

O ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA TENTATIVA, CRIME CONSUMADO OU CRIME IMPOSSÍVEL NO FURTO SOB VIGILÂNCIA

THE STUDY ON THE APPLICATION OF THE INSTITUTE OF ATTEMPT, ACCOMPLISHED CRIME OR IMPOSSIBLE CRIME IN THE THEFT UNDER SURVEILLANCE

Adryelle Carolina de Azevedo Chaves¹

RESUMO: Tendo em vista a discussão acerca de qual instituto se aplicaria ao furto praticado com a presença de aparatos de vigilância, pesquisa-se sobre qual seria o mais correto a ser aplicado (tentativa, crime consumado ou crime impossível), a fim de alcançar a clareza sobre o estudo e a melhor aplicação ao caso concreto. Para tanto, é necessário um aprofundamento sobre a tentativa (conatus), crime consumado e o crime impossível além de todas as teorias que embasam a aplicabilidade de tais institutos, o entendimento dos principais tribunais do Brasil e o conhecimento apresentado por determinados doutrinadores sobre o assunto. Realiza-se, então, uma pesquisa pautada na norma, nos julgados e nos entendimentos doutrinários. Diante disso, verifica-se que já houve grande divergência sobre o assunto, porém os tribunais têm consolidado uma determinada concepção a respeito do tema, entretanto, ainda há inconsonâncias entre doutrinadores, o que impõe a constatação de que há que se levar primordialmente o caso concreto para a definição de qual unidade irá ser aplicável de forma mais prudente e justa possível.

1896

Palavras-Chave: Furto sob vigilância. Tentativa. Divergências doutrinárias.

ABSTRACT: In view of the discussion about which institute would apply to the theft practiced with the presence of surveillance apparatuses, it is investigated on which would be the most correct to be applied (attempt, consummate crime or impossible crime), in order to achieve the clarity on the study and the best application to the concrete case. In order to do so, a deepening of the attempt (conatus), consummate crime and impossible crime is necessary, in addition to all theories underlying the applicability of such institutes, the understanding of the main Brazilian courts and the knowledge presented by certain doctrinators on the subject. A research based on the norm, judgments and doctrinal understandings is then carried out. In view of this, it is clear that there has been a great divergence on the subject, but the courts have consolidated a certain conception on the subject, however, there are still inconsistencies between doctrinators, which requires the finding that it is necessary to take the case primarily the definition of which unit will be applied in the most prudent and fair manner possible.

Keywords: Theft under surveillance. Attempt. Doctrinal differences.

¹ Advogada, Residente da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela LEGALE Educacional, Pós-graduada em Advocacia Cível pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Pós-graduanda em Advocacia Pública pela Escola Superior de Advocacia Pública do Estado do Rio de Janeiro (ESAP) e Graduada pelo Centro Universitário de Barra Mansa, RJ.

INTRODUÇÃO

A constante mudança da sociedade em seu aspecto tecnológico e automatizado conduz a um diferente contexto social, contexto esse jurídico em que há um tipo penal específico previsto para cada delito. Considerando uma situação em que há um ilícito, ou seja, há a transgressão da norma, ao aplicar a sanção, consequência direta da violação da norma, há a necessidade que seja considerada toda mutação social advinda da sociedade no decurso do tempo. Ou seja, a aplicação da lei no caso concreto necessita de minucioso cuidado, pois deverá a lei acompanhar a transformação da coletividade como o povo, para alcançar a equidade e igualdade entre os indivíduos na aplicação da justiça.

Na seara criminal, especificamente no crime de furto, objeto de nosso estudo, a legislação atual necessita de ser interpretada considerando juntamente a crescente modernização tecnológica. Com efeito, os aparatos de vigilância tem se tornado cada vez mais comuns, com o objetivo de inibir condutas delituosas e assegurar ao proprietário/possuidor do bem móvel a segurança sobre a *res*. Com isso, mecanismos como câmeras, sistemas eletrônicos de vigilância e outros, têm alcançado seus fins propostos em maioria dos casos, o de proteger e evitar a consumação de delitos em estabelecimentos comerciais, propriedades privadas e públicas e entre outros.

Contudo, no momento de aplicação do tipo penal (Artigo 155 do Código Penal) ao caso concreto, tem se tornado objeto de discussão entre tribunais, no meio acadêmico e doutrinadores, qual seria o melhor instituto para empregar no caso de, por circunstâncias alheias a vontade do agente o crime de furto não se consumar devido à presença dos aparatos de vigilância, ou como também de pessoas que exerçam tal função (vigilantes). Aplicar-se-ia o instituto do crime impossível, do crime de furto na modalidade tentada ou do crime consumado?

Para obter as respostas desejadas, abordaremos no primeiro capítulo o estudo do instituto da tentativa (Artigo 14, II do Código Penal), suas principais características e teorias majoritárias e minoritárias reconhecidas que versem sobre a aplicação de tal instituto. Trataremos também sobre os fundamentos que fazem jus à utilização da modalidade tentada.

Em seguida trataremos do quase crime, ou como mais é conhecido, o crime impossível. O principal objetivo em aludir tal instituto é trazer através de um exame minucioso quando deve ser aplicado, as teorias que o embasam, os fundamentos que tornam essencial na esfera jurídica brasileira e as suas principais características para que seja reconhecido quando incidir no caso concreto, como também frisar que sua aplicação muito contribui para uma segurança jurídica.

Em última análise adentraremos o primordial objeto de estudo, o estudo das práticas furtivas em estabelecimentos que utilizam aparatos de vigilância. Com isso, contaremos com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, das divergências doutrinárias de renomados autores jurídicos para que haja uma melhor percepção dessa crescente situação vivenciada devido à modernização tecnológica.

2 FUNDAMENTOS DA TENTATIVA

O instituto da tentativa opera-se quando o agente (sujeito ativo) realiza as condutas necessárias para a consecução do fim almejado, ou seja, pratica atos que adentram a esfera da executoriedade de um ilícito, porém, por circunstâncias alheias a sua vontade o fim não é alcançado. Contudo houve o emprego do elemento subjetivo, o dolo, e como

também há a presença dos elementos objetivos do crime, mas não preenchidos por inteiro.

Ensina Cezar Roberto Bitencourt que a tentativa é a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. (BITENCOURT, 2008, p. 400).

Dessa forma, configura-se a tentativa, prevista no artigo 14, inciso II do Código Penal Brasileiro:

Art.14 Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Parágrafo único- Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Conforme preleciona Zaffaroni e Pierangeli a tentativa “é um delito incompleto, de uma tipicidade subjetiva completa, com um defeito na tipicidade objetiva.” (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2010, p. 59). Com isso, verifica-se que tal instituto é empregado quando há o início da execução do crime doloso, a ocorrência de circunstâncias alheias à sua vontade e a não consumação.

