

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.450 - RJ (2015/0073105-7)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**

**RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECORRIDO : MAKLEY DA SILVA GONCALVES**

**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

## **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO interpõe recurso especial em face de acórdão que deu provimento ao recurso da defesa para desclassificar a conduta delitiva para furto tentado.

O recorrido, Makley da Silva Gonçalves, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 155 do Código Penal, em razão dos seguintes fatos, *in verbis* (fl. 2):

*No dia 11 de setembro de 2012, por volta de 15 horas, na Rua Santa Clara, Copacabana, nesta comarca, o denunciado, livre e conscientemente, subtraiu para si um aparelho de telefone celular Apple de propriedade de Christiane Grunewald.*

*Com efeito, a ofendida caminhava pela rua quando foi abordada pelo denunciado, que dela arrebatou o telefone celular e saiu correndo em direção à praia.*

*Não obstante, o denunciado acabou por ser detido em flagrante e conduzido à delegacia policial, uma vez que o furto havia sido comunicado a guardas municipais que se achavam baseados na Rua Constante Ramos, para onde a ofendida se dirigiu e ingressou em uma viatura para o fim de realizar buscas do autor do crime.*

*Os guardas e a vítima se dirigiram até as proximidades do hotel Copacabana Palace tendo sido o denunciado localizado junto a quiosques, acabando por ser detido após ser identificado pela ofendida, sendo certo que o aparelho subtraído fora localizado dentro de suas vestes.*

*Assim agindo, está o denunciado incurso nas sanções do art. 155 do Código Penal.*

Instruído o feito, foi julgada procedente a pretensão acusatória para condenar o réu à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, substituída por restritiva de direitos.

Inconformada, a defesa apelou.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso para, reconhecendo a forma tentada (art. 155, c/c art. 14, II, do CP), condenar o réu à pena de 9 meses de reclusão e pagamento de 8 dias-multa.

Nas razões recursais, com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição

# *Superior Tribunal de Justiça*

Federal, aponta o recorrente divergência jurisprudencial e violação dos arts. 155 e 14, I, ambos do Código Penal. Argumenta, em síntese, que, *para consumação do furto, como cediço em doutrina e na pacífica jurisprudência das Cortes Superiores, basta o desapossamento da coisa subtraída, que se dá com a cessação da clandestinidade, não sendo necessário que o infrator tenha a posse para usar, gozar, fruir e dispor plenamente da coisa subtraída* (fl. 272).

Requer, assim, o provimento do recurso, *para que seja reconhecida a consumação do delito tipificado no art. 155, caput, do Código Penal, com o afastamento da causa de diminuição de pena da tentativa e readequação da sanção* (fl. 279).

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso (fl. 321):

*Recurso especial. Crime de furto. Consumação. Desnecessidade da posse tranquila da coisa subtraída. Simples inversão da posse. Teoria da Amotio. Impossibilidade de reconhecimento da forma tentada. Jurisprudência pacífica no STJ.*

*Precedentes. Parecer pelo provimento do recurso especial.*

Recebido o recurso especial como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.524.450 - RJ (2015/0073105-7)

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

O presente recurso especial, submetido ao rito dos recursos repetitivos, versa sobre questão de direito comum a inúmeros recursos especiais que se encontram represados na origem: o momento consumativo do delito de furto.

Os fatos encontram-se devidamente delimitados na sentença (fl. 164):

*O crime alcançou a consumação, uma vez que o telefone celular foi alijado da esfera de vigilância da vítima, ocorrendo a inversão da posse do objeto, com a retirada, ainda que por pouco tempo, do poder de disposição sobre o mesmo.*

O Tribunal *a quo* deu provimento à apelação do Ministério Público para reconhecer a tentativa delitiva pelos seguintes fundamentos (fl. 246):

*A Defesa requer o reconhecimento da tentativa, com incidência da fração máxima de redução.*

*Para a consumação de delitos contra o patrimônio não basta a apprehensio da res pelo agente, não bastando que esta saia da esfera do alcance visual do lesado, sendo necessário que ocorra o assenhoramento do autor sobre o bem subtraído, sendo necessário que a coisa passe a integrar o patrimônio do agente, podendo este usar, gozar, fruir e dispor da coisa subtraída, como se fosse dono.*

*Verifica-se que houve a perseguição imediata do apelante pela vítima, que posteriormente contou com o auxílio da Polícia. O Policial informou que havia um colega seu com contato visual com o réu pela descrição física dada pela vítima, por ocasião da perseguição.*

*Considerando que o bem foi localizado, verifica-se que o apelante não teve a plena disponibilidade dos bens.*

*Nesse diapasão, há que se reconhecer que o delito não saiu da esfera da tentativa devendo, portanto, ser aplicada a redução mínima pela incidência do crime tentado, eis que a mesma é a que se mostra em consonância com o iter criminis percorrido, considerando que o mesmo foi bastante elevado e os apelantes ficaram bem próximos de alcançar a consumação do delito.*

Cinge-se a controvérsia ao momento consumativo do delito de furto, essencialmente sobre a necessidade de que a *res furtiva* saia da esfera de vigilância da vítima, tendo o agente a sua posse mansa e pacífica, ou a mera inversão da posse para que se considere consumado o crime de furto (e conseqüentemente o de roubo).

