



NOTAS ACERCA DO CRIME DE FURTO DE COISA COMUM

*Christiano Fragoso**

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O art. 156 CP estabelece uma forma privilegiada de furto, quando a coisa subtraída é um bem comum ao agente e à vítima. Tal disposição, como admite Hungria (1958, p. 49), é “*uma reprodução do art. 627 do Código Penal italiano*” de 1930. Em nosso direito anterior, não havia tal privilégio; ao contrário, o art. 334 do CP de 1890 estabelecia que havia furto simples, mesmo que “*a coisa pertença a herança ou comunhão em estado de indivisão*”.

Um fragmento de Paulo (“*rei hereditariae furtum non fit*”, no Digesto 47, 19, 6) indica que, no antigo direito romano, o coerdeiro que subtraía bens da herança indivisa não cometia crime de furto; mas aos prejudicados cabia a *actio expilatae hereditatis*, para a reparação do dano. Essa modalidade de privilégio é desconhecida de diversas legislações.

Embora alguns autores, como Fiandaca e Musco (1996, p. 94), discutam a legitimidade do privilégio (entendendo que não haveria menor periculosidade social nem menor intensidade de dolo em quem furta coisa comum), é inegável a menor gravidade intrínseca à conduta de subtrair coisa de que se é, em parte, dono.¹ Por isso, penso que, embora na operatividade prática do sistema penal as criminalizações secundárias por este tipo penal sejam pouco frequentes (o que parece denotar que, em regra, eventuais conflitos a ele possivelmente subsumíveis estejam sendo dirimidos por vias extrapenais), é salutar e justo que se mantenha um tratamento jurídico menos gravoso do que o do furto comum. Por sua proximidade com alguns crimes contra o patrimônio, esse tipo penal, ademais, permite, como se verá, importantes discussões dogmáticas e político-criminais.

* Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

¹ No mesmo sentido do texto: “é manifesta a menor gravidade da subtração de coisa de que o agente é comunheiro” (HUNGRIA, 1958, p. 48); (FRAGOSO, 1995, p. 203).

2 OBJETIVIDADE JURÍDICA

Os bens jurídicos que podem ser violados, com a prática da conduta típica, são a copropriedade, a posse legítima e a detenção legítima. Alguns autores (MIRABETE, 2003, p. 235; BITENCOURT, 2008, p. 61) falam apenas em propriedade e posse legítima, enquanto outros (GRECO, 2012, p. 50; PRADO, 2000, p. 384.), mantendo a propriedade e a posse, não mencionam o requisito de legitimidade desta última; e, por fim, há quem só se refira, genericamente, a patrimônio (JESUS, 1997, p. 331).

Na medida em que o sujeito é, por igual, proprietário da coisa, não se poderia dizer que a conduta típica viola, pura e simplesmente, a propriedade; viola-se, mais precisamente, a copropriedade. O advérbio “*legitimamente*” impõe que se reconheça que a tipicidade da conduta exige que se trate de posse legítima: isto repercute, portanto, para delimitar o bem jurídico que pode ser violado. De outro lado, também há tipicidade se se trata de mera detenção legítima (eis que a lei usa o verbo “*detém*”, e não “*possui*”); assim, se alguém, por permissividade ou tolerância do proprietário ou do possuidor, detém legitimamente uma coisa (e, portanto, **não** tem a posse, CF. art. 1.208, Código Civil), essa relação fático-jurídica que se estabelece entre o detentor e a coisa também pode ser violada pela prática da conduta típica.

3 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

Tem-se, aqui, um crime próprio, eis que o tipo exige, do sujeito ativo, qualidades especiais. Somente o condômino, o sócio ou o coerdeiro pode ser *sujeito ativo* deste crime. Essa condição é elementar e indeclinável, transmitindo-se, todavia, ao partícipe que não a detenha (art. 30, CP). Correlatamente, o sujeito passivo será o condômino, sócio ou coerdeiro. O terceiro que legitimamente tenha a posse ou a detenção da coisa, mesmo que não detenha uma dessas qualidades (condômino, sócio ou coerdeiro), também pode ser sujeito passivo.

4 TIPO OBJETIVO

A conduta típica consiste em subtrair coisa comum, a quem legitimamente a detém. *Subtrair*, aqui, tem significado idêntico ao do crime de furto; portanto, tirar a coisa do poder de fato de alguém e submetê-la ao próprio poder de disposição. Como bem diz Heleno Fragoso, “é irrepreensível a lição de *Mezger*, que define a subtração como o rompimento do poder de fato alheio sobre a coisa e o estabelecimento de um novo. Constitui pressuposto do fato, evidentemente, que o agente não tenha a posse ou a livre disposição da coisa, isto é, a disponibilidade não sujeita à vigilância do titular de direito patrimonial em relação à mesma” (FRAGOSO, 1995, p. 191).

