



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000334322

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1527953-54.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DÊNYS CRUZ THIBES JÚNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente), FÁTIMA GOMES E HERMANN HERSCHANDER.

São Paulo, 3 de abril de 2025.

AMARO THOMÉ
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1527953-54.2023.8.26.0228
COMARCA DE SÃO PAULO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: DÊNYS CRUZ THIBES JÚNIOR
VOTO Nº 38.697

FURTO SIMPLES – ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU, COM BASE NA ATIPICIDADE DA CONDUTA (CRIME IMPOSSÍVEL) – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRETENDIDA A CONDENAÇÃO DO RÉU, NOS TERMOS DA DENÚNCIA – PARCIAL ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – SISTEMA DE VIGILÂNCIA E ACOMPANHAMENTO DOS ATOS POR FUNCIONÁRIO DO LOCAL NÃO TORNAM IMPOSSÍVEL A CONSUMAÇÃO – CONDUTA TÍPICA – POSSÍVEL, CONTUDO, O RECONHECIMENTO DA TENTATIVA – AUSÊNCIA DE INVERSÃO DA POSSE – RECONHECIDA, AINDA, A FIGURA PRIVILEGIADA (ART.155, §2º, DO CP) - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Cuida-se de apelação interposta pelo **Ministério Público** contra a r. sentença de fls. 125/128, que, com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal, absolveu o réu **Dênys Cruz Thibes Júnior** da imputação que lhe foi endereçada na denúncia, consistente na prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal.

Inconformado, recorre (fls. 131/139), pleiteando a reforma da r. sentença, para que o apelado seja condenado nos termos da denúncia.

Recurso devidamente contrarrazoado (fls.

145/152).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do apelo (fls. 161/164).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Ao que consta da denúncia (fls. 38/39), “no dia 25 de setembro de 2023, por volta das 18h30min, na Rua Fradique Coutinho, nº 455, Pinheiros, nesta cidade e comarca da Capital/SP, DÊNYS CRUZ THIBES JÚNIOR, qualificado a fls. 11 dos autos, subtraiu, para si, 4 unidades de leite em pó Ninho, 1 garrafa de espumante Santa Carolina, 1 unidade de sabão em pó Omo, 1 garrafa de vinho Concha Y Toro, 4 unidades de shampoo Elseve, mercadorias avaliadas num total de R\$ 245,80 (duzentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos) – cf. auto de exibição, apreensão entrega e avaliação de fls. 09/10 –, do Mercado Oxxo (razão social Rede Integrada de Lojas de Conveniência), representado por Jessica Cardoso Pereira.”

Segundo o apurado, “na data e hora indicadas, DÊNYS ingressou no estabelecimento comercial vítima, resoluto à prática de subtração. No interior do comércio, DÊNYS se apoderou de diversos itens de alimentação e higiene, que colocou no interior da mochila que trazia consigo para tal finalidade. Na sequência, no intuito de disfarçar a ação criminosa, DÊNYS pegou uma caixa de leite

condensado e duas latas de cerveja, e efetivou o pagamento dessas mercadorias no caixa, dirigindo-se à saída do estabelecimento.

Ocorre que os funcionários desconfiaram do comportamento de DÊNYS, que se mostrou assustado ao ser observado enquanto pegava as mercadorias. Outrossim, no momento em que DÊNYS deixava o mercado, o funcionário Isaac Farbelow de Souza percebeu que a mochila dele estava aberta, notando latas de leite em pó em seu interior.

Diante da situação, DÊNYS foi abordado pelo funcionário e retornou para o interior do mercado, apresentando a mochila que trazia consigo. Em seu interior, foram localizadas as diversas mercadorias que DÊNYS havia subtraído.

Preso em flagrante, DÊNYS foi conduzido à delegacia de polícia e, formalmente interrogado sobre os fatos, manifestou o desejo de permanecer calado (fls. 11).

As mercadorias foram recuperadas e restituídas à representante legal da vítima (cf. auto de exibição, apreensão entrega e avaliação de fls. 09/10)."

A materialidade restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 01), boletim de ocorrência (fls. 06/08), auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 0/10) e demais elementos probatórios constantes dos autos.

A autoria, do mesmo modo, restou

evidenciada.

O réu, durante a fase de inquérito, silenciou (fl. 11). Em juízo, foi decretada sua revelia (fl. 119).

