. Decote da reincidência incabível. Tentativa. *Iter criminis* avançado. Diminuição em grau máximo. Impossibilidade.

- Havendo análise equivocada de algumas das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, forçosa se faz a redução da pena-base.

- A majorante do art. 155, § 1º, do Código Penal incide na hipótese de furto praticado no período de repouso noturno independentemente de o estabelecimento ser residencial ou comercial.

- Na fixação da pena, se o acusado ostenta uma condenação com trânsito em julgado por fato anterior ao crime dos autos no prazo inferior a cinco anos, a reincidência é medida que se impõe.

- Se o agente aproxima-se da consumação do delito, menor será a diminuição da pena em razão da tentativa.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.12.295567-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: M.A.V. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: M.A.C., R.M.C. ME - Relator: DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2014 - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Cuida-se de sentença de f. 125/1131, que julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o réu M.A.V. como incurso nas sanções do art. 155, § 1º, cominado com o art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena corporal de 1 (um) ano e 7 (sete) meses de reclusão em regime inicial semiaberto e mais 40 (quarenta) dias-multa, fixando o valor do dia multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Consta dos autos que, no dia 18.10.2013, por volta de 2h, na Rua [...], o réu M.A.V. pulou o muro e entrou pelo telhado do estabelecimento comercial de propriedade da vítima, tendo danificado e retirado o alarme da parede do local.

Segundo se apurou, o ofendido estava em casa quando o alarme de seu comércio disparou, tendo sido alertado em seu telefone celular. Ele se deslocou até o local em que se situa o estabelecimento e verificou que o alarme tinha sido violado, razão pela qual acionou a Polícia Militar e aguardou a chegada dos milicianos na porta. Ato contínuo, os policiais militares compareceram ao local e adentraram-no juntamente com o proprietário, encontrando no chão do estabelecimento: dinheiro, cigarros e alguns cheques, que o apelante juntara para subtrair. Na oportunidade, os militares depararam com o acusado e deram-lhe voz de prisão (f. 01d/02d).

Inconformada, a d. Defensoria Pública de Minas Gerais interpôs recurso de apelação de f. 151/160, sustentando, em suas razões, que o réu deve ter sua pena-base reduzida para o mínimo legal, em virtude da ausência de provas que desabonem sua conduta social e personalidade. Alega que as circunstâncias do crime e os motivos deste foram analisados de forma equivocada pela Magistrada, solicitando a revisão do cálculo da pena. Requer o decote da majorante de repouso noturno, sob o argumento de que se trata de estabelecimento comercial, e, no seu entendimento, somente se aplicaria tal majorante em furto praticado durante o período noturno em residências habitadas. Pleiteia a reforma da pena com o decote da reincidência na segunda fase de dosimetria da pena, sob o argumento de que a execução findou-se em 22.03.2005. Requer, ainda, a aplicação da figura da tentativa em grau máximo, visto que o acusado foi preso ainda no interior do estabelecimento, sem que tivesse retirado do local qualquer bem.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (f. 162/170), pugnando pelo não provimento do recurso, sob os fundamentos de que a majorante de repouso noturno restou configurada, que seus antecedentes são ruins, configurando péssima conduta social e personalidade voltada para o crime. Com relação à reincidência, apontou erro material da r. sentença, na qual a d. Magistrada se equivocou ao citar o processo que configuraria a reincidência. Porém há outra condenação por crime contra o patrimônio, transitada em julgado, apta a ensejar a reincidência, impossibilitando o seu decote. No tocante à redução da pena ao máximo pleiteado pela Defesa, manifestou-se pela improcedência do pedido, visto que o apelante percorreu considerável parcela do *iter criminis*.

A d. Procuradoria exarou parecer (f. 182/184), opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso. É o relatório.

Conhece-se do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Analisando-se detidamente os presentes autos, constata-se que, não obstante inexistir qualquer questionamento recursal a esse respeito, a autoria e a materialidade delitivas encontram-se sobejamente comprovadas, já que os depoimentos colhidos nos autos, coerentes e harmônicos entre si, convergem firmemente para as demais provas documentais, ora produzidas, não havendo, pois, que se cogitar da absolvição do apelante, que, inclusive, confessou ter orquestrado o crime em comento.