É fundamental para uma melhor compreensão da norma de adequação típica indireta, a tentativa, a análise de suas principais teorias que embasam a aplicação de uma sanção a um delito não consumado. Assim como, o quanto é importante tal reprimenda para a manutenção da ordem jurídica preconizada, através das funções da pena (funções positivas e negativas, referente à sociedade e ao indivíduo) pelo Estado para a proteção do seu povo.

2.1 Teorias fundamentadoras da punição da tentativa

Diante das diversas teorias existentes que visam fundamentar a punibilidade da tentativa, quatro delas tem se destacado visando conceder maior alicerce a aplicabilidade da tentativa, são elas:

2.1.1 Teoria objetiva (realística ou dualista)

O fundamento norteador de tais concepções é a necessidade de sancionar uma conduta que retirou a tutela do bem jurídico através de seus atos executórios, mesmo que não alcançando seu fim objetivado. Com isso, justifica-se o emprego da sanção inferior ao tipo penal secundário previsto na norma que a regulamenta, pois não houve por parte do agente a concretização do seu objetivo por circunstâncias alheias à sua vontade.

Em síntese, a afirmação sucinta do renomado jurista Cleber Masson merece destaque ao afirmar que “Sopesam-se o desvalor da ação e o desvalor do resultado: a tentativa deve receber punição inferior à do crime consumado, pois o bem jurídico não foi atingido integralmente”. (MASSON, 2014, p.416).

2.1.2 Teoria subjetiva (voluntarística ou monista)

A teoria subjetiva revela-se pela discordância com o motivo que leva a aplicação da forma tentada em nosso ordenamento jurídico, ou seja, a ausência do fim objetivado pelo agente delinquente quando da conduta ilícita, só sendo punível porque houve um perigo de lesão ao bem tutelado.

Para essa corrente o fundamento da punição se dá pela intenção avessa ao Direito, contrária às normas impostas à sociedade, não sendo o escopo de aplicação de tal instituto a ameaça ao bem protegido e sim a intenção imaculada do sujeito ativo tanto quando alcança o fim desejado, como quando obsta circunstâncias à sua vontade.

O emprego da teoria subjetiva ao ordenamento jurídico brasileiro não estaria de acordo com as prerrogativas inerentes ao Estado Democrático de Direito estabelecido em nossa Carta Magna, pois as concepções subjetivas harmonizam-se com um modelo de direito penal autoritário, no qual o Estado detentor da supremacia sobre o direito individual, constrangeria a coletividade (o povo) com tal poder, o que não deve ser assentido em nosso ordenamento pátrio.

2.1.3 Teoria subjetiva - objetivo (teoria da impressão)

Busca-se em tal teoria reprimir somente quando a violação da norma, a prática de um delito pelo agente ocorrer de tal forma que suste a credibilidade do ordenamento jurídico frente à sociedade.

Para Guilherme de Souza Nucci:

O fundamento da punição é representado pela junção da avaliação da vontade criminosa com um princípio de risco ao bem jurídico protegido. Como se leva em consideração a vontade criminosa e o abalo que a sua manifestação pode causar à sociedade, é facultade do juiz reduzir a pena. (NUCCI, 2015, p.169).

Desse modo, percebe-se que a sanção recai apenas quando o fato ilícito passível de punição gera uma instabilidade social tamanha que merece receber repulsão. Com isso, há diversas críticas a respeito da subjetividade excessiva existente nessa teoria, por não haver demarcação em quais tipos merecem a aplicação da tentativa, tornando a noção de instabilidade social desmedidamente vaga.

2.1.4 Teoria sintomática

Para a teoria sintomática, a punição se dá através dos atos praticados pelo agente que revelem sua periculosidade e nítida necessidade de repreensão por parte do Estado, sendo-lhe imposta não uma pena, mas medida de segurança.

Com essa visão, a periculosidade está embasada na pessoa que cometeu o delito, ou seja, no autor (ou partícipe) e não no seu comportamento/ seus atos praticados frente a uma conduta incriminadora tipificada em lei. Dessa forma, estar-se-ia cooperando para um modelo de correção que inflige o agente por sua suposta periculosidade, e não pelos seus atos praticados para a consecução da conduta ilícita, o que se poderia ocasionar também nessa teoria é a punição dos atos preparatórios considerados perigosos.

2.2 Teoria adotada pelo código penal

O Código Penal Brasileiro adotou como diretriz da norma a teoria objetiva, realística ou dualista, ao afirmar que a pena aplicada ao crime tentado deverá ser diminuída de 01 (um) a 2/3 (dois terços), conforme se apercebe pela leitura do art. 14, parágrafo único do Código Penal.

Inobstante a aplicação da teoria supracitada, excepcionalmente há a aplicação da teoria subjetiva, voluntarística ou monista, inserida após a interpretação da expressão prevista no art. 14, parágrafo único, “salvo disposição em contrário”, o que permite a aplicação em casos pontuais como o crime de evasão mediante violência contra a pessoa (CP, art. 352); o crime eleitoral em que o sujeito vota ou tenta votar mais de uma vez, ou em lugar de outra pessoa, conforme previsto no art. 309 do Código Eleitoral.

2.3 Critério para a diminuição da pena

O instituto da tentativa no momento da dosimetria realizada pelo juiz incide na terceira fase do cálculo da pena privativa de liberdade, e visa permanentemente minorar o quanto deverá ser aplicada ao réu considerando o tipo penal violado.

Importante ressaltar que a tentativa se constitui como causa obrigatória de diminuição da pena, não podendo o magistrado suprimi-la quando existente, entretanto o magistrado possui uma liberdade mitigada para atuar através dos limites de 01 (um) a 2/3 (dois terços) previstos legalmente.

Impõe-se cautela no momento da aplicação do instituto da tentativa, visto que todas as decisões do magistrado devem ser fundamentadas e que para empregar qualquer das reduções entre os patamares previstos legalmente há a necessidade de percorrer o caminho do crime (iter criminis) para avaliar de forma tangível o grau de proximidade com a consumação para somente depois efetuar a devida dosagem. No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao afirmar: “... a definição do percentual da definição da pena observará apenas o iter criminis percorrido, ou seja, tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito”.

2.4 A designação do início da execução

Toda conduta delituosa tipificada para alcançar sua consumação passa por uma sequência de etapas que são denominadas iter criminis (caminho do crime), pois fraciona-se as fases para a consecução do crime e posterior avaliação se o resultado efetivamente se consumou ou em que parte do iter criminis o delito parou de progredir para o seu fim. É na verdade o iter criminis o itinerário que antecede ao fato criminoso. Podemos afirmar que as fases do iter criminis são: (a) cogitação (cogitatio); (b) atos preparatórios (conatus remotus); (c) execução (conatus proximus); (d) consumação (meta optata). No entendimento de alguns autores o crime ainda possui uma última fase denominada exaurimento, porém, não abordaremos tal divergência doutrinária pois há o entendimento que não é necessário para afigurar o fato punível, visto que formalmente se esgota na consumação.

