

CRIME IMPOSSÍVEL: 17 CÓDIGO PENAL

Andréia Dalla Costa¹
Edson José Perlin²

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso tem a pretensão de analisar, sob a ótica da legislação da doutrina e da jurisprudência, a figura do crime impossível, preservando a sua integridade na forma de conter o poder punitivo do estado no que se refere as condenações. Se não existisse o sistema de vigilância (eletrônica ou física) o crime estaria apto a se consumir, e o bem jurídico de fato, estaria em perigo? Analisar em que medida os aparatos de vigilância em estabelecimento comerciais neutralizam os perigos para o bem jurídico patrimônio, a ponto de evitar a consumação do crime na figura do crime impossível (art. 17 do Código Penal).

A tentativa inidônea afeta a tipicidade penal. Dessa forma ficou claro a conduta do agente quando há o dolo de praticar a conduta criminosa, mas a probabilidade de êxito está reduzida em grande significância na empreitada criminosa. A aplicação da tentativa inidônea depende do dolo do agente, após o início dos atos executórios, não ocorre a consumação do crime, por circunstâncias alheias à sua vontade. A investigação do grau de segurança com que se pode esperar a realização de um evento, determinado pela frequência de tentativas de consumação do delito, dando ênfase a conduta do agente, baseado em conhecimento.

996

Palavras-chave: Tentativa Inidônea. Dolo. Ineficácia. Improriedade. Crime.

ABSTRACT: The present work of completion of the course intends to analyze, under the perspective of the legislation of the doctrine and the jurisprudence, the figure of the impossible crime, preserving its integrity in the form of containing the punitive power of the state with regard to the convictions. If the surveillance system (electronic or physical) did not exist, would the crime be capable of being consummated, and would the legal good in fact be in danger? Analyze the extent to which surveillance devices in commercial establishments neutralize the dangers to the legal heritage, to the point of avoiding the consummation of the crime in the figure of the impossible crime (Article 17 of the Penal Code).

¹ Graduação Tecnologia em Marketing-FATEC/FACINTER-Pós-Graduação MBA administração e Marketing- FATEC/FACINTER-). Cursando Direito - FAG - Faculdade Assis Gurgas. E-mail: andreia.dalla@outlook.com.

² Graduação em Direito e pós-graduação em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Assis Gurgacz. Atualmente é docente no Centro Universitário FAG na cidade de Cascavel/PR, e no Centro Universitário FAG na cidade de Toledo/PR, onde ministra aulas de Direito Penal e Direito Processual Penal. É advogado com experiência na área do Direito Criminal, com ênfase no Tribunal do Júri e Execução da Pena.

The attempt unscathed affects the criminality typical. In this way, it was clear the conduct of the agent when there is a will to practice criminal conduct, but the likelihood of success is greatly reduced in the criminal endeavor. The application of the untrue attempt depends on the deceit of the agent, after the beginning of the executing acts, the consummation of the crime does not occur, due to circumstances beyond his control. The investigation of the degree of security with which an event can be expected to take place, determined by the frequency of attempts to carry out the crime, emphasizing the agent's conduct, based on knowledge.

Keywords: Untrue Attempt . Deception . Ineffectiveness . Impropriety . Crime.

1 INTRODUÇÃO

A tentativa Penal se baseia em requisitos essenciais para a obrigação de responder pelas ações criminais. Desta forma, a tentativa inidônea se comporta como um instrumento de controle para aplicação da punição de forma reduzida, seguindo o que foi proposto por Zaffaroni e Nilo Batista quando indicam a necessidade de um Funcionalismo Redutor (Zaffaroni; Batista; Alagia; Slokar, 2010, p. 60).

Portanto, o Direito penal, tem capacidade de compreender, se utilizando de ferramentas como parâmetros de conhecimento a respeito da reponsabilidade subjetiva que está expresso no Código Penal em seu artigo 18. In verbis:

Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso, I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo, II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. Se não existisse o sistema de vigilância (eletrônica ou física) o crime estaria apto a se consumir, e o bem jurídico de fato, estaria em perigo? Analisar em que medida os aparatos de vigilância em estabelecimento comerciais neutralizam os perigos para o bem jurídico patrimônio, a ponto de evitar a consumação do crime na figura do crime impossível (art. 17 do Código Penal).