A discussão foi dirimida, como cediço, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 102.490/SP, Relator Ministro Moreira Alves, em 17/9/87, publicado em 16/8/91.

# Superior Tribunal de Justiça

Confira-se a ementa do julgado:

*Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. - Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 102490, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/1987, DJ 16-08-1991).*

Na ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, superando a controvérsia em torno do tema, consolidou a adoção da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*), segundo a qual se considera consumado o delito de furto quando, cessada a clandestinidade, o agente detenha posse de fato sobre o bem, ainda que seja possível à vítima retomá-lo, por ato seu ou de terceiro, em virtude de perseguição imediata.

Pela brilhante exposição dos fundamentos, indispensável a transcrição dos seguintes excertos do mencionado *leading case*:

[...]

*Quatro são as principais teorias que procuram caracterizar o momento da consumação do furto (e, conseqüentemente, se aplicam, nesse particular, ao roubo):*

a) - a teoria da *contractatio*, para a qual consumação se dá pelo simples contato entre o agente e a coisa alheia;

b) - a teoria da *apprehensio*, (para outros, *amotio*), segundo a qual se consuma esse crime quando a coisa passa para o poder do agente;

c) - a teoria da *ablatio*, que tem a consumação ocorrida quando a coisa, além de apreendida, é transportada de um lugar para outro; e

d) a teoria da *illatio*, que exige, para ocorrer a consumação, que a coisa seja levada ao local desejado pelo ladrão para tê-la a salvo.

*Nos países cujos Códigos Penais usam para caracterizar o furto e o roubo, de expressões como "subtrair" ou "tomar" – assim, na Alemanha e na Espanha – predomina, na doutrina e na jurisprudência, a utilização da teoria da *apprehensio* (ou *amotio*), em que é necessário apenas que a coisa passe, por algum espaço de tempo, para o poder do ladrão, ainda que não seja transpostada para outro lugar, nem usada por ele. Na Alemanha – em que a*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*ação que caracteriza o furto e o roubo é a Wegnahme (subtração, tomada) –, é francamente dominante a teoria da apprehensio (ou da amotio) sustentada, entre outros, por MEZGER (*Strafrecht, II - Besonderer Teil*, 6ª ed. § 45, 2, pág. 124, Munchen und Berlin, 1958), WELZEL (*Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., § 48, 2, "b", pág. 349, Berlin, 1969), SCHOENKE-SCHROEDER (*Atrafgesetzbuch*, 11ª ed. § 242, IV, pags. 975/977, Munchen und Berlin, 1963), PETERS-PREISENDANS (*Strafgesetzbuch*, 27ª ed., § 242, 4, págs. 427/428, Berlin, 1971). Todos eles salientam que, para consumir-se o furto (e também o roubo) basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-lo ("Vollendet ist der Diebstahl, wenn es dem Tater gelungen ist, fremden Gewahrsam zu brechen und neuen Gewahrsam zu begründen", acentuam PETERS-PREISENDANZ, *ob. cit.*, § 242, 4, pág. 427). **E se o ladrão já se encontra em fuga, ainda que perseguido logo após o roubo, ele obviamente já consumou o crime, pois é indiscutível que fez cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa (que, por isso mesmo, tenta, por si ou por terceiro, retomá-lo), tendo-o para si.***

[...]

**O problema, portanto, é saber quando é que ocorre o início da posse do ladrão pela apreensão, e, conseqüentemente, a extinção da posse pela vítima.**

Alguns autores – como ANTOLISEI (*ob. cit.*, pág. 211) – sustentam que a posse tem, no direito penal, conceito diverso da posse no direito civil. E, com base nisso, caracterizam a apreensão (ou seja, o apossamento pelo ladrão) como entendem que deveria ser ela caracterizada. Por isso, ora aludem a que o apossamento só se verifica quando há disponibilidade autônoma da coisa pelo ladrão, ora se referem à necessidade, para ocorrer o apossamento, de que a coisa tenha saído da esfera de vigilância da vítima.

A essa posição – a de que o conceito de posse no direito penal é diverso do conceito de posse no direito civil – há uma objeção que se me afigura irrespondível, e que é assim sintetizada por FOSCHINI (*ob. cit.*, pág. 25), com apoio nos trabalhos específicos de PANAIN e de VERNA:

[...]

