

**Furto - Erro de tipo - Exclusão do dolo -  
Absolvição decretada - Coisa abandonada - Crime  
de apropriação de coisa achada - Elementar  
não descrita na denúncia - *Mutatio libelli* -  
Inaplicabilidade em segunda instância**

Ementa: Apelação criminal. Furto. Erro de tipo. Exclusão do dolo. Absolvição decretada. Coisa abandonada. Crime de apropriação de coisa achada. Elementar não descrita na denúncia. *Mutatio libelli*. Inaplicabilidade em segunda instância.

- Não comete o delito de furto o agente que pressupõe estar diante de coisa abandonada, por estar em via pública ao alcance de qualquer transeunte, incidindo em erro de tipo quanto à elementar 'coisa alheia móvel', que não compreende em sua definição a coisa abandonada (*res derelicta*).

- Comete o delito previsto no art. 169, II, do CP o agente que encontra celular em calçada de via pública, e, após dele se apoderar, deixa de restituí-lo ao saber quem é o seu dono.

- Porém, não estando todas as elementares do crime descritas na denúncia, inviável a condenação, por violar o princípio da correlação e não ter a *mutatio libelli* aplicabilidade em segunda instância.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0460.13.000677-4/001**  
- Comarca de Ouro Fino - Apelante: B.M.S. - Apelado:  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima:  
G.C.L. - Relator: DES. PAULO CEZAR DIAS

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2014. - Paulo César Dias - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público de Minas Gerais ofereceu denúncia contra B.M.S., imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do CP.

Ao final, a denúncia foi julgada procedente para condenar o acusado ao cumprimento de uma pena de 7 (sete) meses de reclusão, em regime aberto, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa, na razão unitária mínima legal. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direito consubstanciada em prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, o acusado interpôs recurso de apelação. Em razões (f. 68/70), pleiteia a absolvição. Alega que incorreu em erro de tipo plenamente justificável, uma vez que somente não entregou o celular para a vítima por não acreditar que esta seria a proprietária do aparelho.

Requer também a não incidência do pedido de condenação no crime de apropriação de coisa achada, conforme requerido pelo Ministério Público em sede de alegações finais.

Contra-arrazoado o apelo, subiram os autos, e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo seu desprovimento.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que o acusado subtraiu para si um aparelho celular pertencente à vítima G.C.L. (12 anos).

Segundo se apurou, o indiciado pegou o celular que a vítima esquecera deixado no chão, não manifestando a intenção de entregá-lo ao dono, pois pretendia trocá-lo por drogas.

Analisando a prova oral colhida na instrução do feito, conclui-se que há incerteza quanto à tipificação do crime de furto descrito na denúncia.

Se, de um lado, é certo que o réu encontrou o celular da vítima, que fora, por esta, esquecido na calçada, por outro lado, não há prova de que soubesse ser a vítima dona do aparelho, crendo se tratar de coisa perdida.

Do cotejo das provas, verifica-se que foram ouvidos apenas o réu e a vítima.

O primeiro, no seu interrogatório, em Juízo, disse:

[...] que não furtou, porque achou o aparelho próximo a sua casa e que realmente a vítima lhe pediu o telefone de volta, mas não o devolveu porque não acreditou que o telefone pertencia à vítima; que a polícia o abordou próximo à sua casa, recuperando o celular [...] (B.M.S. - f. 55).

A segunda declarou:

[...] que deixou o seu celular no chão da calçada onde estava; que a bicicleta quebrou e então deixou o celular no chão e após consertar a bicicleta foi embora esquecendo o celular; que então retornou ao local e viu o réu sentado no local onde deixara o celular; que pediu para o réu devolver o celular e este negou-se [...] (G.C.S - f. 54).

Procurei e não encontrei, nos autos, prova de que o réu viu a vítima esquecer o celular e dele se apropriar assim que ela se afastou, conforme afirmado na sentença.

O delito de furto consiste na subtração de coisa alheia móvel. No caso, não restou devidamente comprovado que o réu foi autor do referido crime, uma vez que a coisa foi achada, abandonada em uma calçada, crendo ele que havia sido perdida pelo dono, incidindo em erro plenamente justificável quanto à elementar coisa alheia inserida no tipo penal, o que vem afastar a caracterização do furto.

Nesse sentido, ensina a renomada doutrina:

Não podem ser objeto do crime de furto, por exemplo, aquelas coisas que não pertencem a ninguém, tais como *res nullius* (coisa que nunca teve dono), *res derelicta* (coisa que já pertenceu a alguém, mas foi abandonada pelo proprietário) e *res commune omnium* (coisa de uso comum, que, embora de uso de todos, como o ar, a luz ou o calor do sol, a água do mar e dos rios, não pode ser objeto de ocupação em sua totalidade ou *in natura*). E assim o é porque a coisa subtraída, para constituir objeto de furto, deve pertencer a alguém, e em qualquer das hipóteses antes mencionadas não pertence a ninguém (BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal comentado*. 7. ed., p. 639).

*In casu*, não restou provado de forma inequívoca o dolo do apelante na produção do resultado de subtrair coisa alheia móvel. Logo, deve ser reconhecido o erro de tipo, que exclui o dolo. O art. 20 do CP diz que o erro de tipo exclui o dolo, mas permite a punição da conduta a título de culpa. Enganou-se o acusado ao apropriar-se do telefone que estava em via pública ao alcance de qualquer pessoa que passasse, por supor tratar-se de coisa abandonada (*res derelicta*), não abrangida pela expressão “coisa alheia móvel”, afastando, assim, a caracterização do delito de furto.

A respeito do erro sobre elementos do tipo (erro de tipo), leciona Luiz Regis Prado:

O erro sobre o fato típico diz respeito ao elemento cognitivo ou intelectual do dolo, sendo sua contraface. É aquele que recai sobre os elementos essenciais ou constitutivos - fáticos ou normativos - do tipo de injusto. Nele o agente não sabe o que está fazendo; falta-lhe a representação mental exigível para o dolo típico. Tanto pode decorrer de uma equivocada apreciação de ordem fática como de errônea compreensão do direito (ex.: funcionário público, no delito de corrupção ativa - art. 333, CP; coisa alheia, no delito de furto - art. 155, CP). Nela o agente não sabe que está praticando um delito; falta-lhe a representação mental exigível para o dolo típico (lado inverso do dolo do tipo) (*Comentários ao Código Penal*, 7. ed., p. 177).

Em caso semelhante, decidiu este eg. Tribunal de Justiça em acórdão assim ementado:

Furto qualificado. Concurso de pessoas. Absolvição em primeira instância. Recurso ministerial. *Res derelicta*. Erro de tipo. Coisa alheia. Exclusão do dolo. Ausência de previsão do tipo culposos. *Res desperdita*. Delito possível de apropriação de coisa achada. Correlação. Sentença mantida. - Supondo os apelados tratar-se de coisa abandonada a *res* por eles apropriada, por estar em plena via pública, ao acesso de qualquer transeunte, tal circunstância afasta a caracterização do delito de furto, tendo em vista que a expressão coisa alheia inserida no referido tipo penal não abrange a coisa abandonada, incidindo o erro de tipo, neste em que o agente engana-se quanto ao elemento constitutivo do tipo, no caso, coisa alheia, muito embora, em tese, fosse possível condenação por delito de apropriação de coisa achada, cujo reconhecimento não se mostra possível em virtude do princípio da correlação e da vedação contida na Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal. Recurso não provido (Ap. Crim. nº 1.0115.05.007455-4/001 - Rel. Des. Judimar Biber - j. em 04.09.2009).

De outro lado, quando, em momento posterior, o réu teve ciência de quem era o proprietário e se recusou a devolver a coisa, incidiu no tipo penal de apropriação indevida de coisa a qual supunha perdida.

Com efeito, tendo o acusado achado coisa alheia, que acreditava perdida, deixando de devolvê-la ao dono, dela se apropriado indevidamente, praticou o crime descrito no art. 169, parágrafo único, inciso II, do CP, que prevê:

Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

[...]

II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entre entregá-la à autoridade competente, dentro do prazo de 15 (quinze) dias.

Apesar de o artigo fixar o prazo de 15 dias para a devolução da coisa, o crime se configura assim que o agente tem ciência de quem é o proprietário e se recusa a devolvê-la.

Nesse sentido, é a jurisprudência anotada por Luiz Regis Prado:

Apropriação de coisa achada. Art. 169, II, do CP. Agente que encontra carteira no chão de estabelecimento comercial e, após apoderar-se de dinheiro nela contido, deixa de restituí-la ao saber quem é o proprietário. Configuração. Decurso do prazo de 15 (quinze) dias. Desnecessidade. Configura o crime previsto no art. 169, II, do CP, a conduta do agente que encontra carteira no chão de estabelecimento comercial e, após apoderar-se de dinheiro de dinheiro nela contido, deixa de restituí-la ao saber quem é o proprietário. Mostra-se desnecessário o esgotamento do prazo de 15 (quinze) dias mencionado naquele dispositivo legal se as atitudes do réu revelam, inequivocamente, que ele não tinha a intenção de devolver a coisa, passando a se comportar como se fosse dono (*Comentários ao Código Penal*, 7. ed., p. 579).

Embora vislumbre um novo enquadramento legal da conduta, vejo-me impedido de reconhecer nova modalidade delituosa, sem ferimento ao princípio da correlação, por faltar à denúncia todos os elementos descritivos da qualificação típica, contidos no art. 169, II, do CP. A denúncia, embora faça alusão à coisa alheia, não descreve a elementar coisa alheia achada.

Dessa forma, como a elementar típica não foi descrita na denúncia, cabia a adoção da providência descrita no art. 384 do Código de Processo Penal. Todavia, de acordo como o enunciado da Súmula 453 do STF:

Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do CPP, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa.

Logo, já que as elementares do crime de apropriação de coisa achada não foram todas elas descritas na denúncia, o que me impede que confira aos fatos classificação jurídica diversa daquela apontada, imperiosa é a absolvição do apelante, aplicando-se, *in casu*, o princípio da correlação que determina que o juiz não pode condenar o réu por fato não descrito na denúncia.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para absolver o apelante do crime de furto, por atipicidade, com base no disposto no art. 386, III, do CPP.

Custas, pelo Estado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS e FORTUNA GRION.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...