2 CRIME IMPOSSIVEL

O crime impossível também é conhecido como tentativa inidônea, inadequada ou quase crime. O crime impossível está previsto no código penal com a seguinte redação:

Art.17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por

absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.

Na redação inicial do artigo, está expresso que não se pune a tentativa, a primeira impressão é que seria uma isenção de pena, mas, o entendimento da natureza jurídica da tentativa inidônea é de exclusão de tipicidade. Podemos falar em tentativa, quando o agente nos termos do art. 14, II, do Código Penal, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente já dera início aos atos de execução, objetivando alcançar a consumação do crime.

O doutrinador Rogério Greco afirma que ao iniciar a redação que prevê o crime impossível, parte do princípio de que o agente já iniciou os atos de execução, e a consumação da infração penal só não ocorre, por circunstâncias alheias a sua vontade. (GRECO, 2018).

O Código Penal não nos fornece um conceito de crime, mas o Artigo 1º da lei de introdução ao Código Penal, Decreto Lei nº 3.914 de 09 de dezembro de 1941: Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei determina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou 998
ambas, alternativa ou cumulativamente.

Contudo, o código criminal do império (1930), nos trouxe um conceito de crime: Está definido pelo artigo 2º Julgar-se-á crime ou delicto:

Parágrafo 1º Toda acção ou omissão voluntaria contraria as leis penaes (redação original). No que tange o Conceito do código Penal Republicano (1890), art 2º A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção (redação original).

[...] substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídicos penais) protegidos.

Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr a mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que tem sido proposta por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: a ação típica (tipicidade). O crime nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.”(Toledo, 1994).

Contudo, considerando os ensinamentos do autor no texto de referência, para que seja melhor entendida toda a conduta criminosa do agente, que pretende cometer a infração penal, ou que comete uma infração penal é necessário entender alguns momentos de como acontece a desenvoltura do crime, no ordenamento jurídico, o conceito analítico se expressa de forma essencial ou os elementos estruturais do conceito de crime é a ação típica, ilícita e culpável.

Dessa forma, conceituando a sucessão de acontecimentos que constituem a ação do crime, é essencial considerarmos o enredo do *Iter criminis* Segundo Zaffaroni e Pierangeli:

Desde que o desígnio criminoso aparece no foro íntimo da pessoa, como um produto da imaginação, até que se opere a consumação do delito, existe um processo, parte do qual não se exterioriza, necessariamente, de maneira a ser observado por algum espectador, excluído o próprio autor. A este processo dá-se o nome de *iter criminis* ou 'caminho do crime', que significa o conjunto de etapas que se sucedem, cronologicamente, no desenvolvimento do delito. (ZAFFARONI, 1995).

Desde o momento em que é idealizado um crime mentalmente, até acontecer a consumação o agente segue um caminho do crime percorrido até a consumação: O *iter criminis* é composto pelas seguintes fases: Cogitação é a fase em que o agente mentaliza o crime que pretende praticar, em seguida começa a providenciar os atos preparatórios para dar início a execução do crime, que pode ser consumado.

Segundo artigo 14 inciso I do código penal, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, configurando o crime consumado. Segundo artigo 14 inciso II do código penal, por circunstâncias alheias a sua vontade o agente não consegue consumir o crime, configurando portanto a tentativa.

Se o resultado for absolutamente impossível de ser alcançado, caracteriza o artigo 17 do Código penal, crime impossível.

O exaurimento do crime acontece após as etapas do *iter criminis*, que seria após a consumação de um furto por exemplo o veículo seja desmontado, configura o exaurimento.