Subtrair exige conduta ativa; assim, o crime é comissivo, só se comete por ação. Diversos autores (GRECO, 2012, p. 51) admitem que o crime seja praticado por omissão, “*desde que*

o agente goze do status de garantidor”, muito embora ninguém forneça exemplos ou discuta casos concretos (que, aliás, a jurisprudência também não contempla); não há, a meu ver, subtração por omissão: o que pode ocorrer, conforme o caso, é a configuração de outro delito patrimonial (p.ex., estelionato [art. 171 e seus parágrafos, CP]).

O objeto material deve ser uma coisa, ou seja, um bem. Uma pessoa viva não é uma coisa; portanto, a subtração de uma pessoa (ou de partes dela) não pode, jamais, constituir crime de furto. É, todavia, crime de subtração de incapazes o ato de *“subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial”* (art. 249, CP).

Embora o tipo não mencione expressamente, a coisa comum, como é da própria natureza do furto, deve ser *móvel*. Coisa móvel é aquela coisa que pode ser movida de um local para outro, desprezadas as ficções da lei civil. Bens imóveis não podem ser objeto de crime de furto. São imóveis *“o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”* (art. 79, Código Civil); portanto, a árvore, o arbusto, a planta rasteira, ainda quando resultantes do trabalho do homem, são imóveis por natureza (PEREIRA, 2013, p. 349).² Os Tribunais têm, todavia, aceitado que árvores extraídas do solo ou frutos de árvores podem ser objeto de furto (RT 581/441, RTJ 86/791). A planta (ainda que de grande proporção), cultivada em vaso, não é bem imóvel. Bens móveis, por sua vez, são *“os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômica”* (art. 82, Código Civil).

Em matéria penal, não valem as ficções jurídico-civis que transformam bens que, por natureza, são móveis, em bens imóveis: p. ex., *“as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local”*, ou *“os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem”* (CF. art. 81, I e II, CC) são, por ficção, para fins jurídico-civis, bens imóveis, mas continuam a constituir, para fins jurídico-penais, bens móveis. Assim, para o direito penal, é simplesmente *“tudo o que possa ser transportado de um lugar para o outro”* (FRAGOSO, 1995, p. 317), descartadas as ficções legais.

A lei civil ainda trata dos chamados bens móveis por determinação legal (PEREIRA, 2013, p. 355): para *“efeitos legais”*, seriam bens móveis, *“as energias que tenham valor econômico”* (art. 83, I, CC), *“os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes”* (art. 83, II, CC) e *“os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”* (art. 83, III, CC). Os direitos autorais (art. 3.º, L. 9.610/1998 e os direitos decorrentes da direitos decorrentes de propriedade industrial (art. 5.º, Lei 9.279/1996) também são, por ficção, considerados bens móveis. Para fins jurídico-penais, essas ficções não prevalecem³ (PRADO, 2000, p. 202-203); para o Direito Penal, é indispensável que o objeto da conduta seja um bem corpóreo ou que, ao menos, seja e esteja fisicamente apreensível. Bens incorpóreos ou que não sejam e estejam passíveis de apreensão física não podem ser objeto de crime de furto. Gases são bens incorpóreos,

² A retirada de árvores, todavia, pode constituir, como se sabe, crime ambiental (cf. art. 39, L. 9.605/98, se for *“floresta de preservação permanente”*).

³ No mesmo sentido, referindo-se ao art. 83, II, CC.

mas, se estiverem confinados a recipientes que possam ser apreendidos e deslocados, podem ser objeto de crime de furto de coisa comum.

A coisa deve ser *comum*, “isto é, deve pertencer a mais de uma pessoa, que pode sobre ela exercer direito limitado pela propriedade dos demais” (FRAGOSO, 1995, p. 204). Se a coisa for *alheia*, o crime é, por evidente, o de furto simples — art. 155 CP (e não o de furto de coisa comum), desde que conjugado ao dolo próprio daquele crime. Se a coisa for própria, não há crime algum, salvo a possibilidade de configuração do crime do art. 346 CP.