A cogitação, fase que inaugura os procedimentos para realizar determinado crime, surge da intenção delituosa inequívoca do autor, trata-se de um momento interno, já o

desígnio, amplamente considerado em nosso ordenamento jurídico, preceitua o momento em que o autor decide realizar a conduta incriminadora e avalia os meios efetivamente necessários para alcançá-la sem que se inicie a agressão ao bem jurídico tutelado. É oportuno dizer que as situações até aqui descritas são de foro íntimo do autor, com isso *cogitationis poenam nemo patitur* (ninguém pode ser punido por seus pensamentos), não são puníveis pelo Direito Penal pátrio.

Em seguida, vislumbra-se a fase dos atos preparatórios, fase em que se é possível avistar a exteriorização da vontade criminosa. De fato, conforme salienta Guilherme de Souza Nucci: "é a fase de exteriorização da ideia do crime, por meio de atos que começam a materializar a perseguição ao alvo idealizado, configurando uma verdadeira ponte entre a fase interna e a execução." (NUCCI, 2019, p.576).

Vale ressaltar que árdua e tênue é a distinção entre os atos preparatórios e atos de início de execução, porém necessário se faz engajar-se nessa diferenciação, pois os atos preparatórios são impuníveis, não há crime, mas importante é que há casos em que a lei os tipifica especificadamente como no art. 288 do CP, crime de quadrilha ou bando e o art. 286, CP, incitação ao crime, não incriminando a cogitação mas o fato deles (autores) se associarem para tal fim; e os atos de execução, que são puníveis visto que já adentram a esfera de ameaça ao bem jurídico protegido e com isso se não há a efetiva consumação contudo há a figura da tentativa.

Convém abordar um exemplo para a clareza da situação aqui estudada, como o caso de um crime de homicídio, o simples fato de A comprar uma arma (fase da cogitação e desígnio) e esperar em local em que sabe que o seu desafeto, pessoa B, irá passar por ali, por conhecer do seu cotidiano, B conhecendo do interesse de A em matá-lo e por temer que algo lhe aconteça não passa por aquele caminho (até então pessoa A está na fase dos atos preparatórios), porém se B passa pelo caminho e ao avistando dispara tiros contra ele estaria diante de uma situação de atos executórios, mesmo que não alcançasse o seu objetivo que era matar, tal conduta possui reprimenda legal no instituto da tentativa. Diante do exemplo apontado é notório a clareza nas diferenças existentes em tais institutos, mas no caso do furto em residência, a simples entrada do ladrão na casa com o objetivo de subtrair bens ali existentes já demonstra a dificuldade em distinguir as fases do iter criminis. Com isso, iremos abordar infra (no item 1.4.1) as teorias doutrinárias mais relevantes na distinção desse aspecto no caminho do crime.

De acordo com o jurista Nucci, a fase de execução:

É a fase de realização da conduta designada pelo núcleo da figura típica, constituída, como regra, de atos idôneos e unívocos para chegar ao resultado, mas também daqueles que representarem atos imediatamente anteriores a estes, desde que se tenha certeza do plano concreto do autor. (NUCCI, 2019, p.577).

Dessa forma, entende-se que o agente inicia a realização do núcleo do tipo, adentrando a esfera de segurança do bem tutelado e com isso, o crime já se torna passível de punição.

Constitui-se a consumação quando o delito praticado pelo agente se aperfeiçoa perfeitamente ao tipo penal incriminador, ou seja, se perfaz o conteúdo tipificado em sua totalidade, consumando assim a conduta penalmente prevista em nosso ordenamento pátrio.

2.5 Limites entre o fim da preparação e início da execução

Em realidade já foi manifesto que é muito fina a linha demarcatória entre os atos preparatórios e os atos de execução, ou seja, os atos impuníveis dos atos puníveis, respectivamente. Nesse sentido, é de suma importância salientar que havendo irreduzível dúvida por parte do magistrado se o ato configura uma mera predisposição ou se efetivamente gerou um ataque ao bem jurídico, o juiz deverá pronunciar o *non liquet*, a falta de provas, abdicando da aplicação e existência da tentativa. Portanto, existe a necessidade de expor as teorias que as qualificam para uma melhor percepção para diferenciá-las:

a) subjetiva: Os autores que a adotam afirmam que não há transição entre o fim da preparação e início da execução, o que realmente é relevante é a vontade delituosa do autor do crime de praticá-lo. Ambas punem o agente praticante do delito.

b) objetiva: Determina que o início da execução ocorre quando o agente pratica atos tipificados em lei, ou seja, quando realiza o tipo penal previsto. Conforme entendimento do doutrinador Cleber Masson "O agente não pode ser punido pelo seu mero "querer interno". É imprescindível a exteriorização de atos idôneos e inequívocos para a produção do resultado lesivo." (MASSON, 2014, p.409).

A teoria objetiva possui base para diversas correntes que surgiram. São as principais dentre elas:

2.5.1 Teoria objetivo-formal ou lógico formal

Entende que atos executórios são aqueles em que há a prática do tipo previsto na norma penal, exige que haja a realização do núcleo do tipo (verbo) da conduta incriminadora. Essa teoria surgiu dos estudos do jurista alemão Franz von Liszt.

2.5.2 Teoria da hostilidade ao bem jurídico

Afirma ser aquele que ataca ao bem jurídico retirando-o de seu "estado de paz". Os maiores adeptos dessa teoria Nelson Hungria, José Frederico Marques e Paulo José da Costa Júnior. O idealizador é Max Ernst Mayer.

2.5.3 Teoria objetivo-material

Preleciona tal teoria que são considerados atos executórios abrangentemente as condutas que praticam o tipo penal incriminador e os imediatamente anteriores a esses, valendo-se para tal percepção de um terceiro observador, que é alheio aos fatos. Dessa forma, o juiz deve valer-se da visão desse terceiro no momento da aplicação da pena. Foi idealizada por Reinhard Frank e instituída pelo Código Penal Português, conforme exposto a seguir.

São atos de execução: a) os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) os que forem idôneos a produzir o resultado típico; ou c) os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores. (Código Penal Português, artigo 22, grifo nosso).

2.5.4 Teoria objetivo-individual

Muito próxima a teoria objetivo-material por defender que os atos executórios são além dos atos praticados que dão início a ação tipificada em lei também os é os imediatamente anteriores a ele, porém não há a percepção do terceiro observador e sim a utilização do plano concreto do autor. O exemplo do jurista Cleber Masson esclarece as dúvidas existentes: “A”, com uma faca em punho, aguarda atrás de umamoita a passagem de “B”, seu desafeto, para matá-lo, desejo já anunciado para diversas pessoas. Quando este se encontra a 200 metros de distância, “A” fica de pé, segura firme a arma branca e aguarda em posição de ataque seu adversário. Surge a polícia e o aborda. Segundo essa teoria, poder-se-ia aplicar a prisão em flagrante, pela caracterização da tentativa de homicídio. Essa teoria, prelecionada por Hans Welzel, tem como importantes adeptos os renomados Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli.