A conduta previamente tipificada como tentada, deve ser analisada para aplicação da tipicidade tentada, unindo o fator subjetivo e o fator objetivo, para a aplicação da punibilidade, tal como explica Claudio Brandão através de uma teoria:

Referida teoria da impressão foi fundada por Horn e foi desenvolvida por von Bar e nasceu da tentativa de conciliar elementos objetivos e subjetivos para fundamentar a punibilidade da tentativa. Para esta teoria é punível a tentativa pela atuação da vontade contrária ao Direito que é idônea para abalar a confiança dos súditos na vigência do Ordenamento Jurídico, em virtude do perigo de lesão aos multirreferidos bens jurídicos. Há, pois, o elemento objetivo, que se traduz no atuar externo que expõe a perigo os bens protegidos pelo Ordenamento Jurídico e o elemento subjetivo, que é a vontade do agente que conduz esta exposição a perigo.” (Brandão, 2007, p. 224).

Segundo o autor, considera-se a vontade do agente sendo um elemento subjetivo, quando expõe em perigo de lesão os bens protegidos pelo ordenamento jurídico, juntamente com o elemento objetivo que é a atuação externa de exposição do perigo dos bens, nesse momento está inserido o crime impossível, destacado da punição da tentativa, onde cabe salientar que a tentativa acontece das seguintes formas: A tentativa incruenta ou branca que é aquela na qual a vítima não chega a ser fisicamente atingida. Diferente da tentativa vermelha ou cruenta, onde a vítima sofre lesões, sendo certo que o crime não se consuma.

Na lei penal brasileira, a tentativa idônea distingue-se da tentativa inidônea pelo perigo objetivo para o bem jurídico, pelo seguinte argumento: se o resultado de lesão do bem jurídico é o fundamento da punibilidade do fato, então a punibilidade da tentativa exige ação capaz de produzir o resultado típico. (Cirino, 2010, p. 384).

1000

Contudo, dando ênfase a ausência de perigo, segue a análise da ineficácia absoluta do meio; e da impropriedade absoluta do objeto.

Sin perjuicio de otros casos posibles, que debieran ser matéria de una mayor profundización por parte de la doctrina, cabe entender que se trata – al menos – de supuestos en que el delito no podía haberse consumado (a) por la forma muy inadecuada em que se usó el medio (la fuga em automóvil por parte de quien no sabe conducir), (b) por un grave defecto del médío empleado (el arma trabada de modo que era imposible hacerla funcionar sin antes descargarla y destrabarla), (c) por un accidente del objeto del delito (el dinero estaba en el otro bolsillo, la víctima estaba en el baño y no en la cama, la cosa estaba em uma caja de seguridad inexpugnable con los médios que tenía el agente, había un sistema de alarma altamente sofisticado), o (d) por una previa neutralización del peligro, como es el caso en que la trama hubiese sido descubierta y, sin que el agente lo supiese, se hubiesen tomado las medidas para impedir su consumación.” Tradução: “Sem prejuízo dos demais casos possíveis, que devam ser aprofundados pela doutrina, entende-se que se trata - pelo menos - de casos em que o crime não poderia ter sido consumado pela forma muito inadequada como foi realizada. que o meio foi utilizado (a fuga no carro por alguém que não sabe conduzir), (b) devido a um defeito grave no meio utilizado (a arma trancada de forma que era impossível fazê-la funcionar sem primeiro descarregar e destrancar), (c) devido a um acidente envolvendo o objeto do crime (o dinheiro estava no outro bolso, a

vítima estava no banheiro e não na cama, a coisa estava em um cofre inexpugnável com pelos meios do agente, existia um sistema de alarme altamente sofisticado), ou (d) por uma neutralização prévia do perigo, como é o caso em que o enredo foi descoberto e, sem o agente saber, foram tomadas medidas para prevenir sua consumação. (Zaffaroni; Slokar; Alagia, 2002, p. 838).

Existem duas teorias que mais se destacam no crime impossível, que são a teoria subjetiva e a teoria objetiva. A teoria objetiva biparte-se em teoria objetiva pura e teoria objetiva temperada (moderada ou matizada).