Como leciona Caio Mário da Silva Pereira, “dá-se condomínio, quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma das partes” (PEREIRA, 2013, p. 1510). Herança é o patrimônio de um falecido que se transmite aos seus herdeiros. Com a morte de alguém, estabelece-se, entre os seus herdeiros, um estado provisório de comunhão, que só finda com a partilha, que conferirá, a cada herdeiro, sua cota individual e concreta (NORONHA, 1963, p. 305). Coerdeiro é aquele que tem direito a uma parte ideal de uma herança.

Sócio é uma pessoa física ou jurídica que detém cotas do capital social de uma pessoa jurídica; para fins de furto de coisa comum, interessa apenas a pessoa física. Esse é o conceito de sócio de direito. O dispositivo também abarca a sociedade de fato; assim, se duas pessoas são sócias, de fato, nos direitos de propriedade de algum bem móvel, também se aplica o presente artigo.

Discute-se, na doutrina italiana (cujo art. 627 tem redação idêntica), se é imprescindível, para a configuração deste delito, que a comunhão da coisa decorra especificamente da condição de “*co-proprietário, sócio ou coerdeiro*”, ou se tal comunhão poderia decorrer de outra relação jurídica (p.ex., *co-legatário*). Pagliaro, embora diga que incluir o “*co-legatário*” violaria o princípio da legalidade, opina, atento à equidade, no sentido de que, no direito penal, devem prevalecer, sobre a linguagem técnica, os significados que a linguagem comum atribui às expressões linguísticas; por tal motivo, considerando que “*un ‘collegatario’ non è, nel linguaggio comune, figura diversa dal ‘coeredere’*”, admite caracterizar-se o furto de coisa comum, e não o furto simples (PAGLIARO, 1997, p. 515). Não me parece haver violação ao princípio da legalidade; a hipótese simplesmente não foi prevista, o que configura lacuna, que pode ser integrada por analogia *in bonam partem*; admitir a prevalência da linguagem comum não parece ser a melhor técnica.

Se os bens pertencem a uma sociedade que não detenha personalidade jurídica, os autores, em geral, se pronunciam pela configuração do delito de furto de coisa comum. Candente controvérsia se estabelece se o furto é praticado por cotista de uma sociedade legalmente constituída, contra o patrimônio da própria sociedade: discute-se se há furto de coisa comum (art. 156 CP) ou furto simples (art. 155 CP). A questão assume grande importância, eis que, na hipótese de prevalecer a interpretação de trata-se de furto simples, podem ser aplicadas as respectivas qualificadoras e majorante.

Nelson Hungria (1958, p. 438-449), um dos autores do Código Penal, defendia que se

configura furto de coisa comum, assim se manifestando: “o direito penal, essencialmente realístico, é infenso às ficções ou abstrações do direito civil ou comercial. Na realidade prática, não obstante o princípio de que *societas distat a singulis*, o patrimônio que serve ao fim comum é condomínio ou propriedade comum dos sócios. E isto mesmo reconhece o nosso próprio Cód. Civil (artigo 1.373). O artigo 156 (reprodução do art. 627 do Cod. Penal italiano) não distingue entre sócio e sócio. É inquestionável que, se quisesse fazer distinção, teria acrescentado à palavra sócio a cláusula ‘salvo em se tratando de sociedade com personalidade jurídica’. Não fez, nem podia fazer tal distinção, pois, de outro modo, estaria infringindo o ‘*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*’.”⁴ Rogério Greco defende que essa interpretação se impõe porque “o sócio se sente dono do patrimônio de sua empresa, que inclusive foi idealizada por ele” (2012, p. 53).

Embora com importantes restrições adiante esclarecidas, a razão está com a corrente dominante, inaugurada no Brasil por Magalhães Noronha, e que defende que a hipótese é de furto simples (art. 155 CP). Ainda que seja verdade que a lei se refere, sem distinguir, a sócio, também é verdade que a lei exige que se trate de coisa comum. Não há dúvida alguma de que, para fins extrapenais (civis, tributários, etc.), os bens formalmente incorporados ao patrimônio de uma sociedade legalmente constituída são bens próprios da sociedade; os sócios da sociedade são meros proprietários de cotas ou de ações da sociedade (conforme a forma societária), não sendo proprietários (nem coproprietários) dos próprios bens. Esses bens são da sociedade, e são assim considerados pelos demais ramos do direito. Essas considerações, por implicarem que as coisas de uma sociedade são alheias em relação ao sócio, levam à conclusão de que o sócio que furta coisa da sociedade pratica crime de furto simples; nesse sentido se orienta a maioria da doutrina (NORONHA, 1963, p. 306; FRAGOSO, 1995, p. 204; MIRABETE, 2003, p. 235; BITENCOURT, 2008, p. 62; DUTRA, 1955, p. 149; PRADO, 2000, p. 384), e da jurisprudência (TJSP, 2.^a C. Crim., Ap. 16.087, des. Bernardes Junior, j. 24.04.47, RT 168/492).