Analogamente, devido a incidência do princípio da reserva legal no nosso ordenamento jurídico, no qual nos deixa assegurados que nenhum fato pode ser considerado crime sem antes existir uma lei que o enquadre, como também está precipuamente previsto em nossa Carta Magna, artigo 5º, II que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dessa forma, não se pode considerar crime e não se pode sancionar alguém sem que haja previamente previsão legal. Portanto, o critério que mais se encaixa ao nosso ordenamento pátrio é o critério lógico formal, visto que o ato tem que ser apto a consumação, destinado a produção do resultado e tem que haver o início da prática do ato constituído como crime que está previsto na norma.

2.6 Consumação

Precipuamente a consumação ou crime consumado ocorre quando o agente realiza integralmente toda conduta delituosa prevista no tipo penal, a essa tangível realização chama-se crime perfeito ou crime completo, pois houve a concretização de todas as elementares descritas na lei incriminadora. Está previsto no art. 14, I do Código Penal.

Para melhor compreensão, o crime de homicídio “matar alguém” só é consumado com a efetiva morte da pessoa por outra pessoa; o crime de furto “subtrair coisa alheia móvel” apenas se consuma quando houver um objeto móvel de determinada pessoa sendo retirado de sua esfera de conhecimento e tutela sem sua permissão, para fazer parte do patrimônio alheio de outra pessoa de forma ilícita.

3 Crime impossível

A ocorrência do crime impossível, tentativa inidônea, tentativa inadequada ou quase-crime como também é chamado, realiza-se pela ineficácia total do meio empregado ou pela impropriedade absoluta do objeto material que torna impossível a consumação, ou seja, o crime impossível ocorre quando o bem tutelado pelo ordenamento jurídico não sofre qualquer ofensa à sua esfera de proteção, destacando-se tornar um caso de atipicidade de conduta por não ensejar qualquer ameaça ao bem protegido.

O instituto ora em comento, previsto no artigo 17 do Código Penal Brasileiro que afirma: “*Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime*”, possui como natureza jurídica causa

geradora de atipicidade e não causa de isenção de pena, pois não se aplica um tipo penal frente uma ação impossível de se concretizar.

Como assevera o conceituado jurista Miguel Reale:

Enquanto no crime tentado a consumação deixa de ocorrer pela interferência de causa alheia à vontade do agente, no crime impossível a consumação jamais ocorrerá, e, assim sendo, a ação não se configura como tentativa de crime, que se pretendia cometer, por ausência de tipicidade. Dessa forma, equivoca-se o legislador ao editar: 'não é punível a tentativa' como se tratasse de causa de impunidade de um crime tentado configurado. (REALE, 1988, p.80)

Assim, temos as duas hipóteses, ou condições:

a) Delito impossível por ineficácia absoluta do meio:

Decorre de o instrumento utilizado pelo agente estar inteiramente impróprio para a consumação do delito, ou seja, com a utilização daquele instrumento há a total impossibilidade da consumação do crime. São considerados exemplos para essa situação: O arremesso de um travesseiro de plumas com o intuito de gerar lesões corporais; O uso de um revólver de brinquedo para desferir tiros em alguém e causar sua morte.

b) Delito impossível por impropriedade absoluta do objeto material:

Ocorre quando a conduta do autor não é capaz de gerar o resultado almejado e esperado pois o objeto alvo é incapaz de incorrer no resultado visado pelo agente. Um exemplo muito utilizado nas doutrinas é a ação destinada a matar alguém sendo que essa pessoa já se encontra morta, já é um cadáver.

1904

Apesar disso, os entendimentos acerca da atipicidade do crime impossível não são unânimes entre os doutrinadores, existindo posicionamentos diversos. Dessa forma, cumpre analisar as teorias elaboradas que fundamentam os diversos pensamentos diferentes existentes e em que eles se fundam, para trazer maior segurança jurídica na sua aplicabilidade. Como também, a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro em sua forma de aplicação em casos concretos.

3.1 Teorias acerca da punibilidade do crime impossível

3.1.1 Teoria objetiva

Declara que a conduta praticada pelo agente passa pelo crivo de responsabilização, levando-se em consideração os elementos objetivos e subjetivos (dolo e culpa). O elemento objetivo diz respeito a qualidade da conduta de gerar lesão, de retirar da esfera de proteção o bem jurídico e ocasionar efetivamente o dano. Desse modo, quando não há pela conduta praticada meios de se efetivar o resultado preconizado, seja pela ineficácia absoluta do meio ou pela impropriedade do objeto, dizemos estar diante de uma situação de inidoneidade, que pode ser enfrentada como inidoneidade relativa ou absoluta.

A inidoneidade absoluta ocorre quando o crime de forma alguma consegue seu resultado final, ou seja, o crime não se consuma. Entretanto, a inidoneidade relativa realiza-se pela conduta que pode atingir seu resultado, pode atingir a consumação, mas não

acontece por circunstâncias alheias a vontade do agente. A teoria em comento se subdivide em outras duas vertentes. São elas:

a) Teoria objetiva pura

Defende que independentemente do grau de inidoneidade da conduta essa sempre será considerada atípica, ou seja, não incorrerá em nenhuma sanção ao agente que a praticou, devido ao fato de não ameaçar ou lesar o bem jurídico tutelado, seja pela ineficácia absoluta do meio ou pela impropriedade absoluta do objeto material.

b) Teoria objetiva temperada ou intermediária

Para a caracterização do crime impossível para essa vertente, somente ocorre a inidoneidade aqui avaliada for absoluta, frisa-se, a atipicidade apenas incorre se a inidoneidade for absoluta. Portanto a inidoneidade relativa caracterizará a tentativa que será punível com a proporção dos atos realizados até o momento de ocorrer circunstâncias alheias à vontade do agente.

3.1.2 Teoria subjetiva

Perante essa teoria, leva-se em conta a vontade do agente em delinquir, pouco importando se a conduta é inidônea (seja ela relativa ou absoluta). Diante disso, o critério utilizado para punir o agente é a sua intenção manifesta através de sua conduta.

1905

3.1.3 Teoria sintomática

Utiliza-se da avaliação da periculosidade do agente, com isso fazem o uso do argumento que a prática da conduta incriminadora só demonstra a incapacidade do agente em obedecer a regras que é a todos impostas. Na visão dessa teoria, justifica-se, de qualquer modo, a aplicação da medida de segurança.

