

Embargos de Divergência em Recurso Especial Nº 78.434 — SP
(Registro nº 97.0030660-7)

Relator: O Sr. Ministro Felix Fischer

Embargante: Ministério Público Federal

Embargado: Cristiano Aparecido Todescato

Advogado: Álvaro Augusto Ribeiro Costa e outros, e Jane Décima Bento.

EMENTA: Penal. Embargos de divergência. Roubo. Consumação. Tentativa.

I — O delito de *roubo* se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res* subtraída mediante grave ameaça ou violência.

II — Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que ele saia da esfera da vigilância do antigo possuidor, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (Precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal — RTJ 135/161-192, Sessão Plenária).

Embargos acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos, e, por maioria, recebê-los, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Ministros José Dantas, William Patterson, Cid Flaquer Scartezzini, Anselmo Santiago, Vicente Leal, José Arnaldo e Fernando Gonçalves. Votou vencido o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 27 de agosto de 1977 (data do julgamento).

Ministro Edson Vidigal, Presidente. Ministro Felix Fischer, Relator.

(Publicado no DJ de 06.10.97)

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de embargos de divergência opostos, com fulcro no art. 266 do RISTJ, pela douta Subprocuradoria-Geral da República, contra v. acórdão da douta 6ª Turma no REsp 78.434-SP, Relator Exmo. Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, por maioria de votos (vencido o Exmo. Sr. Ministro Vicente Leal, com longo voto), fls. 92/103, em sede da *quaestio* acerca da distinção entre *consumação* e *tentativa* no delito de roubo.

O substrato fático exposto no v. julgado de segundo grau é o seguinte (fls. 52/56):

“Os sentenciados e o menor *Manoel Vieira Lima*, de quinze anos de idade, acordaram em promover roubo, na loja da supracitada *Star Vídeo*. Para o local dirigiram-se em veículo pertencente ao réu *Marcelo*, que no automóvel, marca Volkswagen, tipo Sedan e de cor branca, aguardou para dar fuga e partilhar os bens subtraídos com os comparsas.

O menor *Manoel* e o apelante *Cristiano*, este último portando revólver, ingressaram na loja da *Star Vídeo*. O gerente da locadora, *Eduardo Antônio dos Santos*, foi, então, ameaçado de morte, usando *Cristiano* a arma para quebrantar a resistência e conseguir bens de valor. As ameaças de morte foram feitas por *Cristiano* e pelo menor *Manoel*, que revelou ousadia própria de pessoa integrada em atividades criminosas (confira-se a pronta adesão e o frio relato de folha 14).

No estabelecimento, depois de trancado o gerente *Eduardo Antônio*, no banheiro, apossaram-se de dinheiro (que não foi objeto da acusação), uma fita de vídeo e aparelhos de som e de rebobinação de fitas. Como a porta da loja trancou automaticamente, *Eduardo Antônio* foi retirado do banheiro para abri-la e permitir a fuga.

Os dois assaltantes, então, rumaram para o carro do sentenciado *Marcelo* que, com a aproximação de *Eduardo Antônio* usou de revólver, o mesmo do assalto, para intimidá-lo e provocar seu afastamento.

Pelo local, passou uma viatura oficial e os policiais passaram a perseguir o veículo dirigido por *Marcelo*. O automóvel dos ladrões colidiu com ônibus, sendo presos *Cristiano* e *Manoel*.

Conseguiu o réu *Marcelo* fugir do local da colisão, tendo levado o revólver consigo. Os dois outros ladrões, *Cristiano* e *Manoel*, não conseguiram deixar em tempo o automóvel.

Para surpresa, os policiais e os assaltantes custodiados encontraram, no interior da Delegacia de Polícia, o réu *Marcelo*. Na oportunidade, cuidava de formalizar notícia de que seu automóvel tinha sido roubado. Com exceção do dinheiro, não mencionado na denúncia, os demais bens foram recuperados.” (Fls. 110/111).

Acolhendo recurso da defesa, o v. acórdão ora embargado conclui pela existência da *conatus*, estando assim ementado:

“REsp — Penal — Roubo — Consumação — Diz-se o crime consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal (CP, art. 146). O roubo é crime complexo: unidade jurídica que se completa pela reunião de dois delitos: constrangimento ilegal (CP, art. 14, II) e furto (CP, art. 155). Ocorre — tentativa — quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (CP, art. 14, II). Assim, no roubo, para configurar a consumação, necessário se faz, além do constrangimento ilegal (violência, ou grave ameaça) à pessoa, a subtração da coisa, ou seja, retirá-la da esfera de proteção do interessado. Acontecerá quando o agente conseguir ainda que por pouco tempo, retirá-la da vigilância da vítima. Tal acontece quando a vítima sai ao encalço do autor e consegue recuperá-la. Importante distinção: perseguição e procura da coisa. No primeiro caso, o objeto do roubo não saiu da vigilância da vítima; no segundo, tal vigilância deixa de existir. Duas situações jurídicas bem distintas.” (Fls. 107).