Não me parece que essa solução necessariamente viole, como diz Hungria, a regra lógica da ‘*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*’: a sociedade formalmente constituída, a cujo patrimônio tenham sido formalmente incorporados bens, não está na mesma posição que a sociedade que não detém personalidade jurídica.

De lege lata, é possível adotar duas importantes restrições a essa interpretação: primeira, caso a coisa não tenha sido formal e expressamente — i.e., por um ato jurídico solene — incorporada ao patrimônio da pessoa jurídica, não se configura o crime de furto simples, mas o furto de coisa comum (a circunstância da transferência propriedade de bens móveis se dar pela mera tradição, não exigindo ato solene, não ilide o fato de que a incorporação de um bem móvel ao patrimônio de uma sociedade exige ato solene); e segunda, no caso de empresa individual de responsabilidade limitada (introduzida pela lei 12.441, de 2011, cf. art. 980-A e segs., Código Civil), não há crime contra o patrimônio, eis que o único sócio é dono da totalidade das cotas sociais. *De lege ferenda*, seria desejável que a redação do art. 156 CP fosse alterada para incluir

4 No mesmo sentido: (JESUS, 1997, p. 332); e (GRECO, 2012, p. 53).

a subtração praticada por sócio contra o patrimônio de sociedade simples ou de responsabilidade limitada de que faça parte.⁵

Na medida em que o tipo exige a legitimidade de quem detém, não há o crime de furto de coisa comum, se a posse ou detenção é ilegítima.⁶ Assim, se um condômino, coerdeiro ou sócio subtrair a coisa comum a quem não a detém legitimamente, não pratica este crime.

Se o próprio agente tiver a posse da coisa comum, não há o crime de furto de coisa comum. Na lição comum dos autores (FRAGOSO, 1995, p. 203-204; ESTEFAM, 2010 p. 381; GRECO, 2012, p. 54; MIRABETE, 2003, p. 235; BITENCOURT, 2008, p. 61; JESUS, 1997 p. 322; HUNGRIA, 1958 p. 49; DUTRA, 1955 p. 147) e para alguns julgados (TJRS, 1.^a Câmara Criminal, Ap. n.º 17.147, des. Oldemar Toledo, j. 10.06.59, RF 192/409), configurar-se-ia, nessa hipótese, o delito de apropriação indébita (art. 168 CP).

Não se pode concordar com essa lição: primeiramente, porque o art. 168 CP exige *expressamente* que se trate de coisa alheia, e coisa comum *não* é coisa alheia (a literalidade da lei é o limite *máximo* de expansão interpretativa criminalizante); e, em segundo lugar, a hipótese se aproxima, muito mais, dos casos dos incisos I e II do art. 169 CP, eis que, nesses, trata-se de apropriação de uma coisa que cabe, em parte, ao agente (no caso de tesouro achado em prédio alheio, deve haver, por lei, divisão paritária entre o proprietário do prédio e quem o achou, cf. art. 1.264, Código Civil) ou cujo achado cria direito a recompensa de 5% do valor e indenização de despesas (no caso de achado de coisa perdida, quem restitui tem esses direitos, cf. art. 1.234, Código Civil).

Isso mostra que a lei trata, com menor severidade, apropriações de coisas comuns, não se justificando uma equiparação de uma apropriação de coisa comum, aliás violadora do princípio da legalidade, ao art. 168 CP (por violar a vedação de analogia e por violar a literalidade da lei). A hipótese de apropriação de coisa comum é de atipicidade penal, por não haver criminalização específica, resolvendo-se a questão na esfera cível⁷; equiparar a um dos incisos do art. 169 CP ainda seria, por igual, analogia vedada, mas, certamente, menos pior do que — como a maioria dos autores — enquadrar a hipótese no art. 168 CP.