3.2 Teoria adotada pelo código penal brasileiro

A teoria utilizada em nosso ordenamento pátrio é a teoria objetiva temperada. Nas palavras do doutrinador Fernando Capez: "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." (CAPEZ, 2012, p. 292).

Com razão já deixou delineado o Superior Tribunal de Justiça:

O crime impossível somente se caracteriza quando o agente, após a prática do fato, jamais poderia consumir o crime pela ineficácia absoluta do meio empregado ou pela absoluta impropriedade do objeto material, nos termos do art. 17 do Código Penal. A ação externa alheia à vontade do agente, impedindo a consumação do delito após iniciada a execução, caracteriza a tentativa (art. 14, II, do CP).

3.3 Diferença entre crime impossível e outros conceitos

Cumpra registrar algumas importantes diferenças entre o quase-crime e outros conceitos instituídos com o fim de denominar uma situação específica. Primeiramente, difere o crime impossível da desistência voluntária, pois a segunda sucede pela abdicação do agente em praticar a conduta tipificada, o autor pára de praticar os atos de execução voluntariamente, só não ocorre o resultado típico devido esse comportamento do autor, é o entendimento que se depreende do art.15 do Código Penal. Por outro lado, no crime impossível não há o suspender dos atos executórios pelo agente, somente não consumando o crime pela impropriedade do objeto ou a ineficácia absoluta do meio.

No que concerne ao arrependimento eficaz é o fato do autor do delito impedir a consumação do crime, ele já praticou os atos elementares do crime que levariam a sua consumação, no entanto o agente age na intenção de evitar o resultado. Como exemplo é o caso em que o sujeito ativo envenena a vítima, objetivando o resultado morte, porém após envenenar a vítima o agente se arrepende e concede a ela o antídoto, em tempo suficiente para evitar o resultado morte. Desta feita resta plenamente cabível a punição tanto no arrependimento eficaz como na desistência voluntária, proporcional aos atos praticados pelo sujeito ativo do crime.

O crime putativo se divide em três espécies, erro de tipo, erro de proibição e por obra do agente provocador que serão analisadas especificadamente, o que contribuirá para a compreensão e distinção do instituto da tentativa inidônea.

3.3.1 Delito putativo por erro de tipo

No delito putativo por erro de tipo o agente anseia praticar um crime, possui dolo em suas ações, mas pelo desconhecimento/ erro sobre aquela realidade acaba por praticar crime impossível pela impropriedade absoluta do objeto, um irrelevante penal, como a mulher acreditando estar grávida ingere substâncias abortivas, no entanto não se considerará crime por ausência da elementar do crime de estar grávida para que se possa "provocar aborto em si mesma..." previsto no art. 124 do Código Penal.

Acrescentamos por fim a visão do mestre Cleber Masson sobre essa modalidade de delito putativo: "É o crime imaginário que se verifica quando o autor acredita ofender uma lei penal incriminadora efetivamente existente, mas à sua conduta faltam elementos da definição típica." (MASSON, 2014, p.455).

3.3.2 Delito putativo por erro de proibição

Incorre nesta modalidade o agente que acredita estar violando preceito de lei, porém não existe esse tipo penal para ser capaz de ensejar qualquer sanção a ele. O erro aqui recai sobre a ilicitude do fato, em que o sujeito ativo acredita existir, muito embora não exista.

3.3.3 Delito putativo por obra do agente provocador (também denominado como crime de flagrante preparado, delito de ensaio ou experiência)

Nesta modalidade que também é denominada crime de ensaio, crime de experiência ou flagrante provocado, o que acontece é que uma pessoa incentiva o agente a

cometer o crime, mas ao mesmo tempo age para que a conduta criminosa realizada seja descoberta antes de sua consumação, visando pegar no “pulo” a conduta incriminadora.

Insta salientar, que a prática de ludibriar alguém a realizar atos constituídos como crime para que essa pessoa seja incriminada por sua conduta reprovadora é comumente caracterizada analogamente como crime impossível, incidindo o art.17 do Código Penal, isentando o agente de pena por caracterizar meio absolutamente impossível. Todavia, se restar comprovado o meio relativamente impossível, estaremos diante da incidência da tentativa.

Por oportuno se faz a distinção entre o flagrante preparado e o flagrante esperado.

No flagrante preparado, por meio de alguém interessado na atuação ilícita do agente, há a incitação do mesmo (agente) para proceder em uma conduta criminosa, havendo assim vício em seus atos, o que torna impossível de consumir o crime. Há a interferência direta de alguém na vontade do sujeito praticante do ato criminoso, não havendo qualquer possibilidade de consumação.

Seria a situação de um policial incitar e preparar-se para interromper a consumação abordando o sujeito autor com o intuito de prendê-lo ou aplicar sanção devida aquela situação praticada. Nesse passo, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal ao afirmar no Enunciado 145 que “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”.

Já no flagrante esperado as ações intencionadas e praticadas pelo autor são de sua total responsabilidade, pois não houve incitação para que ele realizasse a prática criminosa. Contudo, ao ser informado que irá acontecer a prática do crime o policial antecede-se para o local e aguarda o início dos atos executórios para prender em flagrante delito. É válido que os policiais devem agir de forma rápida e objetiva, na primeira oportunidade em que incorrer a conduta criminosa.

Na lição de Cleber Masson: “Nessa modalidade de flagrante, não há interferência na vontade do autor, por essa razão não existe a figura do agente provocador, sendo o fato típico e ilícito e a prisão perfeitamente válida.” (MASSON, 2014, p. 290).

3.4 Crime impossível sob o aspecto processual

Na seara processual, a forma para se aplicar o instituto do crime impossível possui diferentes facetas, diante, claro, de circunstâncias que evidenciam diversidade de situações.

Como resta comprovado, o crime impossível é causa de atipicidade de conduta, não sendo considerado crime. Dessa forma, o Ministério Público ao verificar a aplicabilidade do quase crime deverá, no caso de inquérito policial, pedir pelo arquivamento do inquérito. Todavia, se pedir o oferecimento da denúncia esta deverá ser rejeitada pelo magistrado com fulcro no art. 395, III, do Código Penal, pois não há cometimento de infração penal.

Contudo, se por equívoco houver o recebimento da ação penal por parte do juiz, esta deverá ser julgada absolvendo o réu, com fundamento previsto no art. 386, III, do Código Penal, diante da situação atípica.

Da mesma forma, ao se deparar com a ação penal tramitando perante o procedimento do Tribunal do Júri em primeira fase e, sendo caso de crime impossível, o magistrado deverá segundo emana o art. 415, III do Código Penal absolvê-lo sumariamente.

