

**ROUBO — ABSOLVIÇÃO DECRETADA, SOB O FUNDAMENTO DE QUE
HOUE APENAS ROUBO DE USO — IMPOSSIBILIDADE — CONCEITO DE
POSSE — INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO PENAL¹**

Quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, toma algo da vítima, ainda que só para usar, está roubando. É que, justamente por causa da violência ou da grave ameaça, a vítima está, *ipso facto*, perdendo a disponibilidade da coisa, que passa para a esfera de disponibilidade do agente.

HUGO NIGRO MAZZILLI
Promotor Público

RAZÕES — PROCESSO N. 23/74 — São Paulo

A.: Justiça Pública

RR.: Álvaro Maia Cardonetti Filho e outro

1. A respeitável sentença de fls. 142/3 absolveu Álvaro Maia Cardonetti Filho e Roberto Givanovitch, por entender que não constituía o fato praticado pelos réus infração penal. Inconformado, apelei a fls. 146, pelos motivos que passo a aduzir.

2. Procurando criar a inadmissível figura do “roubo de uso”, no caso concreto dos autos a resp. decisão recorrida afastou-se da doutrina, do bom-senso e da prova dos autos, *data venia*.

Não negou S. Exa. o culto magistrado *a quo* a materialidade dos fatos, não negou sua autoria. Aliás, robustas provas, como já analisado a fls. 135/6 (a que, no que diz respeito, me reporto) mostraram que os réus praticaram voluntariamente os fatos narrados a fls. 2 e 100. Ora, entendeu o juízo de primeiro grau de jurisdição que os fatos não seriam roubo, porque os réus nada subtraíram da vítima, de acordo com suas palavras. Apenas se “serviram” do carro da vítima, que em momento algum teria perdido a posse ou a detenção do veículo.

3. Sobre deixar sem reprovação jurisdicional o constrangimento causado à vítima pelos réus, com emprego de armas (a se supor hipoteticamente certa a sentença ao negar o roubo) — olvidou as regras adjetivas dos artigos 383 e 384 do diploma adjetivo penal.

4. Examinemos os fatos.

1. Razões de apelação apresentadas por Hugo Nigro Mazzilli, quando ainda Promotor Público Substituto, em 23-05-1975, ao então existente Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Disponível em www.mazzilli.com.br/pages/artigos/roubouso.pdf.

No dia narrado na denúncia, os réus, mediante grave ameaça de armas, fizeram com que a vítima cedesse à intimidação de ambos, dizendo ser “um assalto” (fls. 11, 38, 98v.). Fizeram com que a vítima lhes entregasse o carro, indo aonde e por onde quisessem, durante o tempo que bem entenderam. Depois de terem assaltado a Jurandir Pedro Siqueira, abandonaram o carro e a vítima, sem nada levarem com eles.

5. Ora, não houve subtração? Não houve roubo?

Baseado na palavra da vítima, que disse não terem os réus “nada subtraído” (fls. 131v.) — poder-se-ia pensar que não houve roubo. Mas a vítima não entende de Direito, presume-se, para se lhes emprestarmos valor jurídico às suas palavras. Se houve roubo ou não, é o concerto instrutório que vai dizer, embora a vítima diga que em seu entender não houve subtração alguma.

6. Buscando analogia com a discutida figura do furto de uso, que muitos entendem não ser crime — buscou-se imaginar nestes autos uma figura de roubo de uso.

Mas se furto de uso — embora discutível — seria admissível, roubo de uso jamais poderá existir, por seus próprios fundamentos. É que no furto, a subtração ocorre sem ameaça ou violência à pessoa. E no roubo, a subtração ocorre com essa qualificadora.

Ora, quando os agentes, mediante violência ou grave ameaça, tomam algo da vítima, ainda que só para usar, estão roubando. É que, justamente por causa da violência ou da grave ameaça, a vítima está *ipso facto* perdendo a disponibilidade e a custódia da coisa, que passa para a esfera de disponibilidade dos agentes. Como se poderia admitir em tese que a vítima divida a posse, exerça vigilância, tenha disponibilidade sobre o objeto que os réus estão usando contra sua vontade (não *presumida*, como no caso do furto, geralmente, mas *efetiva*) mediante violência ou grave ameaça? Nem interessa no roubo a intenção dos agentes em usar a coisa por pouco, por muito tempo. O que importa é a subtração, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça. Se não puníssemos o “roubo de uso” — estaríamos deixando à margem do Direito Penal toda uma série de roubos de veículos que são usados em assaltos... Os fundamentos do furto de uso, que se haurem na equanimidade, na periculosidade reduzida, no diminuto relevo anti-social da ação — não existem no caso do roubo. Tanto é assim que o novo Código Penal (Decreto-lei n. 1.004, de 1969) embora contemplando a figura do furto de uso (artigo 165) — não contemplou igualmente a mesma figura, quando se trata de roubo. Ora, se punível fez ficar o furto de uso, que inegavelmente é de importância mais reduzida que o roubo de uso, é porque quis expressamente atenuar a situação de pessoas que subtraem para uso momentâneo uma coisa, restituindo-a imediatamente — mas sem violência a pessoa. Se quisesse beneficiar também quem rouba para usar, teria sido expresso. Mas seria um absurdo, pois roubar para usar ou roubar para ter em definitivo é tão reprovável, é tão anti-social, é tão antijurídico, é tão típico quanto seriam, por exemplo, extorquir para usar, cometer latrocínio para usar a coisa, etc.

7. Ademais, com o roubo, ao contrário do que disse a resp. sentença a fls. 143, *ipso facto* a vítima perdeu a *posse* da coisa.