O cerne da insurreição defensiva consiste, inicialmente, na redução da pena-base fixada pela d. Magistrada *a quo*, a qual, no meu sentir, merece lograr êxito, já que algumas circunstâncias judiciais foram, *data maxima venia*, analisadas erroneamente, senão vejamos.

A culpabilidade foi valorada de maneira correta pela Magistrada.

Os antecedentes do apelante são ruins, conforme sua CAC, coligida às f. 48/51, extraem-se duas condenações definitivas anteriores ao crime dos autos, devendo uma delas ser utilizada para figurar como reincidência na segunda fase, e a outra, para valorar negativamente a presente circunstância.

A conduta social não deve ser vista como desabonadora, visto que, nos autos, inexistem elementos comportamentais que nos permitam valorar de forma negativa tal circunstância. Não há, nos autos, provas que possibilitem uma avaliação justa da conduta social do réu, a qual não se confunde com seus antecedentes, que é outro critério. E, na sentença vergastada, houve a valoração negativa da conduta social do apelante, com base em seus antecedentes criminais.

No que toca à personalidade do agente, esta também não apresenta quaisquer máculas, sendo necessário, para se avaliar tal circunstância como negativa, que exista nos autos laudo psicossocial firmado por pessoa tecnicamente habilitada para tanto.

Conforme bem aclarou o doutrinador Ricardo Augusto Schmitt, em sua obra *Sentença penal condenatória* - 6. ed., p. 95:

defendemos que a expressão 'personalidade voltada à prática delituosa' não deva ser usada nos julgados, pois está se ferindo o princípio constitucional da presunção de inocência, à míngua da existência de sentença penal condenatória transitada em julgado que atribua ao agente a autoria em outra prática delituosa anterior, ou, quiçá, na hipótese da existência de decisão definitiva, poderemos, inclusive, estar incorrendo em *bis in idem*, ante a possibilidade de tal situação já ter sido valorada como maus antecedentes, ou até mesmo para configurar a circunstância agravante da reincidência.

Assim, inexistindo, nos autos, elementos técnicos acerca da personalidade do réu, não há que se valorá-la.

Com relação às circunstâncias do crime, penso que são inerentes ao tipo, não devendo ser valoradas negativamente também, mesmo porque a sentença, em si, assevera que não se poderia concluir pela ocorrência de escalada e arrombamento.

No que tange aos motivos do crime, mais uma vez a defesa tem razão, pois sabemos que o viciado em drogas necessita de tratamento hospitalar adequado, não configurando sua dependência elemento para valoração negativa desse quesito.

As consequências do crime, igualmente, são próprias do tipo, não havendo nada a valorar.

Por fim, no que concerne ao comportamento da vítima, esta em nada influenciou na prática do crime.

Na primeira fase, fixo a pena pouco acima do patamar mínimo legal, tendo em vista os maus antecedentes do réu, configurando a pena-base em 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão e no pagamento de 15 (quinze) dias-multa no patamar de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo da época dos fatos.

No concernente ao decote da agravante de reincidência, verifica-se que a Magistrada incorreu em erro material ao mencionar a condenação do Processo nº 0024.05.582.822-2, pois essa não poderia ser reconhecida como reincidência, visto que transitou em julgado em 02.06.2000, há mais de 5 anos da data do crime em questão. Porém, não há razão para se decotar a agravante, em vista da condenação transitada em julgado do Processo nº 0295666-86.2010.8.13.0024, por crime cometido em 29.01.2010, com sentença transitada em julgado em 07.06.2010. Estando apta a ensejar reincidência, de modo a configurar a agravante.

Contudo, deve ser compensada a agravante da reincidência com a atenuante de confissão espontânea, mantendo-se inalterada a pena-base.

Noutro giro, a defesa pugna pelo decote da majorante de repouso noturno, sob a alegação de que não se admite a incidência da causa de aumento quando o furto ocorre em estabelecimento comercial.

Ressalto que o objetivo do legislador, ao estabelecer a majorante, foi conferir maior proteção aos bens durante o período noturno, em razão da menor vigilância, da diminuição do tráfego de pessoas e veículos nas ruas, sendo irrelevante o local em que o crime foi praticado, não distinguindo a lei se é uma residência habitada ou desabitada, estabelecimentos comerciais ou industriais, ou veículos.