4 CRIME IDÔNEO OU INIDÔNEO EM FACE DOS MECANISMOS DE SEGURANÇA

Os mecanismos de segurança, utilizados com o intuito inequívoco de trazer maior proteção sobre *res* e, sem dúvidas, demonstrar o caráter prudente do proprietário ou possuidor ao implementá-lo em suas casas e estabelecimentos para dificultar possíveis ações criminosas, é o objeto de estudo deste trabalho, bem como as divergências doutrinárias e o posicionamento dos tribunais brasileiros.

Os aparatos de segurança é um modo generalizado de nomear o sistema de monitoramento através de câmeras, alarmes, etiquetas magnéticas que, cumprindo sua função estabelecida, tem o condão de inviabilizar condutas criminosas nos lugares em que o possuem. Entretanto, no momento de aplicação do tipo penal, há que se analisar caso a caso, não a norma em abstrato e sim a sua aplicação ao caso concreto para não haver lesão ao Estado Democrático de Direito.

4.1 Considerações sobre os fundamentos do direito pátrio

4.1.1 O Estado Democrático de Direito

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, muito conhecida pela ótica de ser uma Constituição Cidadã, visto que preceituam seu texto os direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 1º, vislumbra-se a existência de fundamentos que asseguram um Estado Democrático de Direito, pois há a soberania popular, democracia representativa e participativa, a vontade do povo emanada pela Carta Magna e por último e não menos importante, um sistema de garantia aos direitos humanos.

Dessa forma, surge o Estado Democrático de Direito no âmbito das leis brasileiras porque o poder emana do povo, as leis são criadas pelo povo, mediante seus representantes eleitos, e para o povo, guardando sempre a dignidade da pessoa humana.

4.1.2 Princípios penais na aplicação da pena

Na vida em uma sociedade em que há evidentemente a proteção aos direitos humanos, diante de uma esfera democrática de direito, cumpre ressaltar que há no âmbito penal alguns princípios que regem a aplicação da lei. É certo que tais princípios surgem para evitar sanções equivocadas, penalidades exacerbadas e a injustiça.

Evidentemente, existem diversos princípios que norteiam o Direito Penal, mas serão abordados apenas os que colaboram para a pesquisa de forma incisiva.

4.1.2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

Consagrado como cláusula pétrea em nossa Carta Magna, incide em todo o processo legal, como diretamente no momento da aplicação da pena, para evitar aplicações de sentenças em que o sentimento de vingança se sobressaia e favoreça formas desumanas de se cumprir o crime. A ponderação na dosimetria da pena e a inafastável aplicação desse princípio constituem direitos inerentes ao caráter humano da pessoa. É um direito de o réu ter sua pena estipulada em consonância com a gravidade do delito cometido, suas qualidades pessoais (princípio da individualização da pena), e sua periculosidade, sempre respeitando a dignidade da pessoa humana.

Desta feita resta plenamente inconstitucional qualquer criação de tipo penal ou imposição sancionatória que violem a incolumidade física ou psíquica do réu, como também a da pena ultrapassar a pessoa do condenado alcançando suas gerações.

4.1.2.2 Os princípios da ampla defesa e do contraditório

Estão previstos no corpo de nossa Lei Maior em seu art.5º, inciso LV da CRFB/88. O que se torna uma garantia constitucional ao réu, pois diz respeito aos direitos dele ao ser processado, o direito de ser ouvido, de prestar sua versão dos fatos para posterior avaliação do juiz, direito esse de manifestar sua defesa pessoalmente e munido de defesa técnica, de seu advogado.

4.1.2.3 O princípio da proporcionalidade

A observância desse princípio assegura que a norma penal prevista será aplicada levando-se em consideração diversos fatores, como ocorre no sistema trifásico de aplicação da pena que visa individualizar dentro dos limites legais a sanção que irá ser sentenciada ao acusado.

Vale lembrar que a proporcionalidade está em todo o processo penal, norteando a criação da norma em abstrato, trazendo a proporção no momento de restringir direitos dos cidadãos em nome do interesse social, buscando encontrar um limite de restrição de direitos, sem violar preceitos fundamentais.

Portanto, os princípios instituídos na esfera do Direito Penal, tem a potencialidade de tornar mais justo e equânime todo o processo penal, desde a fase do inquérito policial até a fase de execução da pena. Por isso, devem ser observados e valorizados em todas as fases e processos necessários para sancionar um indivíduo por meio da aplicação da lei. Com essa postura, busca-se um processo justo e que respeite a dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos.

4.2 Entendimento do STF e STJ acerca do meio idôneo ou inidôneo

Um dos posicionamentos de maior relevância para todas as esferas do direito são os dos tribunais brasileiros, por serem grandes juristas capacitados e aptos a trazerem à superfície soluções de questões que necessitam maiores respaldos jurídicos. Nesse sentido, busca-se quando há muitas divergências sobre qual instituto empregar ao caso concreto a apreciação do judiciário, para analisar a situação e uniformizar o entendimento, trazendo maior segurança jurídica para os próximos possíveis julgados.

Os tribunais brasileiros no âmbito de suas competências, apreciam as demandas interpostas e através de seus julgados uniformizam suas orientações por intermédio de suas jurisprudências. Dessa forma, quando houver um caso concreto que necessita de um entendimento jurídico para ser julgada a lide, as orientações jurisprudenciais devem ser observadas.

O Supremo Tribunal Federal, a maior Corte do Brasil, tem entendido em seus julgados que a prática do crime de furto em estabelecimentos ou locais em que há monitoramento eletrônico por si só não se constitui causa de conduta inidônea, ou seja, a conduta pode ser sim sancionada, seja na modalidade tentada ou consumada.

Embora não seja o caso de repercussão geral ou súmulas vinculantes, consegue-se extrair de alguns dos julgados emanados pelo STF que “os sistemas de vigilância existentes em estabelecimentos comerciais não impedem, mas apenas dificultam a consumação do crime de furto”. É o que afirma um julgado no qual a resfurtiva era uma jaqueta de nylon

de uma loja de departamento, porém com a presença do sistema de vigilância do estabelecimento comercial não houve a consumação do delito, foi meio eficaz de dificultar a conduta criminoso, o que também não significa que institui o meio inidôneo por impossibilitar a consumação. Desse modo, estamos diante do instituto da tentativa e não do crime impossível.

Já afirma a demanda de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça que, “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”.

É evidente, que as Cortes Superiores têm prezado pelo entendimento e argumentos que não existe sistema de segurança totalmente eficaz, com a capacidade inequívoca de evitar a consumação do delito, como no caso do agente interessado em realmente efetivar o furto age movido por violência e através da luta corporal com o segurança do estabelecimento vigiado subtrai o objeto e consome sua ação. Desse modo, o Enunciado 567 do Superior Tribunal de Justiça vigora “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”.