A testemunha **Isaac Farbelow de Souza**, em solo policial, afirmou que *“em data de 25/09/2023, por volta de 18h30, ele e a encarregada do mercado OXXO, senhora JESSICA, estavam trabalhando quando entrou no estabelecimento comercial o indiciado. ISAAC e a superiora JESSICA limpavam fornos que esquentam salgados quando repararam na conduta do indiciado pelo espelho do mercado. ISAAC percebeu que havia uma lata de leite em pó quase caindo da mochila do indiciado. Concomitantemente, JESSICA viu quando o indiciado pegou uma lata de leite condensado nas mãos. Chamou a atenção de ISAAC e de JESSICA o fato de que o indiciado pareceu assustado ao se ver “flagrado” pegando produtos das gôndolas do mercado. Quando o indiciado passou pelo caixa, ele efetivamente pagou por alguns produtos, quais sejam, uma caixinha de leite condensado e duas latas de cerveja marca skol do tipo puro malte. Ocorre que o indiciado trazia uma mochila às costas e, ao deixar o mercado, ISAAC já tinha reparado que esta mochila estava aberta. ISAAC pôde perceber que, dentro da mochila, havia lata(s) de leite em pó. Sendo assim, ISAAC abordou o indiciado, que caminhou de livre e espontânea vontade para dentro do mercado. A mochila do indiciado foi submetida à revista pessoal e, em seu interior, foram encontrados os seguintes*

produtos de propriedade do mercado OXXO: quatro latas de leite condensado da marca NINHO, avaliadas em R\$84,00 (oitenta e quatro reais); duas garrafas de vinho/espumante marcas SANTA CAROLINA e CONCHA Y TORO, avaliadas em R\$89,80 (oitenta e nove reais e oitenta centavos); quatro frascos de shampoo/condicionador da marca ELSEVE, avaliados em R\$56,00 (cinquenta e seis reais); e uma embalagem de sabão em pó marca OMO, avaliada em R\$16,00 (dezesesseis reais). Sendo assim, a polícia militar foi acionada e apenas conduziu a ocorrência até esta Delegacia para os trabalhos de polícia judiciária.” (fls. 02/03)

A testemunha Jéssica Cardoso Pereira, durante a fase de inquérito (fls. 04/05), apresentou relato idêntico ao da testemunha Isaac.

A r. sentença, no mais, assim considerou a prova produzida em juízo (gravação digital de fl. 124):

“A representante do estabelecimento comercial, J.C.P., narrou que estava com Izaque à frente da loja, conversando, escutaram barulho, olharam-se, e, pelo reflexo do espelho, viram o rapaz, que também os olhou, assustado. Referida pessoa estava escondida e pegou um lanche. Na bolsa dessa pessoa havia outros produtos e esperaram a saída dele, porque não podem abordar ninguém dentro da loja. A declarante viu quando referida pessoa retornou com o colega de trabalho, conversando, e não houve resistência. Todos os bens

foram devolvidos.

Por sua vez, I.F.S., funcionário do estabelecimento, disse que depois de sair e pagar duas cervejas, o réu foi surpreendido na posse de quatro latas de leite ninho, vinho e shampoo, tudo devolvido, sem resistência. Percebeu que os produtos estavam na bolsa porque estava aberta e pôde ver a lata de leite ninho. Inicialmente, imaginou que fosse um item, mas depois viu que havia mais produtos na bolsa.” (sic, fls. 126/127 – grifo nosso)

Ao se decidir pela absolvição do acusado, assim argumentou a douta magistrada.

“Tais declarações e depoimento demonstram que, de forma alguma, haveria êxito na subtração dos produtos, na medida em que a sua ação, ainda no interior do estabelecimento comercial, foi, integralmente, acompanhada pelos funcionários, que suspeitaram da conduta do réu DÊNYS que, ademais, deixou o local com a mochila entreaberta.

A propósito do tema, a Súmula STJ 567, assim vazada: “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.

Assim, o meio eleito pelo réu para a prática do delito foi absolutamente inadequado à consumação do crime, o que se confirma, ademais, pelo retorno pacífico do agente, em companhia do segurança, à

loja, onde devolveu, sem resistência, todos os bens que estavam na bolsa. E, repita-se, somente não devolveu antes porque há norma interna para que os clientes não sejam revistados dentro da loja, a confirmar o acompanhamento e a impossibilidade de consumação do crime.

