AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.445.833 - RJ (2019/0043396-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	AMANDA DANIEL DOS SANTOS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por AMANDA DANIEL DOS SANTOS contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que inadmitiu seu recurso especial.

Consta dos autos que a agravante foi absolvida quanto à imputação da prática do crime tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformada, a acusação interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual deu provimento à irresignação, a fim de condenar a agravante à pena de 1 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, como incursa no delito acima mencionado.

Contra a decisão foi apresentado o recurso especial, com fulcro na alínea *a*, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, o qual não foi admitido na origem, com fundamento nas Súmulas n. 7 e 83/STJ.

No presente recurso, alega a agravante que os óbices indicados na decisão de admissibilidade não incidiriam na espécie.

Requer o acolhimento do agravo, a fim de que seja admitido e provido o recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da insurgência.

É o relatório.

A par dos fundamentos declinados pelo Tribunal estadual por ocasião do juízo de admissibilidade ali realizado, constata-se que o recurso especial interposto, de fato, não merece seguimento.

Nas razões do recurso especial, a defesa alega violação ao art. 17 do Código Penal, sob o argumento de que o fato da acusada ter sido vigiada durante todo o tempo no estabelecimento comercial tornaria impossível a consumação do furto.

Aduz, ainda, violação ao art. 44 do Código Penal, tendo em vista que a recorrente não é reincidente específica, de modo que seria o caso de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Sobre a caracterização de crime impossível, para melhor elucidação da controvérsia, necessário transcrever trecho da fundamentação utilizada pela Corte estadual para reformar a sentença absolutória, *in verbis*:

> *"É cediço que o tipo penal descreve uma situação tática abstrata, que pressupõe um elemento subjetivo e um tipo objetivo (a conduta a ser executada pelo agente). A conduta é o modo pelo qual o agente perpetra o ato punível e o elemento subjetivo, é o motivo pessoal gerador da conduta.*

A conduta poderá ser omissiva ou comissiva, o que determinará a classificação do delito como sendo comissivo, omissivo próprio ou impróprio (comissivo por omissão).

O elemento subjetivo, por sua vez, determinará se o crime é doloso (dolo específico ou genérico, direto ou eventual/indireto) ou culposo (negligência, imprudência ou imperícia, consciente ou não).

Esgotada a conduta e satisfeito o tipo, consuma-se o crime, devendo o agente ser apenado nos moldes do artigo 14, inciso I, do Código Penal. Se a conduta descrita não for totalmente perpetrada, algumas possibilidades podem ocorrer: crime impossível; ocorrência tão só de atos preparatórios impuníveis; desistência voluntária; arrependimento eficaz; crime tentado.

No que tange ao crime impossível, dispõe o art. 17 do Código Penal, in verbis:

"Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar o crime".

O crime impossível, outrossim, estará caracterizado quando a conduta não se consuma por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, o que não diz respeito à dinâmica dos fatos narrados nos autos.

O tipo penal exige que a ineficácia do meio seja absoluta, a contrario sensu, sendo relativa, a tentativa será punível.

[...]

A jurisprudência brasileira distingue tentativa de crime impossível, partindo do pressuposto de que, na tentativa, o resultado se apresenta possível de verificar-se, enquanto que, no crime impossível, o evento mostra-se como impossível de ser atingido (RT458: 366).

In casu, a apelada furtou as mercadorias do supermercado, mas foi surpreendida, na saída do mercado pelo segurança do estabelecimento, já pelo lado de fora.

A testemunha Diorge Jesus de Lima, fiscal de patrimônio do mercado, em juízo, narrou que: "no dia dos fatos estava trabalhando no lacre; que este setor fica próximo da entrada do supermercado, um pouco mais a frente; que a apelado passou por ele; que a achou suspeita desde o momento que ela passou; que a apelada passou com uma bolsa vazia, com poucas coisas; que a apelada entrou muito desconfiada e foi direto para o corredor de perfumaria; que no momento em que a apelada passou por ele, efetuou contado com o CFTV da loja para poder acompanhar ela pelas câmeras; que foi muito rápido, que a apelada entrou foi direto na perfumaria e colocou diversos produtos dentro da bolsa; que ela botou e na

mesma hora ela saiu do supermercado; que eles esperaram ela sair e o depoente a abordou na entrada do supermercado, pelo lado de fora; que o depoente perguntou para ela se não tinha esquecido de pagar algumas coisas; que ela disse que não; que o depoente pediu para que ela o acompanhasse para poder mostrar o que estava dentro da bolsa; que voltaram para dentro da loja e aberta a bolsa foi encontrado muitas coisas, sabonete líquido, hidratante, desodorante, em quantidade, vários; que ela não tinha nota fiscal dos produtos, que não chegou a passar por nenhum caixa; que não conhecia a acusada; que nunca tinha visto ela; que reconhece a fotografia apresentada como sendo a pessoa que furtou o supermercado; que o CFTV gravou a ação da acusada; que não acompanhou a acusada no supermercado, que a partir do momento que passou para o CFTV, deixou de acompanhar para deixa-la a vontade, para não atrapalhar, para ver se realmente ela entrou no supermercado com esta intenção; que através do CFTV conseguiram pela a acusada no flagrante; que após o CFTV efetuou contato com o depoente confirmando a subtração pela acusada; que depois ficaram aguardando para ver se ela iria pagar ou não; que reconhece a foto de fls. 28 como sendo da pessoa que furtou o estabelecimento no dia dos fatos". (Depoimento gravado em mídia - transcrição não literal).

