

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença prolatada pela MMª. Juíza Federal Edna Márcia Silva Medeiros Ramos, da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que acolheu os Embargos Declaratórios opostos pelo *Parquet*, para fazer incidir sobre as penas impostas aos réus EDUARDO ANTÔNIO PESSOA RIOS e MARCELA SALUSTIANO DO NASCIMENTO a causa de diminuição de pena prevista no art. 14, II, do Código Penal.

2. De acordo com os termos da denúncia:

Os denunciados, com vontades livres e conscientes, bem como em unidade de desígnios, mediante o uso de fraude, furtaram dinheiro representado em cédulas de terminais de auto-atendimento da Caixa Econômica Federal.

Os denunciados, no dia 2 de abril de 2005 adentraram a Agência da 515 Sul da Caixa Econômica Federal e instalaram dispositivos de metal conhecidos como “régua” em dois terminais de auto-atendimento, um em cada terminal.

As “régua” impediram os clientes que naquele momento utilizaram os terminais de auto-atendimento tivessem acesso ao dinheiro que haviam sacado, na medida em que retiveram as cédulas sem que eles percebessem, induzindo-os em erro e fazendo-os crer que havia algum defeito nos terminais.

Os denunciados foram presos em flagrante quando deixavam a agência com as cédulas retidas pela “régua” instalada em um dos terminais, as quais já estavam em seu poder, no bolso da bermuda vestida por EDUARDO, e totalizavam R\$ 292,00 (duzentos e noventa e dois reais).

O furto das cédulas retidas pela “régua” instalada no outro terminal não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos denunciados, os quais, constatando que haviam sido notados, evadiram-se rapidamente da agência, sem retirar a “régua”, oportunidade em que foram presos em flagrante por um policial civil que presenciou o ocorrido.

Neste outro terminal, presas à “régua” que não chegou a ser retirada, foram encontradas cédulas que totalizavam a quantia de R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais), a qual havia sido sacada pelo correntista ÉDSON DA SILVA (fl. 67).

A Polícia Civil encontrou, na pousada em que os denunciados estavam hospedados, outras régua sobre um jornal com a tinta preta fresca e a quantia de R\$ 600,00 (seiscentos reais).

A Caixa Econômica Federal informou que os prejuízos causados pelos denunciados chegam a R\$ 970,00 (novecentos e setenta reais) (fl. 61).

Os denunciados eram capazes à época dos fatos, possuíam consciência da ilicitude e deles se exigia condutas diversas.

Estão incurso, portanto, nas penas do artigo 155, § 4º, II, uma vez, e, uma vez, nas penas do artigo 155, § 4º, II c/c o artigo 14, II, na forma do artigo 70, todos do Código Penal.

Tais as circunstâncias, requer o Ministério Público Federal a instauração de ação penal com o recebimento desta denúncia, citando-se os denunciados para todos os atos do processo, intimando-se as

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005.34.00.011877-5/DF

testemunhas abaixo arroladas, e a condenação dos denunciados nos termos dos dispositivos indicados (fls. 02/04).

3. A Juíza *a quo* entendeu que os Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público Federal mereceram ser acolhidos, dentre outras medidas, para fazer constar a causa de diminuição de pena prevista no art. 14, II, do Código Penal, e para, por conseqüência, fixar a pena em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

4. O Ministério Público Federal alega, em síntese, que: **a)** a sentença é contraditória, pois a redução da pena pela tentativa é absolutamente incompatível com a aplicação do instituto do concurso formal; **b)** aplicar a regra de redução pela tentativa é inverter a regra prevista para o concurso formal; **c)** deve prevalecer a sentença original.

Requer o restabelecimento da sentença original (fls. 288/289).

5. O *Parquet*, em parecer da lavra do Procurador Regional da República Paulo Roberto de Alencar Araripe Furtado, opina pelo provimento do recurso de apelação (fls. 307/311).

6. É o relatório.

7. Ao eminente Revisor em 2/10/2008.

VOTO

O EXMO. SR. JUIZ TOURINHO NETO (RELATOR):

1. Consoante sentença prolatada às fls. 275/276, a Magistrada de primeiro grau reconheceu a causa geral de diminuição da pena prevista no art. 14, II, do Código Penal, ao acolher os Embargos de Declaração opostos pelo *Parquet*.

Assim decidiu:

(...).

Assiste razão ao Embargante

*Verifica-se, de fato, que a individualização da pena deixou de observar a **diminuição pela tentativa**. Nesses termos, considerando o iter criminis percorrido, da pena-base deverá ser **subtraído** 1/3 (um terço), como dispõe o art. 14, II e parágrafo único do Código Penal.*

Assim, dos 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão inicialmente fixados, resta a pena provisória estabelecida em 01 (hum) ano e 08 (oito) meses, da qual aumenta-se de 2/6 (dois sextos) em face do concurso formal; como determinou a sentença embargada, restando definitivamente fixada em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses.

*Os mesmos reflexos atingirão a pena de multa, cujo cálculo importa da pena definitiva de **26 (vinte e seis) dias multa**.*

*3.- Quanto à substituição da pena, o critério para cumprimento das horas de trabalho relativamente à prestação de serviço à comunidade **é o que estabelece a própria lei** (CP art. 46, § 4º), ou seja, se a pena privativa de liberdade for superior a 01 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em período nunca inferior à metade daquela, razão pela qual deve ser expurgado da sentença o prazo de 01 (um) ano (item 17, alínea "a").*

3.- Por fim, tenho por bem suprimir do julgado a substituição da prestação de cestas básicas pelo comparecimento mensal em Juízo, quanto à ré Marcela dos Santos, tendo em vista que a atual situação econômica da sentenciada e que permitiria a alteração dos critérios fixados, poderá ser aferida pelo Juízo da execução, em audiência admonitória oportunamente designada. O comparecimento mensal à sede do Juízo para justificar suas atividades, ademais, é medida que se impõe, sem prejuízo das demais condições.