Na lição do doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

[...] entendemos que a causa de aumento está presente desde que a subtração ocorra durante o repouso noturno, ou seja, quando as pessoas de um modo geral estão menos atentas, com menor chance de vigilância dos seus e dos bens alheios, porque anoiteceu. Se um imóvel é invadido durante a noite, estando ou não habitado, com ou sem moradores no seu interior repousando, o furto merece pena mais severa. Sustentar o contrário faz com que a circunstância agravante concentra-se no fato de haver maior perigo para a vítima - que está em casa dormindo - quando a subtração se realiza no mesmo local, o que não nos parece tenha sido o objetivo da lei (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal* - Parte geral e parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 730) (grifamos).

Nesse mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Criminal. REsp. Furto. Delito cometido à noite, em estabelecimento comercial fechado. Irrelevância para incidência da causa especial de aumento relativa ao repouso noturno. Recurso conhecido e provido. - Para a incidência da causa especial de aumento, prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, é suficiente que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, sendo irrelevante o fato de que o crime tenha sido cometido em estabelecimento comercial que se encontrava fechado. Precedentes. Acórdão recorrido que deve ser reformado, a fim de que seja restabelecida a sentença monocrática, no tocante ao reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator (REsp 1191065/MG 2010/0073652-9 - Relator: Ministro Gilson Dipp - Quinta Turma - j. em: 17.04.2012 - DJe de 23.04.2012) (grifamos).

Diante do exposto, mantenho a incidência da causa de aumento, prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, aumentando a pena-base em 1/3 (um terço), computando-a em 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e no pagamento de 19 (dezenove) dias-multa no patamar de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo da época dos fatos.

In casu, incide a causa geral de diminuição de pena atinente à tentativa. A defesa pleiteou a aplicação da tentativa em 2/3 (dois terços), alegando que o apelante não ultrapassou o início da execução. Porém, razão não assiste à defesa.

Conforme podemos inferir dos depoimentos em juízo, o apelante já havia separado a *res furtiva*, e somente não executou o último ato do crime de furto, que seria a retirada do bem da esfera de vigilância da vítima, por ter sido surpreendido pelo proprietário do estabelecimento e pelos policiais militares, avançando bastante no *iter criminis*:

Da vítima:

[...] que o acusado juntou para levar o dinheiro trocado que estava na caixa registradora, mais ou menos cem reais, uma máquina fotográfica e um maço de cigarros; contudo, em relação a esse maço de cigarros, o depoente não tem certeza se era do próprio acusado ou se estava no estabelecimento (f. 85).

Do próprio apelante: “[...] que pegou apenas a máquina fotográfica para levar, pois o proprietário chegou ao local e deu a volta com o carro [...]” (f. 87).

Dessa forma, não se pode reduzir ao máximo a pena de tentativa, pois o ato encontrava-se muito próximo de sua consumação, devendo-se fixar uma diminuição proporcional.

É o que o doutrinador Guilherme de Souza Nucci denomina como tentativa perfeita, nesses termos:

[...] é a hipótese que se configura quando o agente faz tudo o que pode para chegar à consumação do crime, mas não

sobrevém o resultado típico, pois é interrompido por obstáculo exterior à sua vontade. [...] Trata-se de tentativa que merece menor diminuição da pena (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal - Parte geral e parte especial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 342).

Essa hipótese é a que melhor se adapta ao caso analisado. O réu já havia feito tudo para chegar à consumação do crime: pulou o muro para conseguir entrar, desligou o alarme e separou a *res furtiva*. Desse modo, mantenho a diminuição aplicada na sentença primeira, correspondente a 1/2 (metade).

De acordo com o exposto, fixo a pena definitiva em 11 (onze) meses de reclusão e no pagamento de 9 (nove) dias-multa no patamar de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantenho o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Ante os fundamentos acima esposados, dou parcial provimento à apelação criminal apresentada pela defesa tão somente para reduzir a pena corporal do réu ao patamar de 11 (onze) meses de reclusão, mais 9 (nove) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como fixar o regime prisional semiaberto.

No mais, mantenho a decisão fustigada, inclusive com a isenção das custas processuais, em razão da hipossuficiência econômica do réu, tal como fora lançada.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS DENISE PINHO DA COSTA VAL e MÁRCIA MILANEZ.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...