O entendimento preconizado por ambos os tribunais, é que não há a certeza, não há a absoluta incolumidade do objeto, mesmo existindo os mecanismos de segurança. Conquanto se possa crer que sob a ação dos alarmes, das câmeras de monitoramento com vigias a todo tempo observando o que se passa nos lugares filmados, nos próprios vigilantes em seus postos resguardando a indenidade dos objetos, a maior parte dos casos não logrará êxito, visto que o agente não conseguirá consumir a subtração em tais lugares, todavia, sempre haverá o risco de que tais mecanismos não frustrem a ação delitiva, ou seja, há o risco concreto que a ação se consume, havendo uma inequívoca ameaça ao bem tutelado.

Importante ressaltar novamente que não há uma regra a ser aplicada sem levarem conta o caso concreto, pois cada situação fática demanda avaliação minuciosa para resguardar os direitos inerentes à tutela do bem e, os direitos do réu, visando sempre evitar desfechos de sentenças arbitrárias e inadequadas.

4.3 Divergências doutrinárias

Diversamente das orientações jurisprudenciais que uniformizam e trazem o sentimento de segurança das lides, são os diferentes posicionamentos dos variados doutrinadores a respeito da mesma matéria fática. Com isso, se lida com os mais diversificados pensamentos e formas de se enxergar uma melhor aplicação de um instituto, o que colabora de forma expansiva nos fundamentos dos aplicadores da lei, como também de um manifesto incontestável para prováveis viradas jurisprudenciais e possíveis reformas na legislação.

Segundo Nucci, sobre furto sob vigilância:

A resposta não comporta avaliação radical: sim ou não; somente o caso concreto, com ampla visualização dos fatos ocorridos, permitirão ao julgador uma decisão coerente pelo reconhecimento do crime impossível ou pela suanegação. (NUCCI, 2019, p. 603).

O que o penalista frisa nessa questão é que muitos tem escolhido um

posicionamento acerca do furto sob vigilância sem ao menos verificar as especialidades do caso concreto, adotando um posicionamento radical e de grandes responsabilidades, pois a ótica que deve ser adotada é a de verificar as circunstâncias daquele determinado fato em questão, sem ter um pré-julgamento sobre o melhor instituto a ser empregado sem verificar as peculiaridades fáticas.

No entendimento do Promotor de Justiça Criminal Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Não se pode reconhecer o crime impossível por absoluta ineficácia do meio quando o agente é preso em decorrência de dispositivos antifurto ou de acompanhamento de sua conduta por seguranças de estabelecimento comercial ou de câmeras, porque, nesses casos, a ineficácia não é absoluta, pois bastaria o agente, por exemplo, sair correndo ou entrar em luta corporal com o segurança para ser viável a consumação. O mesmo ocorre quando alguém tenta furtar um carro e não consegue levá-lo porque ele é dotado de alarme ou corta-combustível, pois veículo não é objeto inidôneo para ser furtado, e o autor do delito poderia ter conseguido desarmar o alarme ou levar o automóvel de alguma outra forma (empurrando, guinchando etc.). Assim, não há impropriedade absoluta, mas sim relativa, e o agente responde por tentativa de furto. (GONÇALVES, 2018, p.19).

Inobstante isso, nas palavras de Marcelo Semer:

De se notar que em certos casos o incremento dos dispositivos de segurança tende com mais facilidade e eficiência a reduzir a criminalidade do que a utilização do Direito Penal. Em relação a esta modernização da segurança pode-se aventar a prescindibilidade da punição nas tentativas de furto realizadas em grandes supermercados ou em lojas de autosserviço, sem qualquer esvaziamento na função protetiva do ordenamento. A segurança tem-se estruturado de tal forma a tornar praticamente impossível a subtração dos pertences – pelos dispositivos eletrônicos de alarme ou a vigilância das câmeras de vídeo –, mantendo protegido em grande escala o patrimônio da vítima. Não se vislumbra nestas hipóteses em tela, em que os bens estão cada vez mais protegidos, a necessidade de recorrer ao Direito Penal. (SEMER, 2002, p. 165).

Destarte, na visão de Semer, que se contrapõe ao entendimento afirmado por Nucci e Gonçalves, é que o monitoramento eletrônico é um meio hábil a impedir condutas criminosas de tal forma que inviabiliza recorrer ao Direito Penal, o que acaba por ser considerada uma conduta verdadeiramente atípica, ou seja, um meio inidôneo, incapaz de produzir efeitos jurídicos que gerem lesão a fim de provocar o Direito Penal.

A compreensão sobre o furto sob-vigilância tem acarretado uma grande demora ao trânsito em julgado das lides por haver opiniões divergentes pelos aplicadores da lei. Com efeito, um caso que merece a transcrição da ementa por ocorrer em local equipado com aparatos de vigilância:

TENTATIVA DE FURTO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SISTEMA DE VIGILÂNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Conforme jurisprudência desta Corte, o fato da acusada estar sendo vigiada, por sistema de segurança do estabelecimento comercial, não impede, por inteiro, a consumação do delito patrimonial, afastando-se, portanto, a figura do crime impossível.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1132592/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTATURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 29/09/2011)

No cenário apresentado, por intermédio das câmeras de segurança existentes e ao mesmo tempo monitorado por funcionários do estabelecimento de um hipermercado, houve o flagrante da acusada que após retirar as etiquetas magnéticas das roupas postas à venda no hipermercado, colocou-as dentro de sua bolsa, com a incontestável intenção de consumir o delito. Dessa forma, após a evidência da situação fática os funcionários do hipermercado conseguiram abordá-la no estacionamento do estabelecimento comercial.

Diante desse quadro, o juiz do 1º grau ao proferir sentença com resolução de mérito da lide afirmou ser caso de condenação. Com isso, a acusada utilizou do recurso de apelação para que o juízo *ad quem* pudesse apreciar e reformar a sentença do juízo *a quo*, o que restou reformado pela Corte estadual. Após a publicação do acórdão, houve impetração de recurso especial por parte da acusação perante o Superior Tribunal de Justiça, que através de decisão monocrática acolheu a tese da acusação, o que fez a defesa se pronunciar por intermédio do recurso de agravo regimental, tencionando pelo entendimento que seria crime impossível. Destarte, o Ministro Jorge Mussi defendeu:

A jurisprudência desta Corte já firmou posição no sentido de que o fato de o indivíduo ser apanhado antes de sair do estabelecimento comercial com as mercadorias subtraídas, devido a [sic] existência de sistema de vigilância, não é capaz de afastar a tipicidade da conduta. Na verdade, o instituto da tentativa serve exatamente para punir, embora mais brandamente, a pessoa que por circunstâncias alheias à sua vontade, não conseguiu consumir seu intento criminoso.

[...]