O que é posse? Di-lo o Código Civil: o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade (artigo 485 do Código Civil). É a disponibilidade material da coisa.

Embora a vítima tenha ficado dentro do carro, isto ocorreu por ordem dos réus, mediante exibição de armas. Ia onde, como, por onde os réus mandavam. Posse não é apenas um contato físico com a coisa: é o exercício de algum dos poderes do proprietário: usar, gozar e dispor. A vítima não estava usando o carro (pois a própria decisão reconhece que quem o usava eram os réus) nem gozando ou fruindo do mesmo (pois não se pode crer que estivesse aproveitando o “passeio”, ou fazendo o que queria, no seu interesse) nem dispondo do mesmo (pois o carro estava, assim como seu dono, à disposição dos réus). Desta forma, não houve o exercício (pleno ou não) de nenhum dos poderes inerentes ao domínio: não houve posse. Nem se pode dizer que o mero contato físico da vítima com o carro, intimidada por armas, possa ser detenção que excluísse a posse dos réus: O artigo 487 do Código Civil dispõe que “não é possuidor aquele que, achando-se numa relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. Ora, qual a maior dependência que a da vítima, ameaçada por armas, obedecendo cegamente às ordens dos réus? Essa detenção jamais poderia ser disponibilidade própria, pela vítima, e jamais excluiria a disponibilidade alheia, mantida pelos réus. Não havia mais posse, uma vez que a vítima havia perdido o *animus domini*. Se nem aquele que recebe a coisa sem nenhuma ameaça, mas sem *animus rem sibi habendi* — se nem esse tem posse, muito menos a terá a vítima, diante da situação em concreto criada pelos assaltantes.

É verdade que a posse dos réus não era justa (artigo 480 do Código Civil), mas era posse, porque houve apreensão da coisa, houve condição de disponibilidade da coisa pelos agentes (artigo 493, incisos I e II, do Código Civil). Por parte da vítima, ao contrário, houve perda da posse, pela posse de outrem ainda contra a vontade da vítima, pois esta não se manteve na posse, durante os fatos, como vimos (artigo 520, inciso IV, do Código Civil).

Assim, inegável foi que houve subtração, pois o momento consumativo do roubo, como no furto, é a inversão da posse, é a perda de disponibilidade pela vítima sobre a coisa. Ora, no furto de uso, em tese pode uma corrente de doutrina ou de jurisprudência sustentar que não há a perda da disponibilidade da coisa, com a intenção do agente de restituir a coisa exatamente como a encontrou. Mas no roubo isso não seria verdadeiro, pois, com o emprego de violência ou ameaça, necessariamente a vítima perde a própria posse da coisa. Se no caso do furto de uso podemos vislumbrar com uma certa vontade uma posse *precária* do autor do furto, — no roubo, nota-se uma posse *total* da coisa; e a devolução da coisa, depois de consumado o crime, não poderia beneficiar o réu. Ademais, se se pudesse falar em detenção precária, no caso dos autos certamente não seria a dos agentes, mas a da vítima — contrariamente ao que ocorreria na figura do furto de uso.

9. Enfim, os réus não roubaram apenas o carro: roubaram o carro e tudo o que estava dentro, com a vítima e seus pertences. Se depois abandonaram vítima e carro, não podemos deixar como se indiferente fosse tal ação para o Direito, à guisa do que ocorreria com a discutida figura do furto de uso, de inegável desimportância jurídica, perto da gravidade de um roubo.

10. Não fosse por tais fundamentos, que já ensejariam plenamente a procedência da prestação jurisdicional condenatória, também por outro motivo os réus mereceriam condenação.

Agora vou usar o argumento diante do qual, mesmo na hipótese do furto de uso, teria havido furto, e que — com igual razão — leva à conclusão sobre a existência do crime de roubo.

De fato, os autores que admitem o furto de uso são expressos em mencionar a reposição da coisa exatamente na condição em que foi subtraída. Ora, admitindo apenas para raciocinar que — assim como furto de uso é possível roubo de uso — mesmo assim, no caso dos autos, não houve roubo de uso, mas roubo puro e simples, — o que demonstrarei com os argumentos tirados dos próprios defensores da figura do furto de uso. Diz Nelson Hungria, ao comentar a figura do furto de uso (*Comentários ao Código Penal*, vol. VII, Ed. Forense, 1967, n. 6, pág. 24):

“assim, se a coisa transitoriamente usada é um automóvel suprido de gasolina e de óleo, e se tais substâncias são total ou parcialmente consumidas, já então se apresenta um *furtum rei*, isto é, um autêntico furto em relação à gasolina e ao óleo”.

Não é outra a opinião de Noronha (*Direito Penal*, vol. II, pág. 223, n. 455 a, Ed. Saraiva, 1972):

“Deve ser entregue (a coisa) ao possuidor nas mesmas condições em que foi recebida, não estando, assim, p. ex., o automóvel, cuja gasolina e cujo óleo foram consumidos, não o provendo antes de entregar o agente”.

No caso dos autos, os agentes dirigiram o carro por onde quiseram por várias ruas, tendo devolvido o carro sem reabastecê-lo...

11. Enfim, quer porque seria impossível admitir em tese a figura do roubo de uso, em nosso convencimento; quer porque não faltam à ação dos réus nem tipicidade, nem antijuridicidade nem culpabilidade — merece provimento o apelo interposto, motivo pelo qual esse Egrégio Tribunal *ad quem* certamente haverá de dar a prestação jurisdicional pretendida a fls. 2 e 100, por Justiça!

São Paulo, 23 de maio de 1975.