**Com efeito, se a lei penal não tem elementos de que se possa extrair, indubitavelmente, um conceito penalístico de posse diverso do que lhe dá o direito civil – e essa ausência de elementos ocorre, indiscutivelmente, no furto e no roubo –, não tem sentido que, em se tratando de direito penal cuja segurança dos conceitos é garantia indispensável à liberdade, se deixe ao critério subjetivo da doutrina ou dos juízes a fixação do que vem a ser posse para o direito penal, ao invés de observar a sua disciplina legal no campo do direito – que é o civil – onde se elaborou esse conceito. [...]**

No Brasil, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (*Lições de Direito Penal, Parte Especial*, arts. 121 a 212, n.º 279, pág. 264, Rio de Janeiro, 1983), ao tratar do objeto da tutela jurídica em se tratando de furto, e depois de salientar que a propriedade é atingida pela subtração e a posse pela

# Superior Tribunal de Justiça

apropriação, reconhece que:

*"Para o conceito de propriedade e de posse, deve buscar-se a noção de Direito Civil. Não existem conceitos de posse e propriedade peculiares ao Direito Penal".*

Ora, em direito civil brasileiro, há posse da coisa quando ocorre, de fato, o exercício de poderes inerentes à propriedade (art. 485 do C. Civil); ela se adquire inclusive por apreensão (art. 493, I) e se perde, também, "pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido, ou reintegrado em tempo competente" (art. 520, IV), sendo certo ainda que não induzem posse os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência, ou a clandestinidade (artigo 497), e que o possuidor esbulhado poderá restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo (artigo 502).

*Por aí se vê, sem maior esforço, que, para haver a aquisição da posse por apreensão e a consequente perda da posse contra a vontade do antigo possuidor, é preciso que se tenha poder de fato sobre a coisa, imediatamente depois de cessada a clandestinidade ou a violência, tanto assim que o possuidor esbulhado e, portanto, o que perdeu a posse pela apreensão de outrem) poderá restituir-se (o que implica dizer: recuperar a posse) por sua própria força, se agir imediatamente, ou após breve intervalo de tempo. Por isso diz CLÓVIS BEVILAQUA (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol. 3, 3ª. ed., pág. 31, Rio de Janeiro, 1930) – para quem logo só devia ser entendido como *in continenti*, não admitindo (ao contrário da doutrina dominante o breve intervalo que:*

*"O desforço deve ser ato contínuo, imediato. Se se trata de coisa móvel, o esbulhado pode perseguir o esbulhador, que procura fugir com o objeto, e retomar-lho".*

*O esbulho se concretiza com a tomada violenta ou clandestina do objeto no instante em que cessou a violência ou a clandestinidade, e o ato de perseguição e retomada já constituem etapas da reintegração na posse por desforço imediato. Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição – não fosse a legitimidade do desforço imediato – seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão.*

*Com base em que, senão no arbítrio, se poderá pretender, no Brasil, que alguém quando subtrai coisa alheia por ato violento ou clandestino, cessada a violência ou a clandestinidade, ainda não é possuidor, mas meramente detentor enquanto não sair da esfera de possibilidade de vir a ser seguido, de imediato, pela vítima? O Código Civil é categórico no sentido*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*de que há, nesses casos, posse imediatamente após a cessação da violência ou da clandestinidade, tanto é assim que o esbulhado pode recuperar a posse perdida se a retomar do esbulhador ainda que em virtude de perseguição imediata. E o Código penal não caracteriza o furto como subtração de coisa alheia móvel com fuga feliz..., que a tanto vale dizer – sem apoio em qualquer penal, ou não – que não há subtração sem posse tranquila.*

*Se o ladrão em fuga, embora perseguido – e a perseguição pode prolongar-se por tempo dilatado –, pode, inclusive, destruir a coisa em seu poder por ato seu de vontade, é possível pretender-se que ele não tenha disponibilidade autônoma dessa mesma coisa?*