Nessa quadra, evidente que se trata de crime impossível, pela ineficácia absoluta do meio empregado, levando à atipicidade da conduta do agente.” (fl. 127)

Data vênua à Magistrada de primeiro grau, razão assiste ao Ministério Público, pois a conduta descrita na inicial acusatória, qual seja, subtração de coisa alheia móvel, é típica, tanto do ponto de vista formal quanto material.

Destaco, inicialmente, apenas para que não fique sem apreciação o pleito formulado pela defesa nas alegações finais orais, que não se constata atipicidade material da conduta, por alegada incidência do princípio da insignificância.

Assim ocorre porque o valor da *res furtiva* não é desprezível, totalizando R\$ 245,80, o que equivale a mais de 10% do salário-mínimo vigente na data dos fatos, 25/09/2023, R\$ 1.320,00, critério este empregado pelo Col. Superior Tribunal de Justiça para determinar a incidência de referido princípio.

Nesse sentido:

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça

firmou-se no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o montante do valor da res furtiva superar o percentual de 10% do salário-mínimo vigente à época dos fatos. (AgRg no AREsp n. 2.846.343/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/3/2025, DJEN de 26/3/2025.)

Sendo assim, não pode a conduta imputada ser considerada um indiferente penal, pois a falta de repressão a tal delinquência representaria estímulo ao cometimento de outros delitos, cuja reiteração importaria desequilíbrio da ordem pública e da paz social. Ademais, por certo a impunidade geraria a descrença na atividade jurisdicional.

No mais, invocando pronunciamento do Col. Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento de atipicidade material de condutas com fundamento na insignificância exige redobrada cautela do aplicador da Lei, que não pode ignorar os efeitos marginais da decisão que nega a existência de ofensividade da conduta do agente; periculosidade social da ação; grau irrelevante de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada de uma ação

formalmente típica.

“O Plenário aduziu ser necessário ter presentes as consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade resultante da aplicação do princípio da insignificância. Negar a tipicidade significaria afirmar que, do ponto de vista penal, as condutas seriam lícitas. Além disso, a alternativa de reparação civil da vítima seria possibilidade meramente formal e inviável no mundo prático. Sendo assim, a conduta não seria apenas penalmente lícita, mas imune a qualquer espécie de repressão. Isso estaria em descompasso com o conceito social de justiça, visto que as condutas em questão, embora pudessem ser penalmente irrelevantes, não seriam aceitáveis socialmente. Ante a inação estatal, poder-se-ia chegar à lamentável consequência da justiça privada. Assim, a pretexto de favorecer o agente, a imunização de sua conduta pelo Estado o deixaria exposto a uma situação com repercussões imprevisíveis e mais graves. Desse modo, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade, mormente em se tratando de crimes contra o patrimônio, envolveria juízo muito mais

abrangente do que a simples expressão do resultado da conduta. Importaria investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, traduzido pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela ausência de reprovabilidade, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância do resultado meramente material, acabasse desvirtuado o objetivo do legislador quando formulada a tipificação legal. Aliás, as hipóteses de irrelevância penal não teriam passado despercebidas pela lei, que conteria dispositivos a contemplar a mitigação da pena ou da persecução penal. Para se conduzir à atipicidade da conduta, portanto, seria necessário ir além da irrelevância penal prevista em lei. Seria indispensável averiguar o significado social da ação, a adequação da conduta, a fim de que a finalidade da lei fosse alcançada" **(Informativo de jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal nº 793, de 3 a 7 de agosto de 2015).**

Por fim, o fato de os bens terem sido prontamente restituídos ao estabelecimento comercial não afasta a tipicidade da conduta, nos termos da tese fixada pelo Col.

Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 2062375/AL (Tema nº 1205 dos Recursos Repetitivos): *“A restituição imediata e integral do bem furtado não constitui, por si só, motivo suficiente para a incidência do princípio da insignificância.”*

Não há que se falar, por outro lado, em reconhecimento da figura do crime impossível.

Com efeito, o fato de ter sido o comportamento do acusado entendido como suspeito e sua ação ter sido acompanhada pelos funcionários do estabelecimento comercial, razão pela qual ele foi abordado logo ao sair do local, por si só, não torna absolutamente ineficaz o meio empregado para a subtração, mesmo porque ele poderia ter de alguma forma eliminado a abordagem para obter sucesso na subtração de objetos, como, por exemplo, empreender fuga correndo, ou mesmo simular para a testemunha Isaac que estivesse portando algum objeto apto a ofender sua integridade física, ou mesmo vencer a resistência mediante violência corporal.