- III -

*3.- Por todo o exposto, **ACOLHO** os Embargos opostos para (a) fazer constar a diminuição da pena pela tentativa, alterando a reprimenda para **02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias multa**; (b) suprimir o lapso temporal fixado quanto à **prestação de serviço à comunidade aplicada aos réus (fl. 269, item 17, alínea "a")**, cujo cumprimento deverá observar o parâmetro legal (CP art. 46, § 4º); e (c) suprimir da sentença a substituição da prestação de cestas básicas em relação à ré Marcela Salustiano dos Santos pelo comparecimento mensal em Juízo para justificar suas atividades (fls. 275/276). (destaques do original)*

Dessa sentença, o Ministério Público Federal, irresignado, opôs novos embargos de declaração, pretendendo ver restabelecida a sentença original.

Sustenta ter havido **contradição** no julgado, "na medida em que a redução da pena pela tentativa é **absolutamente incompatível** com a aplicação do instituto do concurso formal",

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005.34.00.011877-5/DF

por ter reconhecido a causa de diminuição e, logo em seguida, o concurso formal, sem considerar a existência de dois delitos (furto qualificado consumado e furto qualificado tentado) (destaque do original).

Na sentença original, a Juíza *a quo* havia entendido que os delitos foram cometidos sob a abrangência do concurso formal, *in verbis* (fl. 267):

*(...) De resto, no que respeita a adequação típica, devem os réus ser condenados nas penas previstas no art. 155, § 4º, II e IV c/c com o art. 14, II, na forma do art. 70, por isso que a eles devem ser aplicadas as regras do **concurso formal**. Assim, quando no mesmo comportamento se infringe várias vezes a mesma norma (in casu) ou normas diversas, há concurso formal (art. 70). Havendo concurso formal homogêneo (in casu), a pena a ser aplicada é a de um dos delitos, aumentada de um sexto até a metade. (Cód. Penal interpretado, pág. 459, Julio Fabbrini Mirabete).*

2. Dispõe o art. 70 do Código Penal:

Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais resultados ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade). As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam em desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Concurso formal, como se sabe, é o instituto de direito penal que prevê amenização da pena para o agente que pratica mais de um crime por meio de uma única conduta. Questão de política criminal, substitui o sistema do cúmulo material, qual seja, a soma das penas impostas ao réu, pelo sistema da exasperação - a pena do crime mais grave é aumentada de 1/6 (um sexto) até a 1/2 (metade), ou, se tratando de delitos iguais, somente a de um deles, em idênticos patamares.

Na hipótese dos autos, os réus subtraíram dinheiro dos caixas eletrônicos da Caixa Econômica Federal, utilizando-se, para tanto, das chamadas "réguas", dispositivos que impedem a passagem dos valores sacados pelos clientes. Foram detidos com as cédulas oriundas do primeiro furto, na iminência de cometerem o segundo. Nota-se, portanto, que se trata de dois crimes, nas modalidades consumada e tentada, já que, nessa última, houve interrupção do *iter criminis* devido a circunstâncias alheias às vontades dos agentes.

3. O concurso formal homogêneo (crimes descritos na mesma figura típica), situação dos autos, é incompatível com a diminuição de pena pela tentativa. De acordo com a regra do art. 70 supramencionado, o magistrado, em casos tais, deve aplicar a sanção do delito mais grave, aumentada de 1/6 (um sexto) até a 1/2 (metade).

Sob esse aspecto, torna-se claro o equívoco inserto na segunda sentença, às fls. 275/276, por fazer incidir o art. 14, II, do Código Penal. A Juíza *a quo* deveria ter observado a atenuante da tentativa apenas para o crime correspondente. A regra do concurso formal deveria incidir posteriormente, aumentando-se somente a pena do delito mais grave.

Considero, por esse motivo, falho o critério utilizado, uma vez que, ao aplicar a causa de diminuição da pena pela tentativa, reduziu, de pronto, a pena-base fixada na primeira sentença, de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, sem proceder à separação dos delitos.

A prevalecer esse entendimento, dá-se o inverso preconizado no art. 70 do Código Penal, ou seja, incide o concurso formal sobre o crime menos grave, como bem frisou o *Parquet* nas razões recursais (fls. 282).

No mesmo sentido é o parecer ministerial:

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2005.34.00.011877-5/DF

(...) Assim, equivocou-se o MM. juízo a quo, ao aplicar a pena do crime menos grave, ou seja, a do crime tentado, agindo em descompasso com a norma legal (fls. 307/311).

Portanto, corroborando o entendimento do *Parquet*, entendo necessário o restabelecimento da primeira sentença, prolatada às fls. 263 a 269, no tocante ao aumento da pena do crime consumado, em decorrência do concurso formal, pois, segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci, nessa espécie de concurso, “o agente tem em mente só uma conduta, pouco importando quantos delitos vai praticar; por isso, recebe a pena do mais grave com o aumento determinado pelo legislador”.

4. Pelo exposto, dou provimento à apelação do Ministério Público Federal, para restabelecer a sentença prolatada às fls. 263/269.

5. É o voto.