*Para sustentar o contrário, NELSON HUNGRIA (Comentários ao Código Penal, vol VII, 4ª edição, n.º 7, págs. 25 a 27, Forense, Rio de Janeiro, 1980), sem demonstrar que, em nosso direito, há um conceito especial de posse no direito penal (e não há), criou um sistema possessório próprio, totalmente contrário ao único existente na legislação do país que é o do direito civil, com a criação de conceitos novos – assim, o de "posse exclusiva e sossega do ladrão" como meio de "perda da posse, em desfalque de domínio"; e – o que é pior – com incoerências sérias, como a afirmação de que "enquanto dura a perseguição..., não se pode dizer que o proprietário haja perdido a posse da coisa, isto é, que tenha cessado a sua posse para instaurar-se a do ladrão" e que é incompatível com a que se lhe segue, segundo a qual "...não é espoliado patrimonialmente o dominus que, atacado na sua posse, a defende in continenti e a retoma", e isso porque só se retoma posse que se perdeu, e o proprietário perseguidor não a teria perdido...O mais curioso, porém, é que, depois de NELSON HUNGRIA dizer que para haver perda da posse pela vítima é preciso que o ladrão tenha a possibilidade de disposição livre e tranquila da coisa, considera, no entanto, consumado o furto "da criada que sub-repticiamente empolga uma jóia da patroa e a esconde no seio ou mesmo nalgum escaninho da casa, para, oportunamente, sem despertar suspeitas, transportá-la a lugar seguro", hipótese em que a criada não tem, obviamente, a possibilidade de disposição livre e tranquila, e hipótese em que, para o nosso sistema jurídico (a posse só surge quando cessa a clandestinidade), haveria, aí, sim, mera detenção. E com o reconhecimento de consumação do furto nesses casos, acaba o requisito de que a coisa saia da esfera de vigilância da vítima, requisito esse que é o complemento indispensável da posse sossegada como meio de apreensão capaz de determinar a perda da posse do lesado (grifei).*

Encontra-se pacificado, desde então, pelos Tribunais Superiores o entendimento de que se considera como consumado o delito de furto, assim como o de roubo, no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessária a posse mansa e pacífica ou desviada do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial.

Por oportuno, confirmam-se recentes precedentes desta Corte:

# *Superior Tribunal de Justiça*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. FURTO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA POSSE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

1. *A consumação do crime de furto se dá no momento em que a coisa é retirada da esfera de disponibilidade da vítima e passa para o poder do agente, ainda que por breve período, sendo prescindível a posse pacífica da res pelo sujeito ativo do delito.*

2. *No caso concreto o furto ocorreu em sua forma consumada, pois após a subtração de um hidrômetro, a polícia militar foi acionada e, deslocando-se pelas imediações do local do crime, localizou o paciente portando a res furtiva.*

3. *Habeas corpus não conhecido* (HC 220.084/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014).

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FURTO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME. VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO DESPROVIDO.*

- *A pretensão da defesa ao alegar que inexistem provas suficientes para a condenação do recorrente, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, por demandar profundo revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos.*

- *O delito de furto ou roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da res, ainda que não tenha tido posse tranquila, sendo desnecessário que o bem saia da esfera da vigilância da vítima, ou mesmo que o bem seja retomado por perseguição policial.*

- *Inviável o apelo nobre quando não demonstrada a sugerida divergência jurisprudencial nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.*

*Agravo regimental desprovido* (AgRg no AREsp 493.567/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 26/8/2014, DJe 10/9/2014).

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. CONSUMAÇÃO DO CRIME DE FURTO. POSSE TRANQUILA DA RES. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

1. *O entendimento pacificado nesta Corte, que considera consumado o crime de roubo, bem como o de furto, no momento em que o agente se torna possuidor da res furtiva, ainda que haja perseguição policial e não obtenha a posse tranquila do bem, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.*



# Superior Tribunal de Justiça

2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1346113/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/4/2014, DJe 30/4/2014).

E do Supremo Tribunal Federal:

*HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO UNÂNIME DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FURTO A RESIDÊNCIA MEDIANTE ESCALADA. MOMENTO DE CONSUMAÇÃO DO DELITO DE FURTO.*

1. *Para a consumação do furto, é suficiente que se efetive a inversão da posse, ainda que a coisa subtraída venha a ser retomada em momento imediatamente posterior. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.*

2. *Ordem denegada* (HC 114329, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 1/10/2013, DJe 18/10/2013).

*HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO CONSUMADO. RECONHECIMENTO EM SEDE DE RESP. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ORDEM DENEGADA. O Superior Tribunal de Justiça ateve-se à questão de direito para, sem alterar ou reexaminar os fatos, assentar a correta interpretação do art. 14, II, do Código Penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada “esfera de vigilância da vítima” e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da res furtiva, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata. Precedentes. O princípio constitucional da individualização da pena não tem relação com a definição do momento consumativo do delito. Writ denegado (HC 108678, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/4/2012, DJe 10/05/2012).*

Destarte, encontrando-se o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte, deve ser reformado.

Assim, delimito a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: *Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição do agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.*

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado.

Comunique-se, imediatamente, ao Presidente do STJ e dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, encaminhando-lhes cópia do presente acórdão, nos termos dos arts. 543-C, § 7º, do Código

# *Superior Tribunal de Justiça*

de Processo Civil e 5º da Resolução n. 8/2008 do STJ.