No caso em que o agente emprega violência ou grave ameaça para obter a posse da coisa comum, dizem os autores que a hipótese seria de roubo (art. 157 CP). Heleno Fragoso (1995, p. 204) chega a dizer que “*essa solução é inteiramente pacífica*”; e Bitencourt (2008, p. 61) defende essa posição, “*independentemente da natureza comum do objeto material da subtração*”.⁸ Não se pode concordar com essa solução. Coisa comum não é, repita-se, coisa alheia,

5 Quanto a sociedades anônimas (que, dos seis tipos de sociedades, está, junto com a sociedade simples e a sociedade de responsabilidade limitada, entre os tipos mais frequentes), não é razoável, mesmo *de lege ferenda*, que o mero fato de alguém ser acionista dessa pessoa jurídica, que apresenta peculiaridades importantes (tendo, p.ex., que publicar balanços e, se tiver capital aberto, tendo ações em Bolsa), possa fundamentar enquadramento do tipo penal autônomo menos grave.

6 No mesmo sentido: (NORONHA, 1963 p. 308); (JESUS, 1967 p. 332).

7 Weber Martins Batista entende que “*o fato caracterizará o crime de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal, pois não existe a figura da apropriação indébita de coisa comum*”, embora diga que “*no máximo, e se for o caso, poderá beneficiar-se o agente da regra do art. 170, que estende àqueles crimes o disposto no art. 155, § 2º, ou seja, que consagra a apropriação indébita privilegiada*” (1995, p. 191-192).

8 WEBER M. BATISTA, justificando a solução, diz que “*o bem é alheio, ainda que apenas em parte e, por outro lado, o Código não*

que o art. 157 CP também exige. Coisa alheia é a coisa que, nem mesmo em parte, é própria. O CP argentino, reconhecendo o problema, estabelece que há roubo quando a coisa é “*total o parcialmente ajena*” (art. 164), expressão que nossa lei não adota. A violência ou grave ameaça não ficará, por evidente, impune, mas não se pode sacrificar o princípio da legalidade; a meu ver, a hipótese é de concurso *formal* de crimes, entre o furto de coisa comum e o crime relativo à violência ou à grave ameaça (ameaça, lesão corporal etc.).

A majorante (§ 1.º), a minorante (§ 2.º) e as qualificadoras (§§ 4.º e 5.º) do furto simples (art. 155 CP) não se aplicam ao furto de coisa comum, pelo simples fato de que sua posição topográfica indica se referem tão somente àquele delito.⁹ O parágrafo § 3.º, do art. 155, CP, que equipara “à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico” *não* se aplica, pelos mesmos motivos topográficos, ao art. 156 CP; isto pode levar, sem dúvida, uma situação iníqua, que, todavia, não pode ser suprida pelo intérprete sem ferir o princípio da legalidade.

5 TIPO SUBJETIVO

A tipicidade do delito de furto de coisa comum só se configura a título de dolo. Não há modalidade culposa. É indispensável que a consciência e a vontade de furtar do agente abranjam diversos aspectos: (i) o fato de se tratar de coisa comum; (ii) a legitimidade da detenção da coisa comum (seja por parte do condômino, coerdeiro ou sócio, seja do mero possuidor); e (iii) a circunstância de fazê-lo “*para si ou para outrem*”.

Assim, se o agente, ao subtrair uma coisa comum, imagina estar a subtrair coisa *própria* (e não comum), não há tipicidade subjetiva. Se o agente, ao subtrair coisa comum, imagina tratar-se de coisa *alheia* (e não comum), o crime, ainda assim, é o do art. 156 CP, eis que o dolo de furtar coisa alheia é um *plus* em relação ao dolo de furtar coisa comum. (BITENCOURT, 2008, p. 63; FRAGOSO, 2005, p. 204; GRECO, 2012, p. 51) Se, ao contrário, o agente, ao subtrair coisa alheia, imagina estar a subtrair coisa comum, há, também, o crime do art. 156 CP.

Se o agente crê seriamente, ainda que por erro, que é ilegítimo o título da detenção da coisa comum, não se configura o crime de furto de coisa comum, eis que o dolo do agente deve abranger a legitimidade da detenção. Se o agente crê, seriamente (ainda que por erro), que sua pretensão é legítima, não há que se falar em furto de coisa comum, mas, eventualmente, de crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, CP); nesse sentido: TJRS, 1.ª C. Crim., des. Oldemar Toledo, Ap. 17.147, j. 10.06.59.

O agente deve subtrair a coisa comum, para si ou para outrem. Assim, se se prova que o agente furtou a coisa para uso momentâneo e pretendia imediata devolução, a hipótese é de furto de uso de coisa comum (que não constitui crime). Não se devendo aplicar, aqui, os rigores

contempla, como tipo especial, menos grave, a figura do roubo de coisa comum” (1995, p. 192).