A testemunha Edvandro Soares de Lima, em juízo, contou que:

"a acusado no dia dos fatos deu entrada no estabelecimento; que é coordenador da fiscalização; que ela entrou no supermercado e logo em seguida foi passado para um operador de CFTV; que foi bem rápido que quando entrou já foi direto para o setor de perfumaria e lá pegou vários produtos de perfumaria como óleo de cabelo, hidratante, produtos deste tipo assim; gue ela colocou tudo numa bolsa grande e foi logo saindo da loja; que ela foi abordada pelo depoente e o Diorge; que foi abordada fora do estabelecimento comercial na rampa de acesso a calçada; que a acusado não tinha nenhum comprovante de pagamento; que pediram para ela abrir a bolsa; que o rapaz do CFTV estava assessorando ela e por isso sabiam que ela tinha furtado; que depois subiu, acompanhou as imagens antes de chamar a polícia; que as imagens foram fornecidas pela delegacia; que não conhecia a ré antes dos fatos; que o valor dos produtos ficou em duzentos e pouco reais; que reconhece a fotográfica apresentada como sendo a pessoa que subtraiu os bens do supermercado; que no dia ela estava largada,suja; que a ré tinha uma

> *tatuagem; que não se lembra porque ela tinha a cor escura e não dava para definir o desenho". (Depoimento gravado em mídia - transcrição não literal).*
> *Interrogada, Amanda Daniel dos Santos, declarou que: "confessa; que seu sobrinho tinha nascido e não tinha nada para dar para ele; que ele também não tinha nada, nem sabonete, nem nada e queria dar estas coisas pra ele; que confessa que pegou no supermercado Mundial; que não saiu do mercado não, que o moço a abordou e chamou a polícia; que não chegou a sair não; que falou para a pessoa que a abordou que iria devolver as mercadorias; que não a liberaram e chamaram a polícia; que não tinha saído do mercado; que passou pelo caixa, que ele a abordou na porta do mercado; que não foi na rua; que devolveu na porta do mercado;que era xampu, sabonete e Dermacid para sua irmã se lavar; que já foi condenada por tráfico, que é usuária, mas não usa mais não (Depoimento gravado em mídia - transcrição não literal).*
> *Logo, certo é que o meio empregado pela apelante foi plenamente eficaz. Muito embora sua conduta estivesse sendo vigiada pelo sistema de segurança, isto lhe passou despercebido e não a coibiu de praticar a conduta delitiva. Ela foi realizada, não se consumando o crime apenas porque descoberto pelos funcionários do mercado.*
> *[...]*
> *Assim, no caso concreto, a tese de absoluta impropriedade do objeto ventilada na sentença absolutória não se enquadra nos limites da previsão legal do artigo 17 do Código Penal, já que o bem foi colocado em situação de perigo no momento de sua violação, quando a recorrida saiu da loja com a mercadoria subtraída escondida dentro de sua bolsa, sendo detido na parte externa da loja.*
> *A existência de vigilantes no local do crime não tem o condão, por si só, de impedir a prática de delitos, mas simplesmente tentar evitá-las e a presença de seguranças não se traduz na impossibilidade de prática de crimes naqueles locais." (e-STJ fls. 284/294)*

Da análise dos autos, verifica-se que o colegiado *a quo*, após percuciente reexame do delineamento fático e probatório coligido aos autos, concluiu pela existência de elementos suficientes para fundamentar o decreto condenatório, nos moldes do art. 155, *caput*, do Código Penal, asseverando que a acusada saiu da loja com a mercadoria subtraída dentro de sua bolsa, sendo detida na parte externa da loja.

Infere-se, portanto, que a decisão da Corte estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência deste Sodalício, segundo a qual *"consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição do agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada"*

(REsp n.º 1.524.450/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015).

E, ainda, no sentido de que *"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"* (REsp 1385621/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 02/06/2015).