Para Capez (2013), a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro foi a teoria objetiva temperada. Segundo ele, na sistemática atual do CP, o que importa é a conduta, objetivamente, não ter representado nenhum risco à coletividade, pouco importando a postura subjetiva do agente. Um sujeito que, fazendo uso de uma arma absolutamente inapta a efetuar disparos, a emprega com finalidade homicida, teve uma postura psicologicamente censurável (teoria subjetiva) e revelou ser perigoso para o convívio social (teoria sintomática), mas, como o fato não representou nenhum risco objetivo de lesão à coletividade, ante a impossibilidade *ab initio de se consumar* (é impossível matar alguém a tiros com uma arma que não atira), a lei considera-o fato atípico. O que importa, portanto, é o risco objetivo de lesão ínsito na conduta, e não a intenção que tinha o agente, ou o perigo que ficou evidenciado em seu comportamento. Por outro lado, somente a ineficácia e a impropriedade absolutas levam à atipicidade. Assim, se um ladrão enfia a mão no bolso de alguém e não tem absolutamente nada consigo, o furto não se consumará, pois, desde o início, era totalmente impossível atingir o resultado pretendido. No entanto, se a vítima estava com o dinheiro no bolso da frente, surge uma impossibilidade meramente ocasional, relativa, devendo o autor responder por tentativa. São parâmetros que foram utilizados para ser adotada a teoria objetiva temperada.

Cleber Masson (2011), assim como Capez (2013) considera a teoria Objetiva temperada como a adotada pelo atual Código Penal. Segundo ele, para a configuração do crime impossível, e, por corolário, para o afastamento da tentativa, os meios empregados e o objeto do crime devem ser absolutamente inidôneos a produzir o resultado idealizado pelo agente. Se a idoneidade for relativa, haverá tentativa.

No crime impossível, o agente tem consciência e vontade de cometer um crime, que é impossível de se consumir por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto." (ANDREUCCI, 2019).

Portanto, para a configuração da tentativa, basta que o agente tenha agido com dolo de praticar a conduta criminosa.

É considerado absoluta ineficácia do meio, quando o agente depois de dar início aos atos executórios com a tendência de executar a infração penal pretendida, só não alcança o resultado porque utilizou meio ineficaz.

O crime impossível é também chamado de tentativa inidônea, tentativa inadequada ou quase-crime. O crime impossível é aquele que, pela ineficácia total do meio empregado ou pela impropriedade absoluta do objeto material, é impossível de se consumir. (CAPEZ, 2013).

Segundo o Autor Rogério Greco, meio é tudo aquilo utilizado pelo agente capaz de ajudá-lo a produzir o resultado por ele pretendido, é quando o agente depois de dar início aos atos de execução, tendentes a consumir a infração penal, só não alcança o resultado por ele inicialmente pretendido porque usou meio absolutamente ineficaz.

Portanto, muitas coisas que não têm a finalidade precípua de ataque ou defesa, podem ser utilizadas como meio para o cometimento de certas infrações penais, ou seja, o meio pode ser uma faca ou um revólver, um taco de golfe, pó de vidro, veneno e etc. (GRECO, 2018).

1002

Podemos imaginar que a absoluta ineficácia do meio, quando o agente pretende cometer o crime de homicídio, mas usa uma arma de brinquedo, se tornando impossível o cometimento do delito. (GRECO, 2018).

Ou ainda na definição de Hungria:

Dá-se a ineficácia absoluta do meio quando este por sua própria essência ou natureza, é incapaz, por mais que se reitere o seu emprego, de produzir o evento a que está subordinada a consumação do crime. (HUNGRIA, 1958).

São exemplos mencionados na doutrina, usar uma arma sem munição ou com a munição já detonada, ou, o daquele que, querendo causar a morte do seu desafeto por envenenamento, substitui equivocadamente, o veneno por açúcar, ou, a falsificação grosseira destinada a obtenção de vantagem ilícita, ou aquele que quer contaminar alguém com moléstia grave da qual não é portador. Portanto, é absolutamente ineficaz o meio

quando não houver qualquer possibilidade de vir a produzir o resultado pretendido pelo agente. (GRECO, 2018).

Mantendo o raciocínio referente ao artigo 17 do Código Penal, quando diz que só podemos falar em crime impossível quando o meio for absolutamente ineficaz, mas quando o meio for relativamente ineficaz, há possibilidade de causar ou não o resultado. (GRECO, 2018).

Faz - se necessário um pensamento aliado ao meio utilizado pelo agente, que se torna, mais complexo, portanto não podemos mais falar de crime impossível.