Tal exegese, segundo o embargante, estaria em conflito com a orientação de acórdãos da 5ª Turma (REsp 71.775-SP, Relator: Exmo. Sr. Ministro **José Arnaldo da Fonseca** e REsp 0011643-SP, relator: Exmo. Sr. Ministro **Jesús Costa Lima**, fls. 112).

Caracterizada a divergência, levo o feito a julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Felix Fischer** (Relator): A questão enseja polêmica doutrinária e jurisprudencial por demais interessante. As posições em conflito apresentam argumentos respeitáveis. Todavia, inclino-me para a orientação seguida pelo Pretório Excelso no RE nº 102.490-SP (por maioria, com dois votos vencidos), em Sessão Plenária (Relator: Excelentíssimo Senhor Ministro **Moreira Alves**), publicado na RTJ 135/161-192.

Diz a ementa:

“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." (RTJ 135/161).

No corpo do v. Aresto tem-se:

"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 *contrectatio*, para a qual a consumação se dá pelo simples contacto 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 transportada para outro lugar, nem usada por ele. Na Alemanha — em que a ação que caracteriza o furto e o roubo é a *Wegnahme* (subtração, tomada) —, é francamente do-

minante a teoria da *apprehensio* (ou da *amotio*) sustentada, entre outros, por MEZGER (*Strafrecht*, II — *Besonderer Teil*, 6ª ed., § 45, 2, pág. 124, München und Berlin, 1958), WELZEL (*Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., § 48, 2, b, pág. 349, Berlin, 1969), SCHOENKE-SCHROEDER (*Strafgesetzbuch*, 11ª ed., § 242, IV, págs. 975 a 977, München und Berlin, 1963), PETTERS-PREISENDANZ (*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 Täter gelungen ist, fremden Gewahrsam zu brechen und neuen. Gewahrsam zu begründen"*, acentuam PETTERS-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.

Na Espanha — em que a ação é caracterizada pelo verbo *tomar* —, também é seguida, inclusive por sua Corte Suprema, a mesma teoria. A propósito, assinala **Cuello Calón** (*Derecho Penal*, tomo II, *volumen segundo*, 14ª ed., págs. 839 e segs., Barcelona, s/data) que "tomar",

"... en el texto legal significa apropiarse, traer a nuestro poder una cosa ajena. Así, pues, el hecho, material del hurto no está constituido solamente por la mera aprehensión de la cosa es menester que el agente la sustraiga efectivamente de la custodia ajena y la traiga a su poder por un tiempo más o menos duradero. No es menester que la cosa sea trasladada a otro lugar, ni que llegue a ser utilizada por el culpable."

Em nota (nota 1, na mesma pág.), acrescenta:

"Esta significación de al palavra tomar concuerda por completo com la jurisprudencia del T. S. relativa al momento de consumación de hurto, que expondremos más adelante.

El misto sentido dan los penalistas alemanes a la expresión *wegnehmen* (llevar, tomar). En su opinión esta

ación implica que el culpable quebrante la custodia ajena y que sea substituída por la propia o por otra posesión”.

E, mais adiante, ao tratar da consumação do furto (e, em consequência, do roubo, pois, neste, a expressão *apoderarse* tem o mesmo sentido que “tomar”, acentua CALÓN (págs. 850 e segs.) que “la doctrina hoy generalmente sustentada considera que el hurto se consuma cuando la cosa queda de hecho a la disposición del agente”, e, após salientar que “con este criterio coincide la doctrina sentada últimamente por la jurisprudencia española que generalmente considera consumado el hurto cuando el culpable coge o aprehende la cosa y esta quede por tiempo más o menos duradero bajo su poder”, dá como exemplos jurisprudenciais de consumação os em que ao furto se segue à perseguição:

“En el momento en que el culpable toma la cosa ajena aunque la abandone al verse perseguido, 29 feb. 1944, desde que el culpable dispone de ella aunque sea momentáneamente, 22 nov. de 1952; análogos 27 sept. 1954, 10 mar. 1955; aunque no lleve a aprovecharse de la misma”.

Já na Itália — em que a ação de furtar ou de roubar implica o apossamento por meio de subtração —, os trabalhos preparatórios do Código Penal vigente advertiam:

“Si mantiene il requisito dell’impossessamento come elemento essenziale del reato, ma si innova profondamente al Codice del 1889 nel determinare il momento nel quale l’impossessamento deve ritenersi verificato, facendo del’impossessamento un termine correlativo dello spossessamento: “chiunque si impossessa della cosa mobile altrui sottraendola a colui che la detiene”.

Deve, insomma, ritenersi verificato l’impossessamento, quando le circostanze di fatto rivelino che il detentore della cosa abbia perduto il potere di custodia e la disposizione fisica della cosa” (“Mantém-se o requisito do apossamento como elemento essencial do crime, mas se inova profundamente em face do Código de 1889 ao determinar-se o momento no qual o apossamento se deve ter como verificado, fazendo do apossamento um termo correlato do desapossamento: “quem quer que se apossa da coisa móvel alheia subtraíndo-a do que a detém”. Deve, em suma, ter-se como verificado o apossamento quando as circunstâncias de

fato revelem que o detentor da coisa perdeu o poder de custódia e a disposição física da coisa”) (R. MANGINI, F. P. GABRIEL E U. CONSENTINO, *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, pág. 503, Roma, 1930).

Daí a doutrina e a jurisprudência italianas predominantes sustentarem posição que **Manzini** (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, IX, nova edição nº 3.239, pág. 167, Torino, 1952) assim resume:

“Il delitto (o furto) si consuma con l’impossessamento da parte del ladro e col conseguente spossessamento del derubato, fatto che si verifica nel momento e nel luogo in cui il colpevole, sottratta la cosa al detentore, l’há a fatta passare nella propria detenzione, fuori o entro la sfera di possesso del derubato, definitivamente o per un tempo qualsiasi giuridicamente considerabile” (“O delito se consuma como apossamento por parte do ladrão e com o conseqüente desapossamento da vítima, fato que se verifica no momento e no lugar em que o culpado, subtraída a coisa do detentor, a fez passar para sua própria detenção, fora da esfera da posse da vítima ou dentro dela, definitivamente ou por qualquer tempo juridicamente digno de consideração”).

Por isso mesmo, e MANZINI (ob. cit., nº 3.237, págs. 153/154) o ilustra com inúmeras decisões judiciais, há esse apossamento, com o conseqüente desapossamento da vítima, não só quando o ladrão a conduz a lugar sujeito ao seu poder de custódia, mas também quando a põe em outra custódia idônea à sua disposição (em razão do que a Cassação, em 16.3.1959, decidia: “o furto é consumado ainda que o ladrão, depois de haver subtraído a coisa da disponibilidade do proprietário, tenha sido surpreendido quando ainda se achava na esfera jurídica da vítima”), ou a coloca num esconderijo, ainda que no seu próprio corpo (já em 1936, a Corte da Cassação considerava consumado o furto quando subtraído um objeto de um cômodo de um apartamento e escondido no próprio ladrão, não o conseguia levar para fora, por haver sido surpreendido).

No mesmo sentido, acentua MAGGIORE (*Diritto Penale*, vol. II, tomo primeiro, 3ª edição, pág. 919, Bologna, 1948):

“Basta quindi il togliere la cosa alla disponibilità del possessore —anche mediante semplice occultamento — perchè el furto sia consumato. E consumato é il furto comesso in un abitazione, appena il ladro abbia rimpiazzata la cosa in tasca o altrove, sia a non sia uscito dalla casa. Nella teoria del codice, apossamento equivale

a impossessamento, anche se la cosa non sia materialmente nel dominio del colpevole" ("Basta, na verdade, o tirar a coisa da disponibilidade do possuidor — ainda mediante simples ocultação — para que o furto seja consumado. E consumado é o furto cometido em uma habitação, apenas o ladrão haja escondido a coisa no bolso ou em outro lugar, tenha, ou não, saído da casa. Na teoria do Código, o desapossamento equivale ao apossamento, mesmo se a coisa não esteja materialmente no domínio do culpado").

As opiniões em contrário — que são minoritárias — se rebelam, em face dos termos do Código Penal Italiano, que alude a subtração e o apossamento, contra o entendimento majoritário de que subtração e apossamento são aspectos opostos do mesmo fenômeno, conforme seja este considerado pelo lado da vítima ou pelo lado do ladrão, e sustentam que, além da subtração, é necessário o apossamento, de modo que ao antigo possuidor (a vítima) se substitua o novo possuidor (o ladrão), o que só ocorre quando este — o ladrão — tem disponibilidade sobre a coisa de modo autônomo, e, portanto, fora do círculo de vigilância da vítima. Os que assim entendem consideram que o elemento material do furto, em última análise, é a substituição da posse da vítima pela posse do ladrão, posse esta que só ocorre quando este tem disponibilidade autônoma sobre a coisa. Por isso, ANTOLISEI (*Manuale de Diritto Penale, Parte Speciale, I*, 3ª edição, págs. 211/213, Milano, 1957) e FOSCHINI (*Il momento consumativo del furto, in Reati e Pene, Studi*, págs. 13 e segs., Milano, 1960), por entenderem que não há ainda apossamento nos casos em que alguém se apodera de coisa da vítima na casa desta — ou a oculta ali para posterior retirada — e é preso antes de sair dela, se manifestam contra a opinião dominante que sustenta a consumação do furto mesmo nessas hipóteses. Mas, em geral, não sustentam esses autores que só há consumação do furto (e, portanto, igualmente do roubo) se o ladrão tiver posse tranqüila da coisa furtada, pela impossibilidade de reação da vítima para reaver a coisa que lhe foi subtraída. FOSCHINI, (ob. cit., págs. 30/31), ao figurar a hipótese em que a vítima e o ladrão entram em luta pela coisa (aquela para manter sua posse e este para apossar-se da coisa), admite que ambos têm posse enquanto estão agarrados à coisa, mas, no momento em que o ladrão consegue tirá-la da vítima, o furto se consuma (Se il ladro riesce a togliere il bastone dalle mani del soggetto passivo del reato, egli há compiuto la sottrazione ed il furto risulta consumato), consumação que, por ser instantânea, não deixa de existir pelo fato de a vítima vir a perseguir o ladrão e, afinal, subjugá-lo.

Como se vê, também na Itália a teoria seguida é a da *apprehensio*. A divergência se situa, apenas, na caracterização do que vem a ser apreensão. Enquanto a doutrina dominante — e o mesmo sucede com a jurisprudência — entende que a subtração e apossamento (que é, no caso, a apreensão) são correlatos, sendo que a apreensão se verifica no momento em que a coisa é retirada

do poder da vítima ainda que não fique no poder do ladrão (como sucede com o punquista que ao puxar a carteira do bolso da vítima a deixa cair ao chão), as opiniões dissidentes, por via de regra, admitem que haja subtração sem o conseqüente apossamento (apreensão), e só consideram consumado o furto quando se dê o apossamento por parte do ladrão, e, para caracterizá-lo, têm de conceituar o que é a apreensão como meio de aquisição da posse.

Essa segunda colocação — que, em última análise, só tem como consumada a subtração quando, além de ser a coisa retirada do poder da vítima, o ladrão passa a tê-la em seu poder (em outras palavras: é preciso que à posse da vítima se substitua a posse do ladrão) — se situa também no âmbito da teoria da *Apprehensio*, e é a que se me afigura correta ainda nos países em que o Código Penal não alude a apossamento por subtração, mas se adstringe a referir-se a esta, como sucede na Alemanha, na Espanha e no Brasil. WELZEL (ob. cit., § 48, b, pág. 349) observa que a subtração só se consuma quando em lugar do antigo titular do poder de fato sobre a coisa (a vítima) surge um novo (o ladrão) (*Die Wegnahme ist vollendet, wenn an die Stelle des alten Gewahrsamsinhabers der neue getreten ist* — “*Apprehensions-theorie*”).

O problema, portanto, é saber quando é que ocorre o início da posse do ladrão pela apreensão, e, conseqüentemente, a extinção da posse da 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 irresponsável, e que assim é sintetizada por FOSCHINI (ob. cit., pág. 25), com apoio nos trabalhos específicos de PANAIN e de VERNA:

“Che la dizione “possesso” debba intendersi nel significato che le dà il diritto civile, è dimostrato principalmente dalle inanià di ogni sforzo diretto a precisare validamente e scientificamente un diverso concetto di possesso da valere nei limite del diritto penale, poichè questo non indica nessun criterio obiettivo sicuro che possa servire di base per una nozione diversa da quella civilistica” (“Que a expressão “posse” deva entender-se no sentido que lhe dá o direito civil é demonstrado principalmente pela inutilidade de todo esforço dirigido a precisar válida e cientificamente um diverso conceito de posse para valer nos limites do direito penal, pois este não indica nenhum critério objetivo seguro que

possa servir de base para uma noção diversa da civilística”).

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 juizes a fixação do que vem a ser posse para o direito penal, ao invés de se observar a sua disciplina legal no campo do direito — que é o civil — onde se elaborou esse conceito. Plenas de verdade são estas palavras de PANAIN (*apud* de MARSICO, *Nuovi Studi di Diritto Penale*, pág. 246, Napoli, 1951):

“Il principio é questo: quando si tratta di un termine adoperato per designare un istituto, che há in altro ramo del diritto una sua propria configurazione tecnica, la presunzione è che anche il diritto penale lo assume com lo stesso significato, giacchè il diritto è único e la concezione degli istituti, come l’uso dei termine, devono essere quanto più possibile unitari e propri” (“O princípio é este: quando se trata de um termo adotado para designar um instituto, que tem em outro ramo do direito sua própria configuração técnica, a presunção é que o direito penal o assume com o mesmo significado, pois o direito é único e a concepção dos institutos, como o uso dos termos, devem ser o mais possível unitários e próprios”).

No Brasil, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (*Lições de Direito Penal, Parte Especial*, arts. 121 a 212, nº 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 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 dos poderes inerentes à propriedade (art. 485 do C. Civil); ela se adquire inclusive por apreensão (artigo 493, I) e se perde, também, “pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantenido ou reintegrado em tempo competente” (artigo 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 conseqüente 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 CLOVIS BEVILACQUA (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. 3, 3ª ed., pág. 31, Rio de Janeiro, 1930) — para quem o logo só devia ser entendido como **in continenti**, não admitindo (ao contrário da doutrina dominante) também o breve intervalo — que:

“O desforço deve ser em ato contínuo, imediato. Se se trata de coisa móvel, o esbulhado pode perseguir o esbulhador, que procura fugir com o objeto, e retomá-lo”.

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 de 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 de que há, nesses casos, posse imediatamente após a cessação da violência ou da clandestinidade, tanto 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 lei penal, ou não — que não há subtração sem posse tranqüila.

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, nº 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 sossegada do ladrão” como meio de “perda da posse, em desfalque do 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 tranqüila 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 tranqüila, 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.” (RTJ 135/166-172).

Este entendimento foi reiterado no HC 74.376-RJ, 1ª Turma-STF (Relator: Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves), DJU de 07/03/97, pág. 05.401.

Portanto, acolho os embargos.

VOTO — VOGAL

O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: Sr. Presidente, peço respeitosa vênia para dissentir.

A matéria, como bem disse o Eminentíssimo Relator, é polêmica tanto na doutrina como na jurisprudência. A parte central da matéria está em definir o momento em que ocorre a subtração. O art. 157 trata de crime contra o patrimônio. Conseqüentemente, só haverá o prejuízo, em havendo diminuição desse bem jurídico. No caso concreto, observa-se, os agentes, após ameaça, saíram do estabelecimento, todavia, perseguidos por um gerente e pela polícia. Com isso, não tiveram, o que se costuma dizer, a posse tranqüila da coisa, ou seja, o objeto material não saíra ainda da esfera de vigilância. O furto é crime de dano. O

resultado, portanto, não se esgota somente com o perigo de prejuízo. A hipótese *sub judice* não ultrapassou a extensão da tentativa.

Por posse tranqüila entende-se que o objeto material, a coisa, saiu da esfera de vigilância, que, aliás, é a melhor expressão que existe.

Por isso, é que estou pedindo respeitosa vênia a V. Exa. Se V. Exa. dissesse que o crime de roubo é de mero perigo, seria diferente. Isso é unânime. Conseqüentemente, há de haver um *deficit* patrimonial. Se o agente não conseguiu, se está exercendo o ato de subtrair e, em seu encaço, alguém, — seja o proprietário, o possuidor, um terceiro, mesmo a polícia — consegue impedir que provoque o prejuízo, ficou apenas intermediário entre o ato da execução e o da consumação. Não ocorre a *meta optata*, por circunstâncias alheias à sua vontade. Qual seja? O encaço de terceiro que impede que o objeto saia da esfera de vigilância.

Em razão disso, levando em consideração o dado fático, entendo, houve apenas uma tentativa de roubo. Havia de se conjugar: ameaça à violência e subtração.

O dispositivo do meu voto, *data venia*, é em sentido contrário do Eminentíssimo Relator, rejeitando os embargos.

VOTO — VOGAL

O Sr. Ministro Vicente Leal: Sr. Presidente, esta questão tem sido debatida no âmbito da Sexta Turma.

A minha posição é no sentido, precisamente, de estabelecer que se consuma o delito quando os bens saem da esfera de vigilância da vítima. Diante da situação de fato caracterizada no voto do Sr. Ministro-Relator, creio que os bens saíram do estado de vigilância da vítima, não da polícia, que é outra questão.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.