

*Furto tentado. Redução da pena tomando
por base o iter criminis percorrido pelo agente
e não os antecedentes do acusado*

*Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal
Apelação Criminal nº 46348/92*

Apelantes: Ministério Público e José Antonio Ferreira

Apelados: Ministério Público, Márcia Soares de Alcântara e José Antonio Ferreira

O desaparecimento de pequena parte do dinheiro subtraído não descaracteriza o furto tentado mormente quando a prisão em flagrante é efetuada logo em seguida à subtração, no interior mesmo do ônibus, impossibilitando qualquer ação dos acusados no sentido de se desfazerem da *res*. É o tamanho do *iter criminis* percorrido (e não os antecedentes do acusado) que balizará a redução da pena no crime tentado. Sendo o critério objetivo, a redução deve ser igual para os co-autores. Compete ao magistrado, no exercício do juízo de equidade, fixar a pena-base no *quantum* que entender suficiente para uma resposta penal eficaz, quando os antecedentes do réu recomendarem a aplicação de pena acima do mínimo previsto em lei. O regime inicial de cumprimento da pena será determinado segundo os critérios do art. 59 do Código Penal. Inteligência do artigo 33, parágrafo 3º, do diploma penal substantivo. Parecer pelo **desprovimento** do apelo ministerial e pelo provimento parcial do recurso da Defensoria Pública tão-só para redução da pena do apelante, dentro do quadro da tentativa.

PARECER

Egrégia Corte:

Recorre o Ministério Público visando a reforma da r. sentença *a quo* no sentido de que a Egrégia Câmara reconheça a **consumação** do delito de furto qualificado examinado neste feito. E o faz com base na assertiva do desaparecimento de parte do *quantum* subtraído. Razão, entretanto, não lhe assiste. Conforme bem salientado pela douta Defensoria Pública, às fls. 98, *in verbis*:

“Em segundo, porque, mesmo que assim não fosse, a prova indica que os réus foram presos no mesmo local, ainda no interior do ônibus, de forma quase imediata, instantânea, eis que o fato foi presenciado pela informante de fls. 40 e pelo policial de fls. 42, tendo ficado bem distante de sua consumação. Se a suposta diferença

existiu, em poder dos acusados não ficou, que certamente devem ter sido revistados. Observe-se que nenhuma das pessoas ouvidas em juízo afirma que tal diferença teria ficado com os réus. **Ademais, a posse não ficou desviada por um segundo sequer.**"

A Defensoria Pública recorre em prol de José Antonio Ferreira, apresentando as bem lançadas razões de fls. 96/97, da lavra do ilustre Dr. Jorge Luiz Le Cocq de Oliveira. Em síntese, a defesa pretende a reforma da r. decisão *a quo* para que: 1º - seja reduzida a pena-base imposta ao apelante; 2º - que a redução da pena acarretada pelo reconhecimento da tentativa seja levada a efeito no mesmo percentual que, beneficiou a co-ré; 3º - que seja alterado o regime inicial de cumprimento de pena já que o apenado não foi considerado reincidente, nos termos da lei.

No que tange ao primeiro argumento defensivo, razão não assiste à ilustrada defesa. Isso porque, no exercício do juízo de equidade, o magistrado não fica preso a regras fixas na determinação do *quantum* referente à pena-base. Consoante se lê de fls. 70, são péssimos os antecedentes do apelante. Por outro lado, são duas as **as qualificadoras** do furto perpetrado. Observe-se que o limite máximo da pena poderia atingir **8 (oito) anos**, tendo sido fixada em 4 (quatro) anos. Importante realçar que a valoração do magistrado poderia oscilar "dentro dos limites previstos" pelo artigo violado, *ex vi* do disposto no art. 59, II, do Código Penal.

Quanto ao segundo argumento defensivo, entende o Ministério Público que procedem as razões da defesa. Realmente a redução da pena deve ser feita de modo igual para os acusados. A acusada Márcia Soares de Alcântara foi beneficiada com a redução de 2/3, o mesmo devendo ocorrer com o apelante. De acordo com a denúncia, foi a ré Márcia quem retirou do bolso da bermuda do lesado a *res*. O Professor Paulo José da Costa Jr., no seu livro *Direito Penal Objetivo* (ed. Forense Universitária, 1989, p. 38), cita as seguintes jurisprudências:

"Não se calcula a redução pela tentativa tomando-se por base os antecedentes do réu, mas sim levando-se em consideração a quantidade dela, ou seja, maior ou menor *iter criminis* percorrido" (Jutacrim, 80/263).

"O critério na fixação da reprimenda pela tentativa, nos termos do art. 14, parágrafo único, CP, há de ser o mesmo para todos os autores" (Jutacrim, 35/60).

Portanto, cremos que a pena de 4 (quatro) anos deve sofrer uma redução de 2/3, fixando-se-a, como sanção definitiva, em **1 (um) ano e 4 (quatro) meses** de reclusão.

Finalmente, quanto ao último argumento defensivo, razão não assiste à douta Defensoria Pública. Apesar de o art. 33, § 2º da letra **c**, do CP dispor que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá desde o início, cumpri-la em regime aberto", tal aplicação não é automática, baseada, única e exclusivamente, no total da pena imposta e na reincidência ou não do

apenado. É preciso que se observe o disposto no § 3º do mesmo artigo 33 do Código Penal, *in verbis*:

“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

E um desses critérios são os **antecedentes**. E o apelante tem péssimos antecedentes, conforme se pode observar de fls. 70.

Mais uma vez trazemos à colação jurisprudência citada pelo Prof. Paulo José da Costa Jr. (*Op. cit.*, p. 83):

“A quantidade da pena, por si só, não determina o regime prisional. Na verdade, a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do CP, como soa a linguagem do art. 33, § 3º, do CP” (RJTJSP, 96/420).

Do exposto, o parecer que submetemos à douta apreciação dessa Egrégia Câmara, é no sentido do **desprovemento** do recurso ministerial e do **provimento parcial** do apelo defensivo para que a pena imposta ao apelante seja reduzida para **1 (um) ano e 4 (quatro) meses** de reclusão, mantida no mais a r. sentença de primeiro grau.

Rio de Janeiro, 15 de junho de 1992.

Adolfo Borges Filho
Procurador de Justiça