Dá-se a inidoneidade relativa do meio quando este, embora relativamente capaz de produzir o evento intencionado, falha no caso concreto, por uma circunstância acidental na sua utilização. (HUNGRIA, 1958).

Podemos ter como exemplo segundo Rogério Greco, um revólver com munição velha, que pode ou não disparar ou uma gestante objetivando interromper a sua gravidez, toma medicamento com o prazo de validade expirado. (GRECO, 2018). Portanto, quando a ineficácia do meio for relativa, estaremos diante de um crime tentado.

Segundo Greco, o conceito de objeto é tudo aquilo contra a qual se dirige a conduta do agente, ou seja, a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta do agente. (GRECO, 2018).

Podemos imaginar um exemplo, alguém que atira contra outrem, que parece dormir, quando na realidade já se encontrava morto, não comete o delito de homicídio, nesse caso o objeto é absolutamente impróprio a essa finalidade, pois só se pode causar a morte de quem esteja vivo. (GRECO, 2018).

Outro exemplo é quando a mulher, supondo-se grávida, ingere substância abortiva apta a expelir o feto, quando na realidade não existe gravidez. Sendo assim se não existe feto, não existe gravidez e, portanto, nada há o que possa ser abortado. (HUNGRIA, 1958).

A propriedade relativa do objeto acontece quando a pessoa ou a coisa contra a qual recai a conduta do agente é colocada efetivamente em uma situação de perigo, ou seja, está apta a sofrer com a conduta do agente, que pode vir ou não a alcançar o resultado por ele pretendido. Um ótimo exemplo é quando o sujeito com a pretensão de subtrair os valores de alguém e coloca a mão no seu bolso esquerdo, quando na realidade o valor estava em seu bolso direito, dessa forma, os seus pertences foram colocados em risco, a conduta do agente

seria de tentativa de furto. Mas se esse alguém não tinha nada de valor em seus bolsos, então podemos dizer que seria o caso de crime impossível, pois não existe possibilidade alguma de furto. (GRECO, 2018).

Crime impossível, segundo a sumula 145 STF: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

A súmula deixa bem claro que o flagrante preparado pela polícia é caso de crime impossível. (GRECO, 2018). Dessa forma, o doutrinador Greco, enfatiza a distinção entre o flagrante preparado e o flagrante esperado, em que no flagrante preparado o agente é estimulado pela vítima ou até mesmo pela autoridade policial a cometer a infração penal com a intenção de prender o agente ao cometer o delito. A vítima, e a autoridade policial e até terceiros que prestam esse papel são conhecidos como agentes provocadores.

Houve alteração recente no artigo 33, §1º, IV, na Lei de Drogas, Lei 11.343/2006, onde se estabelece que “nas mesmas penas incorre quem: vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”.

1004

Busca-se contornar a figura do crime impossível (art. 17, CP) e também evitar que o delito, quando quem recebe a droga, matéria-prima, insumo ou produto químico é o policial disfarçado seja considerado apenas uma tentativa. (NUCCI, 2020).

Portanto, se trata do “flagrante preparado”, ou “flagrante forjado” onde, fica bem claro que, nas circunstâncias descritas no dispositivo, não há ilegalidade na ação do agente policial disfarçado, também, não se pode cogitar a atipicidade dos fatos, uma vez que o suspeito não terá o benefício do artigo 17 do Código Penal.

Flagrante provocado, flagrante esperado e crime impossível - Flagrante provocado ou preparado é o denominado crime de ensaio, ou seja, quando um terceiro provoca o agente à prática do delito, ao mesmo tempo em que age para impedir o resultado. Havendo eficácia na atuação do agente provocador, não responde pela tentativa quem a praticou. É o disposto na Súmula 145 do STF (“Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”). Embora a súmula faça referência somente à polícia, é natural que seja aplicável em outros casos. (...)

No flagrante esperado, inexistente agente provocador, embora chegue à polícia a notícia de que um crime será praticado em determinado lugar, colocando-se de guarda. É possível que consiga prender os autores em flagrante, no momento de

sua prática. Como regra, não se trata de crime impossível, tendo em vista que o delito pode consumir-se, uma vez que os agentes policiais não armaram o crime, mas simplesmente aguardaram a sua realização, que poderia acontecer de modo totalmente diverso do esperado.

Não descartamos, no entanto, que o flagrante esperado se torne delito impossível, caso a atividade policial seja de tal monta, no caso concreto, que torne absolutamente inviável a consumação da infração penal." (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 315).

Portanto, no flagrante esperado a autoridade policial tendo um prévio conhecimento da intenção do agente de cometer o delito, o aguarda, sem estimulá-lo, e cuida para evitar a consumação do crime, nesse caso é uma possibilidade de tentativa.

Se o agente consumir a infração penal ele responderá pelo crime, pois alcançando o resultado inicialmente pretendido é porque os meios e os objetos não eram totalmente impróprios ou ineficazes. (GRECO, 2018).

Existem diferenças entre o crime impossível e o crime putativo, onde no crime putativo:

O agente crê haver efetuado uma ação delituosa que existe somente em sua fantasia; em outras palavras, julga punível um fato que não merece castigo. No delito impossível o agente crê atuar de modo a ocasionar um resultado que, pelo contrário, não pode ocorrer, ou porque falta o objeto, ou por quê a conduta não foi de toda idônea. (MAGGIORE, 1971).

Cabe aqui fazer um paralelo entre o crime impossível e o crime putativo, onde no crime impossível, o agente tem o dolo, ou seja, com a intenção de praticar a conduta criminosa, mas o meio ou os objetos são absolutamente impróprios. Contudo, no crime putativo o agente imagina que a conduta por ele praticada seja um crime, mas na verdade constitui uma conduta atípica, ou seja, não é considerado uma conduta criminosa, pois trata-se de um crime fantasiado que só acontece na imaginação do agente.

É importante também para a figura do crime impossível, fazer uma análise do alcance da **Súmula 567 do STJ** - Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto, embora a redação da súmula seja escrita de forma clara, se o agente estiver com o dolo, que é quando o agente quer ou assume o resultado. A definição de crime doloso está prevista no artigo 18, inciso I do Código Penal,

que considera como dolosa a conduta criminoso na qual o agente quis ou assumiu o resultado, de praticar um crime de furto, em um estabelecimento comercial e estiver sendo vigiado e monitorado eletronicamente, os seguranças só estão esperando o sujeito sair da loja para dar o flagrante, mas se o sujeito chega até a porta do estabelecimento comercial e joga o objeto do furto para um comparsa que espera do lado de fora do estabelecimento comercial, e furto se consuma, não havendo a configuração do crime impossível. Porém existem controvérsias, a respeito do crime impossível nesses casos, vai depender do caso concreto, a câmera por si só, ou o serviço de segurança por si só, não configura o crime impossível, apesar disso, vai depender da situação em específico, se o agente estiver com o dolo de praticar um crime de furto, em um estabelecimento comercial e estiver sendo vigiado e monitorado eletronicamente, os seguranças só estão esperando o sujeito sair da loja para dar o flagrante, nesse caso, é possível ser considerado crime impossível e a sumula 567 STJ deve ser afastada.

O entendimento da sumula é que só o aparato de segurança não torna impossível a consumação, mas de fato dificulta. Entretanto não pode ser impeditivo incondicional, portanto, é fundamental observar se o meio utilizado é relativo ou absolutamente impróprio.

Contudo, temos a aplicação do crime impossível na definição de Capez em relação a 1006 figura típica do furto.

Loja com sistema antifurto ou com fiscalização de seguranças: indivíduo que se apodera de mercadorias de um supermercado e as esconde sob as vestes, mas, ao sair, desperta suspeitas no segurança, que o aborda; agente que, ao realizar a apreensão de mercadorias, tem a sua ação desde o início acompanhada pelos seguranças do estabelecimento; sujeito que se apropria de mercadorias com etiqueta antifurto. Em todas essas hipóteses há tentativa de furto. (Capez, 2009).

Portanto, o sistema antifurto caracteriza a tentativa de furto, uma vez que iniciada a execução o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. O bem jurídico tutelado de forma imediata (patrimônio) sofreu risco de que o furto se consumasse com conseqüente prejuízo para a vítima.

Desta forma, é considerado como parâmetro de verificação, da tentativa inidônea, acontece logo posterior à conduta do agente, caracterizando a ampliação do juízo denominando a redução da tipicidade que é, quando, a relação de subsunção entre um

comportamento e o tipo legal de crime. Contudo, cabe fazer um adendo com o princípio da ofensividade que não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio.

Trata-se, em termos substanciais, de uma interferência jurídico-penalmente desvaliosa, na esfera da manifestação do bem jurídico, capaz de representar uma concreta situação de desvalor, e, conseqüentemente, consubstanciar um verdadeiro resultado jurídico. Concepção que é verificada, no caso concreto, através de um juízo ex ante, de base total, e mediante um critério objetivo normativo, nomeadamente, uma possibilidade, não-insignificante, de dano ao bem jurídico. Logo, em poucas palavras, sem ao menos uma possibilidade, não-insignificante, de dano ao objeto jurídico da norma, sem ao menos uma ofensa de cuidado-de-perigo, não podemos reconhecer a ocorrência de um legítimo ilícito penal. (D' avila, 2009, p.100)

O importante salientado pelo autor, são as variantes da probabilidade de êxito de lesão ao bem jurídico protegido na tentativa inidônea, ou seja, a possibilidade do sujeito com determinada conduta específica alcançar o resultado, e ser responsabilizado pela atuação do crime.

Ação ou omissão no Artigo 13 – Código Penal. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

1007

Porém, a tipicidade se refere a conduta do agente na definição de um fato considerado crime, como explica o autor:

A tipicidade mais do que descrição é uma conduta, é a definição de um fato considerado crime. O tipo contém, pois, uma proibição do comportamento á que ela dá os contornos. Encerra, destarte, um conjunto de elementos que enquadram o crime: o núcleo do crime, que é a ação representado pela conduta, que é um verbo (matar, subtrair); do objeto material, sob a qual incide a conduta criminosa (a “res furtiva”, o documento).” (SZNICK, p.119).

A antijuridicidade ou Ilicitude na definição do autor juízo normativo realizado sobre uma conduta que, devido a sua descrição legal, se torna um fato típico.

Representa, assim a antijuridicidade, um juízo, uma valoração de um comportamento, em regra realizada pelo legislador. A ilicitude é sempre uma valoração, um elemento axiológico. Trata-se de um juízo normativo realizado sobre uma conduta que, devido a sua descrição legal, se torna um fato típico. (SZNICK, p.120).

A culpabilidade integra, pois, o elemento subjetivo do delito, é a consciência e a vontade de realizar a conduta, quer seja diretamente querido (dolo), quer seja uma conduta realizada sem a cautela devida. A culpabilidade liga-se a parte ética do delito, ou seja, a parte humana que se liga diretamente ao autor do comportamento proibido. (SZNICK, p.120).

Contudo, com base no entendimento da legislação e também considerando o princípio da culpabilidade, onde a responsabilidade penal é subjetiva, ou seja, o indivíduo é responsável, penalmente, pelo fato por ele praticado, com dolo, ou culpa, não sendo, possível responsabilizar-se objetivamente o indivíduo pela simples produção do resultado lesivo, contudo, o direito penal fornece alternativas para redução do poder punitivo do estado.

3 ANALISE DE CASOS CONCRETOS

Nesse sentido, decidiu o STF em um habeas corpus:

(RHC 144516, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018):

A forma específica mediante a qual os funcionários dos estabelecimentos exerceram a vigilância direta sobre os acusados, acompanhando ininterruptamente todo o trajeto de suas condutas, tornou impossível a consumação do crime, dada a ineficácia absoluta do meio empregado.

1008

Trata-se de um HC, com o teor contrário a esse da súmula 567 STJ, para se ter o entendimento das hipóteses em que pode ser um crime impossível, pois o sistema de vigilância, pode sim tornar impossível a consumação do delito, uma vez que a conduta se encontra isenta de qualquer lesividade em razão de sua absoluta impossibilidade de consumação.

[...] 'A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção não aceitam a tese de que sistemas de vigilância eletrônica ou de monitoramento por fiscais do próprio estabelecimento comercial impedem de forma completamente eficaz a consumação do delito, rendendo ensejo ao reconhecimento de crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados' (HC 238.714/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 27/08/2012). [...]" (AgRg no REsp 1380176 MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 19/09/2013)

Dessa forma, esse caso traz uma compreensão do artigo 17 do Código Penal, configurado como crime impossível, baseado no conceito e nas características.

[...] 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; [...]" (REsp 1385621 MG, submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe 02/06/2015)

O sistema de vigilância eletrônico instalado em estabelecimentos comerciais como a vigilância da conduta do agente, 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, aptos a ensejar a configuração de crime impossível. Analisando o fato, quando existe risco ao bem jurídico tutelado, pois os bens em questão saem da esfera de vigilância da vítima, sendo assim, a vigilância eletrônica ou de monitoramento por fiscais do próprio estabelecimento comercial não impedem de forma absoluta a consumação do delito.

Se a pessoa estiver sendo vigiada, de forma, física e eletrônica, o sistema de vigilância torna o crime impossível? Para a solução desses casos de furto, de coisa alheia móvel, por estar sob vigilância deve ser analisado o caso em específico. Todavia considerando a possibilidade de consumação deve ser afastado o artigo 17 CP. Portanto pode ser tentativa ou

furto consumado, iniciada a execução o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, do CP). O bem jurídico tutelado, (patrimônio) sofreu risco de lesão. Risco de que o furto se consumasse com conseqüente prejuízo para a vítima (art. 155 CP). Se não existisse o sistema de vigilância (eletrônica ou física) o crime estaria apto a se consumir? Se iniciada a execução o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, do CP), então configura a tentativa.

Portanto, a definição do crime impossível, segundo o Direito Penal, delimitando-se a trabalhar uma reflexão sobre a aplicação da sumula 567 STJ, quando há tentativa de furto, ou impossibilidade absoluta de cometer o crime, para a compreensão do crime impossível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fundamental ter entendimento do crime impossível, muito utilizado no ordenamento jurídico, para melhor entendimento sobre a conduta do agente, nesse quesito do artigo 17 do Código Penal que é usado em muitas teses de defesa, mas os tribunais o configuram como tentativa. Então quando se reúnem todos os elementos da figura do crime impossível, mas por circunstâncias alheias a vontade do sujeito, impedem a materialização desse crime, devendo a sumula 567 STJ ser afastada, quando de fato é impossível a consumação do crime.

1010

Dessa forma ficou claro a conduta do agente quando há o dolo de praticar a conduta criminosa, mas a probabilidade de êxito está reduzida em grande significância na configuração do crime de furto, quando o agente está submetido ao sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial. A aplicação da tentativa inidônea depende do dolo do agente, após o início dos atos executórios, não ocorre a consumação do crime, por circunstâncias alheias à vontade do agente. Na investigação feita, portanto, conclui-se que é essencial considerar que o meio utilizado deve ser absolutamente impróprio ou, uma, absoluta impropriedade do objeto, para a realização de um evento criminoso, para determinar o crime impossível, baseado no conhecimento de que na conduta do agente deve existir o dolo. Desta forma, o objetivo do trabalho é proteger a integridade do instituto do crime impossível, garantindo a sua conservação, para frear o ímpeto de criminalização ou condenação, tendo como base o dolo, para que se possa impedir punição apurada de forma subjetiva. E que de fato a tentativa inidônea afeta a tipicidade penal.

REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 655 p.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- GRECO, Rogério. **Código Direito Penal: Parte Geral**, 20 eds. Rio de Janeiro: Ímpetos, 2018. p. 395-400.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: Rio de Janeiro: Forense, 1958. V. I, T. II p.101.
- MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. Bogotá. Temis,1971. V. I. p. 545-546.
- MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**. Parte geral, volume 1. 4 ed. São Paulo: Método, 2011. p.950.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 315.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 133.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – parte geral**. 4. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito**. Editora saraiva, 1994.p. 80.
- SZNICK, Valdir. **Manual de Direito Penal: parte geral**, São Paulo: LIV e Ed. Universitária de Direito,2002. P.117.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 13
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.