Assim, no âmbito da decisão agravada não se adotou em momento alguma teoria subjetiva quanto à configuração da tentativa, e sim a própria teoria objetiva asseverada pela agravante, pois, como demonstrado pela jurisprudência acima colacionada, a conduta perpetrada pela ré acarretou perigo ao bem jurídico tutelado pela norma – patrimônio –, haja vista que, como asseverado acima, havia probabilidade de causação do resultado ilícito – ineficácia relativa do meio –, sendo de rigor o reconhecimento da prática criminosa pela sentenciada, na forma tentada, devendo os autos serem remetidos ao Tribunal de Origem para prosseguir no julgamento da apelação defensiva quanto às demais matérias lá ventiladas (BRASIL, 2011, p. 04-06, grifo do autor).

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por meio do recurso especial nº 1.132.592/MG entendeu que os aparatos de vigilância juntamente com o acompanhamento contínuo dos funcionários perante as câmeras não tornaram as circunstâncias do crime inviável a propiciar a aplicação do crime impossível. Em razão disso, aplicaram o instituto da tentativa por entenderem que houve perigo de lesão ao bem juridicamente protegido. Entretanto, muitos se manifestam no sentido de que se o monitoramento eletrônico foi eficiente ao ponto de evitar a consumação do delito, estar-se-ia então diante do crime impossível, por ineficácia absoluta do meio, tendo a visão de que os mecanismos eficientes proporcionam a qualidade de absoluta inidoneidade.

Na visão de alguns doutrinadores, o que sopesa para que haja a aplicação do crime tentado ao invés do crime impossível por parte de muitos magistrados e desembargadores é o fato de acreditarem estar beneficiando a conduta praticada perante os equipamentos eletrônicos se aplicarem que houve conduta inidônea. O que resulta para muitos uma sensação de benefício ao agente praticante da conduta, tendo por consequência um sentimento geral de impunidade nas esferas judiciárias.

A esse respeito acredita Marcelo Semer ao dispor:

Do ponto de vista político, a impunibilidade do crime impossível é um incômodo. Significa manter ao largo da punição o agente que exterioriza uma manifestação delituosa, que se lança na execução de um crime com o pleno propósito de consumá-lo, apenas porque, por defeito de seu planejamento ou por circunstâncias favoráveis ao resguardo do objeto tutelado, sua ação é inidônea ou incapaz de obter o resultado pretendido. (SEMER, 2002, p. 146).

Dessa forma há o entendimento que muitos aplicadores da lei se desviam de aplicar o crime falho, por caracterizar um sentimento de impunidade frente ao fato, pois houve a intenção do agente em praticar a conduta ilícita, porém, por circunstâncias do meio ser absolutamente ineficaz (conforme seus entendimentos) não há crime capaz de ensejar sanção penal.

CONCLUSÃO

Diante do evidenciado, acredita-se que a intenção do agente em suas condutas delitivas e o grau de reprovabilidade perante a sociedade é um norteador da bússola do sistema penal. Com isso, afirma-se que as condutas praticadas que geram grande repulsa no mundo contemporâneo estão elencadas e tipificadas no código penal brasileiro, auxiliando no equilíbrio e manutenção da vida em sociedade.

Com isso, a aplicação da lei não deve gerar no corpo social um sentimento de inconformismo e aversão, visto que visa impreterivelmente conforme os ditames de um estado democrático de direito, no qual os cidadãos escolhem os seus representantes por meio de eleições, para que esses legislem de acordo com as necessidades e interesses da coletividade, sistema do quais brasileiros estão inseridos atualmente, para que haja o resguardo mínimo indispensável para o bom convívio de todos, indicando com precisão o que é e o que não é permitido.

Dessa forma, é defeso comportamentos que provoquem censura por parte do Estado, que possui como função precípua cancelar os direitos e deveres dos cidadãos para um convívio harmônico interno no país, visando propiciar um bem-estar social a todos, independentemente de qualquer distinção, como assegura a Carta Magna.

Consoante esse entendimento, no primeiro capítulo do presente trabalho fora abordado os fundamentos que tornam a tentativa um instituto utilizado e valorizado no sistema penal. Lembrando que a tentativa só é punível se realizada dentro dos atos executórios do iter criminis, não havendo punição dos atos preparatórios, que são considerados atípicos, devido a teoria adotada no Brasil que é a teoria objetiva, realística ou dualista, havendo a punibilidade na medida em que os atos executórios praticados pelo agente se aproximam do tipo penal se fosse consumado.

Indo adiante, houve específica análise do instituto do crime impossível, suas principais vertentes e adeptos, deixando claro que a tentativa inidônea ocorre quando o delito não se consuma por ineficácia absoluta do meio ou total impropriedade do objeto,

justificando assim a não punição pela sua prática.

No terceiro capítulo, a temática do trabalho foi abordada de forma mais direta e centrada, trazendo aspectos relevantes da esfera do judiciário para julgar a lide quando se trata de crime de furto sob vigilância, apresentando os aspectos controversos e os consolidados dos tribunais. Como também, houve a exposição de pensamentos diferentes acerca da aplicação do mais justo instituto a ser empregado, na visão de alguns doutrinadores brasileiros.

Haja vista todo o exposto é necessário enxergar que cada situação vivenciada no mundo real, ou seja, no mundo dos fatos, para ser tipificada deve-se olhar atentamente o caso concreto e vislumbrar suas especificidades antes de padronizá-lo dentro de um tipo penal seja qual for o instituto. Somente desse modo, haverá justiça e um correto enquadramento da conduta delituosa, seja através da tentativa, da percepção que se efetivamente caracterizou-se o consumo do delito, ou seja, através da tentativa inidônea. Portanto, embora a existência da súmula 567 do Superior Tribunal de Justiça, conforme acima já mencionada, traz uma segurança para que não haja a impunibilidade de agentes que subtraíam bens alheios móveis na presença de aparatos de vigilância, deverá sempre levar em consideração as especificidades de cada caso, para que haja uma resolução justa da lide.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Volume 1, parte geral.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.132.592/MG**. Tentativa de furto. Estabelecimento comercial. Sistema de vigilância. Crime impossível. Inocorrência. Precedentes do STJ. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Agravante: Michele Moura da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgamento 20 set. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17671352&num_registro=200901253280&data=20110929&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 02/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 567. 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. **Diário da Justiça**: seção 3, Brasília, DF, edição nº 1919, 29 fev. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120).

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: Parte geral**. , 8.ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Vol. 1.

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional**. 5. Ed. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NOGUEIRA, Fernanda Souza Carmo. **Tentativa inidônea em decorrência de aparatos de vigilância**. 2011. 71 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIMENTEL, José Manuel Meneres Sampaio. **Código Penal Português**. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/319744/details/normal?l=1>> Acesso em: 14/06/2019

REALE JÚNIOR, Miguel. **Parte Geral do Código Penal** — nova interpretação. São Paulo, Revistados Tribunais, 1988.

SEMER, Marcelo. **Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Da tentativa: doutrina e jurisprudência**.

9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.