Nessa ordem de ideias, vale lembrar a súmula nº 567 do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: *“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”*.

Ainda que o estabelecimento comercial possua

sistema de monitoramento, vigilância ou segurança, é evidentemente possível que alguém nele ingresse, esconda bens em sua mochila e consiga sair sem ser abordado, ou, até mesmo, embora notado, fuja driblando a segurança, composta por homens, e, portanto, falível, como é óbvio concluir.

Penso, contudo, ser o caso de reconhecer a tentativa, tal como pleiteia a defesa, uma vez que não se operou a inversão da posse dos objetos subtraídos.

De fato, ainda que se dê por curto lapso temporal, a inversão da posse da *res furtiva* permite concluir pela consumação do furto, não se exigindo nem mesmo que a posse seja mansa e pacífica, conforme entendimento dos Tribunais Superiores:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. MOMENTO CONSUMATIVO DO DELITO. POSSE DA RES FURTIVA. ADOÇÃO PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DA TEORIA DA APPREHENSIO OU AMOTIO. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. *I - Conforme entendimento jurisprudencial firmado por esta Corte, o delito de furto consuma-se no momento em que o agente se*

torna possuidor da res subtraída, pouco importando que a posse seja ou não mansa e pacífica. II - A mera recuperação da coisa furtada logo após o crime, não tem relevância para fins de tipificação, quanto ao seu momento consumativo. III - In casu, o Tribunal a quo reconheceu tratar-se de crime de tentado, em razão de a vítima haver recuperado seus bens, logo após a prática criminosa. IV - Recurso a que se dá provimento, para afastar a aplicação da regra prevista no art. 14, II, do Código Penal, restabelecendo, por via de consequência, a decisão de primeira instância.” (STJ, Resp 200500970867, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 07/12/2009).

Tal entendimento foi reafirmado pelo Col. Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo (Resp 1524450/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. FURTO.

MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. LEADING CASE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 102.490/SP. ADOÇÃO DA TEORIA DA APPREHENSIO (OU AMOTIO). PRESCINDIBILIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ.

2. 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 a 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. Desde então, o tema encontra-se pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

3. Delimitada 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 ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

4. *Recurso especial provido para restabelecer a sentença que condenou o recorrido pela prática do delito de furto consumado.*

No mesmo sentido:

2. *Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que para consumação do **furto**, basta o desapossamento da coisa subtraída, o qual se dá com a inversão da posse, não sendo necessário que a res furtiva saia da esfera de vigilância da vítima, e muito menos que o agente tenha posse mansa e pacífica sobre a mesma.*

3. *A Terceira Seção desse Superior Tribunal de Justiça, julgando recurso especial representativo da controvérsia, na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil revogado (regime dos recursos repetitivos), com disciplina atual no artigo 1.036 e seguintes do CPC em vigor, em decisão unânime, pacificou a matéria, assim resumida: "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 ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.”(REsp 1.524.450/RJ, Relator MINISTRO NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 29/10/2015)¹.

Tanto na ementa quanto no corpo do Acórdão do Col. Superior Tribunal de Justiça, faz-se referência ao *leading case* no qual o Col. Supremo Tribunal Federal, onde coexistiam posições divergentes (simples inversão da posse *versus* saída da esfera de vigilância da vítima) fixou tal orientação. Trata-se do RE nº 102.490, julgado em 1987, e no qual prevaleceu a posição do Ministro Moreira Alves, que, colacionando as posições da doutrina estrangeira e se valendo dos conceitos de posse e esbulho, oriundos da doutrina civilista, defendeu a teoria da *amotio* como mais adequada à interpretação do Código Penal.

O cerne da discussão no caso julgado pelo STF, contudo, assim como ocorre na maioria dos casos de furto em que se pleiteia o reconhecimento da tentativa, dizia respeito à consumação do crime quando ocorre perseguição imediata e recuperação do bem, pelo que vale mencionar parte da

¹ STJ – REsp 1716938 – Rel. Ministro JORGE MUSSI – julgado: 19/04/2018

argumentação do Ministro Moreira Alves a fim de proceder-se ao devido *distinguishing* no presente caso:

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 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 (Strafgesetzbuch, 11ª. ed. § 242, IV, pags. 975/977, Munchen und Berlin, 1963), PETTERS-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 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.

[...]

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.

[...]

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.

[...]

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. (...)

[...]

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 turbção (ameaça) à posse do ladrão. (grifos nossos).