Nessa direção:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SEGURANÇA POR MEIO DE AGENTES E VIGILÂNCIA ELETRÔNICA. ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONSUMAÇÃO POSSÍVEL. AGRAVO DESPROVIDO.*
> ***1. A presença de sistema eletrônico de vigilância e de agentes no estabelecimento comercial não torna o agente completamente incapaz de consumar o furto. Logo, não se pode afastar a punição, pela configuração do crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados, nos termos da Súmula n.º 567 desta Corte.*** *Precedentes.*
> *2. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no HC 458.341/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 10/10/2018)*
>
> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO DE CONSUMAÇÃO DO DELITO DE ROUBO. INVERSÃO DA POSSE. DESNECESSIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA. SÚMULA 582/STJ. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. PACIENTE CLAUDINEI. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PACIENTE DAVID. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*
> ***2. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por poucos instantes, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem. Dessa forma, prevalece, tanto nesta Corte Superior quanto no Supremo Tribunal Federal a teoria da amotio ou apprehensio.***
> *[…]*
> *9. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 413.092/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA*

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017)

Ademais, desconstituir o julgado, pela alegação de que o meio utilizado pela acusada seria absolutamente ineficaz para a consumação do delito, não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Tribunal Superior aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias, incabível em sede de recurso especial, conforme já consolidado na Súmula n. 7/STJ.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO.
ARREPENDIMENTO POSTERIOR. AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE. MODIFICAÇÃO.
REEXAME DAS PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. Cumpre destacar que não há que se falar em ofensa ao princípio da colegialidade em razão do julgamento monocrático do recurso especial. Isso porque, nos termos da súmula 568, desta Corte, "o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".
2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que "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" (REsp 1385621/MG,Rel.
Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 02/06/2015).
3. A Corte a quo se baseou em elementos de prova para concluir que o agravante se valeu de meio eficaz para produzir o evento criminoso, inclusive, tinha conhecimento do sistema de segurança da loja quando iniciou a ação delituosa, não caracterizando hipótese de ineficácia absoluta do meio. Assim, corroborada a ocorrência do crime por elementos probatórios idôneos acostados aos autos, o acolhimento da tese de crime impossível demandaria reexame do conjunto fático-probatório, providência inadmissível na via do recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.
4. Tendo o acórdão recorrido reconhecido que não houve voluntariedade na devolução da coisa subtraída ou do valor correspondente, qualquer conclusão em sentido contrário demanda o inevitável revolvimento das provas carreadas aos autos, o que encontra vedação no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.
5. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no AREsp 1243984/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 28/06/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. TESES DE CRIME IMPOSSÍVEL OU DE

> *DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. ÓBICE INTRANSPONÍVEL DA SÚMULA 7 DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.*
> ***1. Ao contrário do afirmado pelo agravante, os argumentos declinados nas razões do recurso especial, a fim de sustentar as teses de crime impossível ou de desistência voluntária, demandariam sim a análise dos fatos, das circunstâncias e das provas amealhadas aos autos, mostrando-se insuperável o empecilho da Súmula 7.***
> *2. Desse modo, a decisão agravada deve ser mantida incólume por seus próprios termos.*
> *3. Agravo Regimental não provido.*
> *(AgInt no AREsp 850.897/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 11/05/2016)*

No que diz respeito à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se que o Tribunal de origem afastou o benefício legal em razão da ré ser reincidente em crime doloso (e-STJ fl. 296), fundamento consentâneo com o art. 44, inciso II, do Código Penal e com a jurisprudência deste Sodalício, não havendo que se falar em ilegalidade no ponto.

Nessa direção:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES EM CONTINUIDADE DELITIVA. RÉ REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO, PELO TRIBUNAL A QUO, DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO QUE DEVE SER MANTIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.*
> *- O acórdão impugnado está em consonância com o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, segundo o qual é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao reincidente, condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.*
> ***- Outrossim, quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o entendimento da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, embora a pena definitiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mostra-se insuficiente quando há reincidência e a medida não se mostra recomendável (art. 44, II e § 3º, do CP) (AgRg no Resp. 1.716.907/SP, Rel. Min. RIBEIRO***

DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2018, DJe 30/5/2018).
- Habeas corpus não conhecido.
(HC 458.714/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 01/10/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO TENTADO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE.
MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.
IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". No mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".
3. As súmulas foram observadas pelo Tribunal a quo, porquanto o regime semiaberto foi imposto com motivação idônea, devendo ser observado o regime legal dos § 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.
In casu, as instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Ademais, como o paciente é reincidente e a sanção corporal foi fixada em 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, faz jus ao regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.
4. Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o réu é reincidente em crime doloso, o que vai de encontro ao requisito do art. 44, II, do Código Penal, tendo a Corte de origem, ainda, asseverado que tal medida não seria socialmente adequada.
5. Habeas corpus não conhecido.
(HC 385.022/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)

Dessarte, por se encontrar o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão da agravante esbarra no óbice previsto na Súmula n. 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Por tais razões, **conheço do agravo e não conheço o recurso especial**,

nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator