

O diálogo das fontes entre direito civil e penal militar no crime de furto e de furto de uso

Matheus Santos Melo

Advogado. Escritor. Professor de Direito Penal Militar, parte geral, do ETNA Instituto Educacional. 1º Tenente R2 de infantaria do Exército Brasileiro. Pós-graduado em Direito Militar *lato sensu* pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Data de recebimento: 14/05/2022

Data de aceitação: 23/05/2022

RESUMO: O STJ ao adotar, em Recurso Repetitivo, a teoria da *apprehensio* para a consumação do crime de furto, deixou algumas arestas, pois aquela mesma corte entende que há uma elementar especial subjetiva do injusto naqueles crimes, qual seja: o *animus furandi*. Ao encontro de exigir esse específico fim de agir, o STM acaba usando critérios objetivos para afastar a tentativa de furto de uso (Art. 241, do CPM) e tipificar a conduta como crime de furto simples consumado, parâmetros como, por exemplo, a restituição da coisa com danos. Para afastar o problema de usar critérios objetivos na aferição de um elemento subjetivo (para afastar uma possível responsabilidade penal objetiva), este artigo propõe, pelo diálogo das fontes entre direito Civil e Penal, a utilização dos conceitos de posse e detenção do Direito Civil, para uma nova forma de subsunção

típica na conduta de furto e de furto de uso (Art. 240 e 241, do CPM) e afastar a presunção de uma elementar especial subjetiva do injusto, a qual, para as cortes superiores, estaria implícita no tipo. Nesse sentido, busca-se trazer uma subsunção mais objetiva e ontológica da conduta, pelo dolo natural, ao tipo de furto, valendo-se, para isso, do diálogo das fontes.

PALAVRAS-CHAVE: furto de uso; animus furandi; Diálogo das Fontes; Direito Civil; Direito Penal Militar.

ENGLISH

TITLE: The dialogue of sources between civil and military criminal law in the crime of theft and theft for use.

ABSTRACT: The Superior Tribunal de Justiça, by the Precedent's System, used the theory of apprehensio for characterize the consummation of the crime of theft. It brought some problems, because that same court understands that there is a special subjective element of the unjust in those crimes, namely: the animus furandi. Using this theory, the Superior Tribunal Militar uses an objective criterion to rule out the theft for use (Art. 241, of the Código Penal Militar) and classify the conduct as a simple theft consummated crime, using the parameter, for example, of the restitution of the thing with damages. To face the problem of using an objective criterion in the assessment of a subjective element (to avoid the objective criminal responsibility), this article proposes, by the Dialogue of Sources, the use of the concepts of possession and detention of Civil Law, to resolve the typical subsumption in theft and theft for use actions (Art. 240 and 241, of the CPM), removing the presumption of a special subjective element of unjust, which the courts supposes that is implicit in the type. In this sense, we tried to bring a more objective and ontological subsumption of

the action to the crime of theft, by natural dolus, using, for this, the dialogue of the sources.

KEYWORDS: theft for use; animus furandi; Dialogue of the Sources; Civil Law; Military Criminal Law.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Análise do dolo – 3 O *animus furandi* – 4 A teoria da *apprehensio* e os conceitos do Direito Civil – 5 A diferença entre posse e detenção, do Direito Civil, para resolver o caso paradigma – 6 Entendimentos doutrinários que também fazem o diálogo das fontes – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A tutela do patrimônio (direito constitucional assegurado, além de outros dispositivos, no Art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXX da Carta Magna), é feita por diversos ramos do direito, seja no âmbito administrativo (a exemplo da possibilidade de discussão de legalidade nas desapropriações e indenização prévia e justa em dinheiro); no âmbito tributário (a exemplo da proibição do caráter confiscatório dos tributos); no âmbito cível (pela tutela da posse, da propriedade intelectual e material, pela responsabilidade civil, direito sucessório *et cetera*); e, no âmbito penal, com a tipificação de condutas que, em *ultima ratio*, afrontem o patrimônio alheio.

O problema central a que este artigo busca alertar é a tutela deficiente do patrimônio, no âmbito penal militar, nos crimes de furto e de furto de uso (Arts. 240 e 241 do Código Penal Militar), tendo em vista que doutrina, a exemplo de Neves e Streinfinger (2021, p. 1412), e jurisprudência¹ majoritárias entendem que a expressão “para si ou para outrem” indicam um elemento subjetivo especial do injusto: o *animus furandi* ou *animus domini*. Acontece que, interpretando-se dessa maneira, há uma afronta na esfera de proteção do sujeito passivo, bem como incoerência nos próprios julgados dos tribunais superiores, quando feito o diálogo das fontes Civil e Penal.

Tem-se, como exemplo paradigma para este artigo, o seguinte caso hipotético: militar da ativa manda uma mensagem de texto a militar da ativa, dizendo que pegou, da sua mochila, no alojamento do quartel, as chaves de seu veículo automotor, estacionado dentro da Organização Militar, para ir à padaria (intenção de usar). Dessa situação, há quatro possíveis consequências: (a) sujeito passivo vê a mensagem e não consente com a subtração; (b) sujeito passivo consente; (c) sujeito ativo danifica o veículo antes de entregá-lo; e (d) sujeito ativo entrega o veículo no lugar e nas condições que o pegou,

¹ STJ - AgRg no HC: 644049 RJ 2021/0036491-7, Relator: Ministro Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1ª Região), T6 - SEXTA TURMA, DJe 31/08/2021.

sem sequer haver gasto de combustível. O que nos provoca questionamento se houve furto consumado, furto de uso ou tentativa em cada um desses resultados possíveis.

Para isso, far-se-á um estudo do dolo, do Direito Civil das Coisas e buscar-se-á um diálogo das fontes Penal e Civil, a fim de propor uma coerência lógica ao ordenamento e, de outro lado, não desamparar, da tutela penal militar, vítimas que têm o patrimônio esbulhado por quem comprova não haver *animus domini*. O método de abordagem será o indutivo, pois se identificarão fenômenos na realidade normativa e jurisprudencial que demonstrem que presumir o *animus domini*, por critérios objetivos, pode consubstanciar responsabilidade penal objetiva. A partir da análise da reação causa-efeito, formular-se-ão hipóteses, tratando suas respectivas respostas de forma universal, de modo que, afirmar-se-á, por fim, que não se deve presumir uma elementar subjetiva especial do injusto no crime de furto (Art. 240, do CPM). O método de procedimento utilizado será o comparativo. A técnica de pesquisa é a documental, fundada na bibliografia e nos demais dados da realidade supracitada (jurisprudencial, normativa *et cetera*). O marco teórico é a teoria do diálogo das fontes.

2 ANÁLISE DO DOLO

Para se entender o que é o *animus domini*, faz-se necessário analisar o que é o dolo na doutrina moderna. Passou-se por longo processo evolutivo para se chegar ao conceito de dolo natural que temos hoje, composto por: (a) vontade (elemento volitivo, mas que significa apenas a capacidade de decidir agir, de modo a influir no curso causal); e (b) consciência, previsão ou representação do resultado (elemento cognitivo, que significa o conhecimento das circunstâncias fáticas, que consubstanciem elementos integradores do tipo penal).

Em apertada síntese, com base nas obras de Bitencourt (2013, p. 91 a 124) e Neves e Streifinger (2021, p. 267 a 522), têm-se, como linha do tempo na evolução do dolo:

- a) o *dolus malus*, dos romanos da Idade Antiga, composto de normatividade, que era concebido como uma ofensa à lei moral e à lei do Estado. Na linguagem jurídica, era visto como astúcia e má astúcia, exercida com consciência de injustiça. Não se confundia com a culpa, que era compreendida como negligência culpável (PRADO, 2007, p. 363);
- b) o dolo psicológico, dos causalistas no início da Idade Moderna, que compunha (junto com a culpa) o

elemento culpabilidade, do conceito analítico de crime. Sendo, pois, o vínculo psicológico (vontade e previsão) que unia o autor ao resultado produzido por sua ação (e permitia-se a valoração das razões de agir do autor, de modo que causas como a coação moral suprimiria o elemento volitivo do dolo) (BITENCOURT, 2013, p. 93 e 94);

c) o dolo normativo, dos *neokantistas* (causalismo neoclássico), os quais sentiram a necessidade de dar mais axiologia ao direito penal, dando margem ao juiz para interpretar um novo elemento do dolo: a consciência atual da ilicitude (além de vontade e previsão). Retornando-se, portanto, ao dolo normativo dos romanos. Além disso, o elemento vontade perde o condão de ser valorado pelo juiz, sendo a coação moral analisada no juízo de reprovação social (culpabilidade), como exigibilidade de conduta diversa. De outro lado, na análise do dolo, passa-se a analisar as intenções específicas do agente, que podem constituir elementar (surge, pois, a ideia de dolo específico);

d) o dolo natural, do Finalismo, não analisado mais no juízo de reprovação social (pois se retiraram o dolo e a culpa da culpabilidade); analisando-o, pois, de forma mais ontológica e inerente à conduta humana (na

análise do fato típico). Dessa forma, o elemento volitivo do dolo (vontade) passa a ser analisado como a simples decisão de agir de maneira a influir no curso causal. O elemento intelectual continua sendo a representação (previsão ou consciência) do resultado e dos elementos fáticos, e a consciência da ilicitude (subsunção do fato à norma) passa a ser analisada pelo juiz, sob o critério do homem médio, na culpabilidade, como potencial conhecimento da ilicitude. Retirando-se, assim, qualquer caráter normativo do dolo.

Portanto, atualmente, a análise da vontade do agente é uma análise mais ontológica, simplesmente sobre a capacidade de decisão de agir e de influir no curso causal. Tanto a coação moral (inexigibilidade de conduta diversa) quanto o erro sobre a antijuridicidade da conduta (ausência de potencial conhecimento da ilicitude) são analisados na culpabilidade, no juízo de reprovação.

Nesse contexto, não há espaço para a análise de um “dolo específico”, pois o dolo é ausente de conteúdos normativos de fins específicos, é a simples decisão de realizar o núcleo do tipo com previsão atual dos elementos fáticos lá descritos.

Assim, qualquer elementar típica que preveja um específico fim de agir é tratada como *elemento subjetivo*

especial do tipo ou *elemento subjetivo especial do injusto*. Essa última expressão consubstancia ainda melhor o caráter dessas elementares: embora ampliem o aspecto subjetivo do tipo, elas têm o condão de condicionar ou fundamentar a antijuridicidade, ou seja, pertencem, ao mesmo tempo, ao tipo e à ilicitude, pois consubstanciam um conteúdo ético-social. Portanto, quando se exige o *animus injuriandi*, o fundamento não é afastar o dolo quando o agente pratica com *animus jocandi*, mas afastar a ilicitude do ato de alguém que fala algo por brincadeira, em uma justificativa ético-social, descaracterizando-se o tipo subjetivo, independentemente da presença do dolo (BITENCOURT, 2013, p. 52 e 53).

3 O ANIMUS FURANDI

Sob esse aspecto, quando os tribunais superiores entendem que o “para si ou para outrem”, do Art. 240 do CPM ou Art. 155 do CP comum, consubstancia um elemento subjetivo especial do tipo, qual seja: a finalidade específica de se assenhorar da coisa ou entregá-la a outrem, isso se torna perigoso para o bem jurídico tutelado e para o direito penal da vítima.

No exemplo paradigma, o sujeito ativo deixou claro sua finalidade específica de “uso” da coisa, e não de

assenhoramento. Caso ele danifique o veículo ou caso o sujeito passivo não concorde com o uso da coisa, isso não muda a ausência do elemento subjetivo especial, excluindo o injusto. Nesse sentido, julgou o STJ² ao absolver um sujeito que, alcoolizado, subtraiu uma máquina escavadeira e abalroou-a, junto de outros veículos, em via pública. Essa decisão compromete sobremaneira o direito da vítima, que teve seu patrimônio lesado, em decorrência da subtração e mau uso pelo sujeito ativo.

Os tipos penais, pelas teorias preventiva geral positiva e preventiva geral negativa da pena, têm a finalidade de desestimular que a sociedade cometa certas condutas (seja num diálogo positivo, seja numa mensagem dissuasória). Portanto, entender não ser injusta a conduta de subtrair, para uso, coisa alheia móvel pode acabar a estimulando no seio da comunidade.

Ainda analisando o *animus furandi*, a doutrina, a exemplo de Bitencourt (2012, p. 83), e o STM³ entendem que, para a configuração do furto de uso, são necessários alguns requisitos: (a) devolução rápida, quase imediata, da coisa alheia; (b) restituição integral e sem dano do objeto subtraído; (c)

² STJ - AgRg no HC: 644049 RJ 2021/0036491-7, Relator: Ministro Olindo Menezes (desembargador convocado do trf 1ª região), T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2021.

³ STM - APL: 70000265620187000000, Relator: Carlos Augusto de Sousa, Data de Publicação: 17/12/2018.

devolução antes que a vítima constate a subtração; e (d) elemento subjetivo especial: fim exclusivo do uso. Ou seja, analisam-se requisitos objetivos para aferição de um elemento subjetivo. O que nos leva a perguntar: o que o dano na coisa, por circunstâncias alheias à vontade do agente, interfere na sua intenção de apenas usar?

Ainda, a doutrina, a exemplo de Neves e Streinfinger (2021, p. 1420), e o STM⁴ entendem que o furto de uso, tipificado no Art. 241 do Código Penal Militar, exige a restituição imediata da coisa para a sua consumação, e, caso o agente seja pego antes de restituí-la, a conduta é tipificada como furto, e não furto de uso, pois “restituir” seria núcleo do tipo, tornando-o crime unissubsistente, impedindo a tentativa. Mais uma vez desprestigiando a análise subjetiva da elementar especial exigida pelos tribunais.

Para tentar solucionar as consequências do caso paradigma, buscar-se-á demonstrar que não se deve exigir *animus furandi* no delito de furto, ou seja, as elementares “para si ou para outrem” indicam apenas os destinatários da subtração. Subtração indica inversão da posse sem consentimento prévio do antigo possuidor. Assim, não há elemento subjetivo especial

⁴ STM - APL: 70000265620187000000, Relator: Carlos Augusto de Sousa, Data de Publicação: 17/12/2018.

do injusto no delito do Art. 240, do CPM; havendo, pois, somente no Art. 241 (para o fim de uso momentâneo).

Com essas premissas, para o fato típico, não cabe analisar um fim específico na subtração (finalidade de se assenhorar), mas tão somente: (a) a vontade (decisão de agir) de subtrair coisa alheia móvel, podendo a inversão da coisa recair tanto para si, quanto para outrem; (b) a consciência (previsão ou resultado) dos elementos fáticos do tipo (saber que a coisa é alheia, por exemplo); e (c) analisar se houve inversão da posse, sem consentimento prévio do antigo possuidor, caracterizando subtração. Para entender este último requisito, cabem alguns conceitos do Direito Civil e a retomada da teoria da *apprehensio*, a fim de fazer o diálogo das fontes.

4 A TEORIA DA *APPREHENSIO* E OS CONCEITOS DO DIREITO CIVIL

O STJ⁵ adota a teoria da *apprehensio* (e equipara-a à teoria da *amotio*) no que se refere à consumação do delito de furto, que ocorre no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, ainda que a posse não seja de forma

⁵ STJ - REsp: 1499050 RJ 2014/0319516-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 09/11/2015.

mansa e pacífica, não sendo necessário que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

Retira-se do Tema Repetitivo 916, do STJ, que, para a consumação do furto, basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-lo. Assim, se o autor da subtração está em fuga, ainda que perseguido logo após, 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.

No julgado, o STJ entendeu que se iguala a subtração da coisa pelo agente com o desapossamento (sem o seu consentimento) da vítima, citando doutrina:

[...] o delito se consuma com o 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.⁶

Há aqui um primeiro ponto a ser levantado: o STJ, ao concluir que deve haver o desapossamento da vítima, cita doutrina que mistura os conceitos de posse e detenção; mas, como se verá, a Corte Cidadã adota conceitos distintos para

⁶ MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano, IX, Torino, 1952. p. 167 *apud* STJ - REsp: 1499050 RJ 2014/0319516-0.

posse e detenção tanto no Tema 916, quanto em julgados pela Terceira Turma (direito privado).

O julgado traz também o posicionamento contrário de que parte da doutrina defende a “necessidade do apossamento, a fim de que o antigo possuidor seja substituído pelo novo possuidor, o que ocorre somente quando este tem disponibilidade sobre a coisa de modo autônomo, fora do âmbito de vigilância da vítima”⁷. Nota-se que aqui se condiciona a posse à ausência de vigilância da vítima.

Contudo, naquele julgado, o STJ utiliza como argumento final para a adoção da teoria da *apprehensio* precedente do STF (o qual traz conceitos do Direito Civil), fundamentando que: “o Código Civil é categórico no sentido de que há [em tais casos] posse imediatamente após a cessação da violência ou da clandestinidade”; e ironizando:

[...] 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 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

⁷ ANTOLISEI, Francesco. Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, I, 3. ed., p. 211-213, Milano, 1957; FOSCHINI, Gaetano. Il momento consumativo del furto. In: Reati e Pene: Studi, Milano, 1960. p. 13 *apud* STJ - REsp: 1499050 RJ 2014/0319516-0.

não tenha disponibilidade autônoma dessa mesma coisa? [...]

Concluindo-se que se consuma o crime de furto no momento em que o agente obtém a posse do bem, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

Pode-se extrair, portanto, do inteiro teor do Tema Repetitivo 916 do STJ, que o STF e os argumentos que fundamentaram a adoção da teoria da *apprehensio*, pela Corte Cidadã, fundamentam-se nos conceitos de posse e detenção do Código Civil, senão veja:

[...] 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. Ministro Moreira Alves, Pleno, DJ 16/8/1991) (...) o esbulhado pode recuperar a posse perdida se a retomar do esbulhador ainda que em virtude de perseguição imediata [...] (grifos nossos)

Portanto, extrai-se do julgado que STF e STJ retiram do Código Civil os fundamentos para caracterizar a inversão da posse nos crimes de roubo e furto. Naquele *códex*, não induzem posse os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade⁸. Aliado à teoria da *apprehensio*, entende-se que a clandestinidade ou violência cessam, assim que o agente retira o bem da vítima. O que faz ocasionar algumas incongruências com o Direito Civil. A Terceira Turma (direito privado) do STJ⁹ entende que a apreensão física da coisa por meio de clandestinidade (furto) somente induz a posse após cessado o vício (art. 1.208 do CC/2002).

No julgado daquela corte, traz-se que:

[...] especificamente quanto à clandestinidade, vale repisar que clandestina é a apreensão física da coisa de forma oculta, sorrateira, isto é, sem que o possuidor atual, vítima do ato clandestino, perceba a ocupação.

Ou seja, pelos conceitos da Terceira Turma (direito privado) do STJ:

[...] é indiscutível que o agente do furto, enquanto não cessada a clandestinidade ou escondido o bem subtraído, não estará no

⁸ Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

⁹ REsp 1637370/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 13/09/2019.

exercício da posse, caracterizando-se assim a mera apreensão física do objeto furtado. Daí por que, inexistindo a posse, também não se dará início ao transcurso do prazo de usucapião. É essa *ratio* que sustenta a conclusão de que a *res furtiva* não é bem hábil à usucapião. [...]

Há três caminhos para entender essa divergência:

- a) O STJ, na teoria da *apprehensio*, usa o conceito de posse em sentido lato, admitindo, para a consumação da subtração, a posse e a *naturalis possessio*, conceito trazido por Diniz (2012, p. 851), cujo detentor da coisa tem apenas a posse natural;
- b) O STJ está equivocado no conceito de cessação da clandestinidade do Art. 1.208, do Código Civil, dando-se esta pela exteriorização ou visibilidade do domínio, ou seja, pela relação exterior intencional entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a função econômica desta; bem como a consumação do delito pela *apprehensio* só se dá se o agente demonstra ter o pleno exercício de fato de, pelo menos, algum dos poderes constitutivos do domínio (usar, dispor, reaver ou fruir), ao encontro dos conceitos cíveis trazidos por Diniz (2012, p. 848 e 849);
- c) o STJ usa teorias diferentes sobre a posse, tendo o Direito Penal autonomia conceitual ao Direito Civil.

Pelo Tema Repetitivo 916 do STJ¹⁰, entende-se que o terceiro caminho não é o adotado pelas cortes, devendo-se adequar o conceito do Direito Civil ao Penal (diálogo das fontes). Já o primeiro caminho, de entender que a subtração se dá com a mera detenção da coisa, parece também equivocado, pois exemplos como o motorista, que pega o veículo do patrão, sem seu consentimento, para buscá-lo, poderia ser subsumido como subtração, assim como, em todas as consequências do caso paradigma, haveria furto.

A solução se dá em tornar mais claro os conceitos de posse e de detenção, para aplicá-los tanto no Direito Penal, quanto no Direito Civil e com a finalidade de não ter que adentrar numa elementar subjetiva especial do injusto que, a nosso ver, não deve ser exigida.

¹⁰ STJ - REsp: 1499050 RJ 2014/0319516-0, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 09/11/2015.

5 A DIFERENÇA ENTRE POSSE E DETENÇÃO, DO DIREITO CIVIL, PARA RESOLVER O CASO PARADIGMA

O conceito de posse, trazido por Diniz (2012, p. 848 a 851) e pelo Código Civil¹¹, se dá pela teoria objetiva, de Rudolf Von Ihering, em que são elementos constitutivos da posse: (a) *corpus*: exterioridade da propriedade que consiste no estado normal das coisas, sob o qual desempenham a função econômica de servir e pelo qual o homem distingue quem possui e quem não possui; e (b) *animus* ou *affectio tenendi*, que já está incluído no *corpus*, indicando o modo como o proprietário age em face do bem de que é possuidor.

Portanto, o *corpus* é o único elemento visível suscetível de comprovação, estando vinculado ao *animus*, do qual aquele é a manifestação externa. Assim, para a teoria objetiva, não é necessário o *animus rem sibi habendi* ou *animus domini*, mas apenas a exteriorização no mundo fático de poderes inerentes à propriedade. Tartuce (2019, p.70) traz o moderno conceito de posse-trabalho (função social da posse¹²) que vem sendo

¹¹ Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

¹² A função social da posse consta de enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, de 2011, com a seguinte redação: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos

aplicado pelos tribunais, mas trata-se de uma posse qualificada, ou seja, permanecem os conceitos da teoria objetiva ou subjetiva para descrevê-la no mundo fático (sem necessariamente a adjetivar).

Nesse sentido, propomos que, para analisar o crime de furto, não se deve analisar o *animus furandi* ou outro elemento subjetivo especial do injusto. Deve-se analisar se houve inversão da posse ou não e, para isso, deve-se adotar a teoria objetiva, ou seja, mais uma vez sem analisar o *animus* de quem tomou a coisa.

A mera detenção (fâmulos da posse ou *naturalis possessio*), atos de mera permissão ou tolerância e atos violentos ou clandestinos (se não cessada a violência ou clandestinidade) também não induzem posse (Art. 1.198 e Art. 1.208, Código Civil). Sobre os três primeiros conceitos:

- a) O fâmulos da posse é aquele que – em razão de dependência econômica ou de um vínculo de subordinação, em relação ao possuidor direto ou indireto – exerce, sobre o bem, a posse em nome desse possuidor (DINIZ, 2012, p. 850 e 851);
- b) atos de mera permissão exigem um comportamento positivo do possuidor que, sem perder a vigilância

bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela” (Enunciado n. 492).

sobre o bem, o entrega voluntariamente a terceiro, para que esse o tenha momentaneamente (DINIZ, 2012, p. 856);

c) a tolerância é conduta omissiva, consciente ou não, do possuidor que, sem renunciar à posse, admite atividade de terceiro em relação à coisa. O ato de tolerância requer um consenso tácito, podendo ser consciente ou não, devendo ser analisado de forma objetiva (teoria objetiva da posse) (DINIZ, 2012, p. 856 e 857).

A partir desses conceitos é que se buscará responder o caso paradigma e os demais problemas entre furto (Direito Penal) e usucapião (Direito Civil). Como já se viu, o furto comum se consuma com a inversão da posse, sem o consentimento do possuidor esbulhado. De outro lado, o furto de uso (Art. 241, do CPM) se dá com a mera detenção (cumpridas as demais elementares do tipo), o que nos leva a interpretar o termo “coisa subtraída” como “coisa tomada”, para não entrar em conflito com o termo “subtrair” do Art. 240 (pois neste último, exige-se a inversão da posse, e não mera detenção).

Nesse sentido, o motorista, que age sob ordem do patrão, não comete furto nem inverte a posse, por ser o fâmulos da posse do seu patrão (vínculo de subordinação). Já se esse mesmo motorista começar a usar o veículo para fins particulares, deve-

se analisar no caso concreto (de forma objetiva) se houve tolerância (ainda que inconsciente) do possuidor (patrão); nesse caso, o motorista que usa o carro, sem autorização, para ir almoçar, durante o horário de trabalho, pode-se considerar como mera detenção (pois o patrão estaria em ato de mera tolerância). Já o motorista que pega o veículo, num final de semana, para ir a uma festa e impressionar os convidados, agindo como dono, sem autorização do patrão, parece-nos sair da esfera de tolerância, induzindo posse e configurando o crime de furto, pois houve *corpus* (teoria objetiva), ainda que o motorista tivesse a finalidade específica de uso.

É nesse contexto que os quatro critérios objetivos, trazidos por Bitencourt (2012, p.83) e pelo STM¹³, para desconfigurar o *animus furandi*, fazem total sentido: (a) devolução rápida, quase imediata, da coisa alheia; (b) restituição integral e sem dano do objeto subtraído; (c) devolução antes que a vítima constate a subtração; e (d) elemento subjetivo especial: fim exclusivo do uso. Esses critérios, na verdade, desconfiguram o *corpus* da posse do agente, tornando-a mera detenção por tolerância tácita. Caso a *res furtiva* seja danificada ou o possuidor constate a subtração, não se pode mais classificar como um ato de tolerância, induzindo posse e consumando-se o

¹³ STM - APL: 70000265620187000000, Relator: Carlos Augusto de Sousa, Data de Publicação: 17/12/2018.

crime de furto pela teoria da *apprehensio* (consumação na inversão da posse).

No caso paradigma, se o militar, sujeito passivo, vir a mensagem e não consentir com a detenção, consuma-se o crime de furto, pois configurar-se-á posse. Se o militar consentir, há um ato de mera permissão, configurando detenção, conduta atípica no CP e: (a) atípica no CPM por faltar a elementar de “imediatamente restituir ou repor”, sendo que a posterior devolução, pelo sujeito ativo, é consequência da permissão do possuidor, e não do *inter criminis* (rompe-se o curso causal da conduta de tomar a coisa, pelo ato [conduta comissiva] de permissão do possuidor); ou (b) lícita no CPM, se se entender que “imediatamente restitui ou repor”, do Art. 241, trata-se de mero exaurimento do crime, sendo o consentimento do ofendido, concomitante à execução do *inter criminis*, excludente de ilicitude. Se o militar, sujeito ativo, danifica o veículo e devolve-o avariado, não se pode considerar tolerância tácita inconsciente do sujeito passivo, configurando posse e consumando-se o crime de furto. Se o sujeito ativo entrega o veículo no lugar e condições que pegou, com gasto irrelevante de combustível (sem danos), e sem ter se comportado como dono (tendo elementos fáticos de que, ao passar no corpo da guarda, por exemplo, ele informou que o veículo não era seu, mas que estava apenas indo à padaria com ele), houve ato

(conduta omissiva) de mera tolerância tácita (inconsciente) do possuidor, configurando detenção e conduta atípica no CP e típica no CPM, pois completo o *inter crimins* e as elementares do Art. 241 do *códex* castrense. Caso o sujeito ativo fosse impedido no corpo da guarda, e o sujeito passivo não consentisse com a tomada do bem, configuraria inversão da posse e crime de furto consumado; caso anuísse, conduta atípica no CP comum e atípica no CPM ou lícita (caso entenda que a restituição no mesmo lugar é mero exaurimento do Art. 241, sendo o consentimento do ofendido excludente de ilicitude).

Como se viu acima, há um importante questionamento que também pode levar a uma quebra de paradigma do STM e que tutelaria de forma mais ampla o patrimônio da vítima: o ato de restituir a coisa, no lugar que a encontrou, não seria mero exaurimento do crime de furto de uso (Art. 241, do CPM)? Respondendo-se positivamente, pode-se entender que a tomada da coisa alheia, como mera detenção (sem exercício do *corpus*), restituída em diverso lugar, configuraria furto de uso consumado. De outro lado, poder-se-ia argumentar que o fato de restituir a coisa em lugar diverso, seria manifestação do *corpus* (aquele que pega algo e a põe em outro lugar, comporta-se como dono, descaracterizando-se um ato de mera tolerância do sujeito passivo, o qual teria que procurar a coisa perdida).

Quanto à consumação do delito, há um paradoxo, no diálogo das fontes, que se buscará resolver. Pela teoria da *apprehensio* e os conceitos de clandestinidade do Direito Civil, o crime só se consumaria, ou seja, só há configurada a posse, quando cessada a clandestinidade. Assim, caso um militar pegue um veículo alheio e o esconda (mantenha clandestino), sem o usar, danificar ou qualquer exercício de poderes da propriedade de forma pública (*corpus*), o crime de furto só se consumará (teoria da *apprehensio*) quando alguém achar o veículo e cessar a clandestinidade.

É uma opção hermenêutica para não entrarem em conflito dois problemas: (a) o sujeito passivo quer que cesse a clandestinidade para consumir o furto e ter a tutela de seu patrimônio pelo Direito Penal; e (b) o sujeito ativo também quer que cesse a clandestinidade para configurar a posse e ter o início do prazo para aquisição da propriedade por usucapião (Art. 1.261 do Código Civil).

Ou seja, a consumação ocorrerá quando houver a inversão da posse, e essa só se dará quando cessada a clandestinidade. No caso do militar que furta o veículo e o esconde, a consumação do crime se dará quando: (a) a polícia ou alguém encontrar o veículo por serendipidade; (b) a polícia ou alguém, durante as investigações, descobrir o paradeiro do veículo; ou (c) o sujeito ativo do crime passe a exercer

publicamente poderes da propriedade (*corpus*), havendo exteriorização/visibilidade do domínio (configurando posse). Ressalvando-se que, a partir do momento em que o sujeito passivo sente falta da coisa tomada, haveria já o início do *inter criminis*, tutelado pelo instituto da tentativa (o qual se discorrerá a seguir). Portanto, o sujeito passivo já poderia fazer um Boletim de Ocorrência para dar início à tutela penal do seu patrimônio.

Ou seja, nesse contexto, para fins de consumação e de início da contagem para a usucapião, propõe-se, pelo diálogo das fontes, levar em conta o início da aquisição da posse, que se dá quando cessada a clandestinidade (furto) ou violência (roubo). O que nos remete a outro problema: militar pega, furtivamente, de outro militar, um anel valioso e o esconde, sem o usar nem danificar e, passados cinco anos, ele devolve esse anel ao dono. Caso ele o devolva de forma anônima, a pergunta que nos remete: se foi cessada a clandestinidade, sem o sujeito ativo adquirir a posse (em tese, não haveria *corpus*), como se daria a consumação do furto? Há três possíveis respostas, todas a fim de manter o diálogo das fontes entre direito Civil e Penal, remetendo-nos a responder: (a) que não houve *corpus*, sendo conduta atípica no CP comum e atípica no CPM (caso se entenda que a restituição no mesmo lugar, do Art. 241, não se trata de mero exaurimento), tendo sido o fato mera detenção; (b)

não houve *corpus*, mas a restituição da coisa, no mesmo lugar, do Art. 241, do CPM, é mero exaurimento, sendo conduta atípica no CP comum e típica no CPM; ou (c) quando o sujeito ativo, ainda que anonimamente, restitui a coisa em lugar diverso, evidente está o *corpus* e a inversão da posse (consumação do crime de furto), pois aquele que toma coisa alheia e a restitui em lugar diverso ou a restitui após longo lapso temporal (cinco anos), comporta-se como dono, não se podendo falar em ato de mera detenção, sendo a própria restituição, ainda que anonimamente, uma manifestação do *corpus* e, portanto, da cessação da clandestinidade, consumando-se, naquele momento, o crime de furto. Ressalta-se que caso se adote pela atipicidade, deve-se resolver as perdas e danos, pela ausência do anel, com a responsabilização civil.

A adoção das teorias da *apprehensio* e da posse do Direito Civil para tipificar o crime de furto pode trazer, também, outros questionamentos: adotá-la tornaria o crime, de furto, unissubistente? Poder-se-iam defender teses de que ou se inverte a posse ou não se inverte (sendo um crime de um só ato, e não se admitindo tentativa). Contudo, vemos mais uma vez a chave de hermenêutica na teoria do *corpus*. O furto qualificado ou agravado, à luz da tese do *corpus*, admite facilmente a tentativa, pois elementos como emprego de chave falsa, rompimento de obstáculos, escalada, mostram que o agente está

cometendo atos executórios para exercer, no plano fático, a exterioridade da propriedade.

No furto simples, no caso paradigma, o militar que mexe na mochila do outro para pegar as chaves do veículo alheio, caso seja flagrado, a solução se dá de forma semelhante à quando o mesmo é flagrado no *inter criminis* do furto de uso: se o sujeito passivo consentir, não há tentativa de furto simples e, adotando-se a restituição, do Art. 241, do CPM, como mero exaurimento, há excludente de ilicitude do furto de uso pelo consentimento do ofendido (o qual é admitido, por ter sido concomitante ao crime); adotando-se o “restituir”, do Art. 241, do CPM, como elementar do crime, seria caso de atipicidade. Assim, o consentimento, à luz do Direito Civil, trata-se de ato de mera permissão. Caso o sujeito passivo não consinta, há flagrante tentativa de inversão da posse e, portanto, tentativa de furto simples, mesmo o sujeito ativo demonstrando o ânimo de apenas usar, pois o que importa, para a consumação, é o *corpus* exteriorizado pela ação.

6 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS QUE TAMBÉM FAZEM O DIÁLOGO DAS FONTES

A doutrina também faz o diálogo das fontes principalmente para definir a esfera de proteção dos crimes

patrimoniais. Coimbra Neves e Streinfinger (2021, p. 1396 a 1398) trazem os conceitos de posse objetiva, de Rudolf Von Ihering, para fundamentar que a objetividade jurídica do crime de furto (Art. 240, CPM) é a propriedade, e não a posse e a detenção. O autor fundamenta que o CPM, no Art. 241, usou o furto de uso para tutelar a detenção; sendo o Art. 240, portanto, manifestação da tutela da propriedade.

Greco (2009, p. 368) entende que os crimes patrimoniais tutelam a posse e a propriedade, excluindo da esfera de proteção apenas a mera detenção:

Somos partidários da corrente que compreende a posse como um dos bens juridicamente protegidos pelo tipo penal do art. 155. Existe perda tanto para o possuidor quanto para o proprietário da coisa. No entanto, não conseguimos visualizar a perda que sofre o mero detentor para que se possa incluir a detenção da coisa como bem juridicamente protegido pelo tipo penal em estudo.

Já Bitencourt (2010, p.31) entende que há lesão ao patrimônio quando se ofende a propriedade, a posse e/ou a detenção, consoante afirma:

Bens jurídicos diretamente são a posse e a propriedade da coisa móvel, como regra geral, e admitimos também a própria detenção como objeto da tutela penal, na medida em que usá-lo, portá-lo ou simplesmente retê-lo já representa um bem para o possuidor ou detentor da coisa.

Nota-se que os três autores buscam nos conceitos do Direito Civil, para delimitarem o âmbito de proteção da norma penal. Consoante se observou nos tópicos acima, este artigo se filia à corrente de Rogério Greco, de que apenas a propriedade e a posse são tuteladas no furto comum (Art. 240 do CPM e Art. 155 do CP comum) e ousamos discordar que o Art. 241, do CPM, por si só, tutela a detenção, tendo em vista que o crime se dá quando o sujeito ativo exerce justamente a detenção, ou seja, o tipo penal não a tutela, mas sim a criminaliza.

A importância de saber a objetividade jurídica no crime de furto é para situações em que o sujeito passivo está com a mera posse ou apenas com a detenção do objeto a ser furtado. Por exemplo, o sujeito passivo pode ter alugado um veículo automotor e estar exercendo o *corpus*, (para um melhor exemplo, suponhamos que seja uma relação contratual entre pessoas físicas, afastando-se o Código de Defesa do Consumidor) o sujeito, portanto, está comportando-se como dono (teoria objetiva da posse). Nesse caso, se o sujeito passivo for furtado, o mesmo poderá buscar a tutela penal como vítima, tendo em vista que o esbulho afrontou seu patrimônio (ele, em tese, terá que indenizar o locatário, pela perda do bem). Já nos casos de mera detenção, não vislumbramos uma afronta ao patrimônio. Por exemplo, o fâmulos da posse que dirige, como

motorista particular, o veículo de seu patrão, acatando estritamente suas ordens, e é furtado, não tem sua esfera patrimonial afrontada pelo esbulho, tendo em vista que não terá que indenizar seu patrão, pois está fielmente seguindo suas ordens; o mesmo se dá ao cliente de supermercado que coloca produtos dentro no carrinho e é furtado, não há afronta ao seu patrimônio, pois o cliente não terá que indenizar o supermercado (por serem atos de mera permissão) e nem tinha o produto constituindo seu patrimônio, pois o cliente ainda não havia pago pelo mesmo.

Ou seja, o diálogo das fontes não é um exercício desnecessário e afastado pela doutrina e pela jurisprudência. Na verdade, ambas defendem a intersecção de conceitos, ou seja, não há que se falar em uma independência conceitual entre Direito Penal e Direito Civil, no que diz respeito à propriedade, posse e detenção.

7 CONCLUSÃO

Exercitar o diálogo das fontes sobre posse e delitos como o furto é desafiador, mas parece necessário; pois, como se viu, o julgado em Recurso Repetitivo pelo STJ (tema 916), ao adotar a teoria da *apprehensio*, usou como fundamento o Código Civil para a inversão da posse, trazendo, inclusive, julgados do STF.

Ainda, vê-se como necessário o diálogo das fontes e a adoção da teoria objetiva da posse, para não presumir um elemento subjetivo especial do injusto que não está explícito no tipo.

Estefam (2019, p. 611 e 612) faz essa ressalva no crime de estupro (Art. 213, CP), no qual doutrina e jurisprudência majoritárias exigem um elemento subjetivo especial do injusto implícito no tipo (qual seja: o fim de satisfazer a lascívia). O que é perigoso para a tutela da vítima (a exemplo: um assaltante que, com a finalidade de traumatizar as vítimas, manda que se dispam e toquem-se entre elas; evidentemente, afronta a dignidade sexual, contudo seria afastado o crime de estupro, por ausência da finalidade de satisfação da lascívia pelo agente, o problema é que o tipo penal do estupro fala em “praticar ato libidinoso”, sem exigir finalidade específica).

O STJ¹⁴, em 2020, não admitiu recurso, por entender que teria que adentrar na matéria fático-probatória em crime de

¹⁴ STJ - AREsp: 1659317 MG 2020/0027978-6, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, DJ 11/03/2020: [...]constrangeu a vítima a tolerar que aquele introduzisse o dedo em sua vagina, com o intuito de averiguar possível infidelidade daquela. [...] não possuía a intenção deliberada de satisfazer sua lascívia, pelo que o constrangimento se encerrou em si mesmo. Assim, no presente caso, por não vislumbrar que o ato praticado pelo apelante, conquanto imoral e reprovável, possua tipicidade necessária para caracterizar o crime de estupro, tenho ser caso de se proceder à desclassificação de sua conduta para aquela prevista no artigo 146 do Código Penal, inclusive em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

estupro (podendo tê-lo admitido e julgado pela desnecessidade de provar especial fim de agir, análise que não remeteria à Súmula 07 daquela corte e não deixaria a vítima sem a tutela penal). Contudo, em diversos julgados recentes¹⁵, apesar de ainda não discutir o mérito sobre a exigência ou não do elemento subjetivo especial do injusto, o STJ vem trazendo trecho da obra do mencionado doutrinador (André Estefam), sobre a desnecessidade de um específico fim de agir no crime do estupro.

Portanto, parece-nos que a tendência evolutiva da jurisprudência (*overuling*) é pela não exigência de finalidades específicas, quando não explícitas no tipo, sob pena de afrontar a tutela penal de bens jurídicos e de desproteger as vítimas, vindo a utilizar a doutrina de André Estefam e afastar a presunção de um *animus* no crime de estupro.

Como se viu, as elementares especiais subjetivas do injusto estão intimamente ligadas a uma função ético-social, a qual deve ser delimitada pelo legislador, e não presumida pelo Poder Judiciário.

Assim, feita toda essa análise do Direito Civil e Penal, com o diálogo das fontes, propõe-se uma mudança na subsunção

¹⁵ STJ - AREsp: 2015713 DF 2021/0370667-0, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Publicação: DJ 17/02/2022; STJ - REsp: 1808444 DF 2019/0111894-8, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, T6 - SEXTA TURMA, DJe 17/06/2019.

de condutas ao tipo do Art. 240 e 241 do CPM. Propõe-se, pois, o uso da teoria objetiva da posse, do Direito Civil, para a consumação do crime de furto, a fim de não desproteger, da tutela penal, condutas dolosas e ofensivas que lesem o patrimônio alheio, bem como não ser incoerente ao criar critérios objetivos para análise do tipo subjetivo (como a jurisprudência vem aplicando, ao caracterizar o *animus domini*).

Portanto, condutas como o agente que, furtivamente e com fim específico de uso, pega veículo alheio e, culposamente, danifica-o, não deverão ser mais tipificadas como furto consumado por haver *animus furandi*, mas sim por haver dolo e inversão da posse (dolo natural e posse pela teoria objetiva).

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 8. ed., v.3. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena de. *Código Civil: anotado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. *Direito penal, volume 2: parte especial* (arts. 121 a 234-B). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2009.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar – Volume Único*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das coisas*. 11. ed., v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2019.