Assim, para que haja a consumação, é preciso que ocorra a inversão da posse, ou seja, que o agente do furto ou do roubo faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, uma vez que, nos termos claros do artigo 1.223 do Código Civil de 2002, “*perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do*

possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196”.

Cumpre ressaltar que a tese segundo a qual era necessária a saída da *res* da esfera de vigilância da vítima para a consumação do furto, crime material, tinha como base, dentre outros argumentos, a inexistência de dano ao patrimônio da vítima quando ela recuperasse a coisa após perseguição.

No entanto, mesmo quando adotada a teoria da *amotio*, ora prevalente da jurisprudência, não se deixa de ter em conta a natureza material do crime, uma vez que, mesmo por breve momento, a vítima teve seu patrimônio lesado, revertendo esse dano após a perseguição e recuperação da coisa.

Assim, aliás, já se pronunciou a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

“o simples fato de os objetos terem sido recuperados não autoriza, por si só, o reconhecimento da figura tentada, pois não afasta a diminuição, por mais que passageira, havida no patrimônio do ofendido e, portanto, a efetiva lesão do bem jurídico tutelado.”
(TJSP, Ap. 990.08.049100-8, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Almeida Toledo, j. 11.01.2011, v.u.).

À luz das considerações da jurisprudência

consolidada sobre o tema e do disposto no artigo 1.223 do Código Civil de 2002, no entanto, é forçoso concluir que, no caso dos autos, o crime não passou da esfera da tentativa.

Primeiramente, não houve a completa inversão da posse, porque o mercado jamais perdeu o poder de fato sobre os bens, já que a conduta do apelante foi vigiada praticamente o tempo todo, tendo a testemunha Isaac impedido que o réu saísse do local (abordou-o do lado de fora do estabelecimento apenas em cumprimento a regra segundo a qual os clientes não devem ser abordados no interior do local), com o que não houve nem mesmo início de perseguição — circunstância normalmente presente nos diversos casos em que os tribunais aplicam a teoria da *amotio* -, ainda que, ao se dirigir à saída com os bens escondidos na mochila, tenha ele demonstrado intenção inequívoca de praticar o delito.

Além disso, com a eficaz atuação do funcionário, é certo que o estabelecimento vítima não suportou dano a seu patrimônio, nem mesmo passageiro, de modo que, em se tratando de crime material, não é possível reconhecer a consumação do delito sem a existência de lesão efetiva ao bem jurídico.

Assim, demonstradas materialidade e autoria, e afirmada a tipicidade formal e material da conduta, mostra-se de

rigor a condenação do acusado pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, c. c. o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal.

Passo, pois, à dosimetria.

Na **primeira fase**, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base é fixada em 01 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, com valor unitário mínimo.

Na **segunda fase**, não há agravantes ou atenuantes.

Na **terceira fase**, não há causas de aumento e, reconhecida a tentativa, reduz o em 1/3 a pena, o que resulta em 08 meses de reclusão e pagamento de 06 dias-multa, com valor unitário mínimo.

A redução pela tentativa se dá no patamar mínimo porque o crime esteve bastante próximo da consumação, tendo o apelante entrado no mercado, escondido os bens em sua mochila, passado pelo caixa e se dirigido à saída, sendo abordado na calçada, restando-lhe apenas se desvencilhar do funcionário Isaac para alcançar a consumação.

Ainda na terceira fase, considerando a primariedade do acusado e o pequeno valor dos bens que pretendia subtrair (R\$ 245,00), é de rigor o reconhecimento da figura privilegiada, nos termos do art. 155, § 2º, do Código Penal,

razão pela qual reduzo a pena pela metade, resultando em 04 meses de reclusão e pagamento de 03 dias-multa.

Considerando-se o *quantum* de pena imposto e a primariedade do acusado, deve ser fixado o regime inicial aberto.

Pelas mesmas razões, converto a pena privativa de liberdade em uma restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária, no valor de 01 (um) salário-mínimo, destinada a entidade a ser indicada pelo juízo da execução.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, para condenar o réu como incurso no art. 155, §2º, c. c. o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, impondo-lhe a pena privativa de liberdade de **04 meses de reclusão**, a ser cumprida inicialmente no regime **aberto**, bem como o pagamento de **03 dias-multa**, com valor unitário mínimo, substituída a privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos acima explicitados.

Na origem, oportunamente, será providenciado o necessário para o início da execução da pena imposta.

AMARO THOMÉ
Relator