⁹ Assim, no mesmo sentido, mas referindo-se expressamente apenas às qualificadoras. (BITENCOURT, 2008, p. 63); (DUTRA, 1955, p. 151); (HUNGRIA, 1958, p. 49).

da configuração do furto de uso para as hipóteses em que se trata de coisa alheia: é que o mero uso é, certamente, um dos poderes que o coproprietário inequivocamente tem.

6 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O critério, aqui, tem de ser o mesmo do furto simples (JESUS, 1997, p. 332). A consumação do crime ocorre, a meu ver, quando o agente adquire, ainda que momentaneamente, a posse mansa e pacífica da coisa comum. Considerar consumado o delito pela mera retirada da possibilidade de disposição do bem por parte da vítima constitui tornar o furto de coisa comum um crime de perigo.

A questão do momento consumativo do furto ensejou, historicamente, diversas teorias, designadas por expressões latinas: a teoria da *contrectatio*, a teoria da *amotio*, a teoria da *ablatio*, etc., que muitas vezes são mencionadas sem que se tenha a noção de que se referem a outros ordenamentos jurídicos, nos quais o furto era conceituado diferentemente.

O furto, a meu ver, se consuma apenas com a posse mansa e pacífica da coisa. Essa era a orientação predominante da doutrina e de nossos tribunais, até fins da década de 1980. Primeiramente quanto ao roubo¹⁰ e só muitos anos depois quanto ao furto¹¹, os tribunais, todavia, têm considerado que a consumação da subtração ocorreria no momento em que a vítima perde o poder de disponibilidade sobre a coisa ou de disposição da coisa. Essa nova orientação — claramente centrada na vítima — é altamente criticável, pois antecipa o momento consumativo (tornando, p.ex., consumado o caso em que há perseguição e recuperação da coisa) e transforma, como bem dizia Nelson Hungria, o crime de furto em um direito penal de perigo, endurecendo o sistema. Influenciados pelos tribunais, diversos autores passaram a endossar a nova orientação pretoriana. Na prática da maioria dos casos, isto representa, p.ex., reputar consumado o delito de furto, mesmo quando o furtador não saiu das vistas da vítima e está sendo perseguido.

A corroborar a tese de que o crime de furto só se consuma com a posse mansa e pacífica da coisa, podem ser trazidos, ainda, três argumentos: (i) primeiramente, uma das características da posse é a *aparência de propriedade* (que dificilmente pode-se dizer existente, se ao agente está sendo perseguido); (ii) se a consumação ocorre quando a vítima perde o poder de disponibilidade sobre a coisa, um terceiro que só adere à empreitada criminosa durante a perseguição não seria punido por furto, mas apenas por receptação, ou favorecimento real ou pessoal, conforme o caso (é que não há concurso de agentes se um dos agentes adere ao crime após a consumação); e (iii) se o furto se consuma com a perda, pela vítima, do poder de disponibilidade sobre o bem, a agressão cessa nesse momento, dificultando inclusive a justificação, pela legítima defesa, de eventual conduta da vítima para recuperar o bem.

Ademais, especificamente quanto ao crime de furto de coisa comum, antecipar o mo-

10 *Leading case*, no âmbito do STF: Pleno, RE 102.490/SP, min. MOREIRA ALVES, j. 17.09.87.

11 São diversos os acórdãos, tanto no STF quanto no STJ; *ad exemplum*: STF, HC 89.958, 1.ª T., rel. Pertence, j. 03.04.07; STJ, HC 152.051/MG, rel. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5.ª T., j. 07.12.10.

mento consumativo para o momento em que o outro condômino, sócio ou coerdeiro, que legitimamente detenha a coisa, não tivesse a possibilidade de disposição do bem representaria odiosa antecipação da consumação, levando à criminalização de hipótese em que não haveria ilícito algum. Lembre-se de que o coproprietário tem direito de uso da coisa.

Se o agente só tirar a coisa comum, sem deter a posse mansa e pacífica, haverá crime tentado.¹² A tentativa se inicia, a meu ver, no momento em que o agente inicia o rompimento do poder de disposição da vítima sobre a coisa. Na medida em que o coproprietário tem direito ao uso da coisa, as hipóteses de início da execução devem, por igual, ser avaliadas com cuidado.

7 CAUSA DE ATIPICIDADE PENAL MATERIAL

O art. 156, § 2.º, estabelece que “*não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente*”. Bens fungíveis são “*os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade*” (art. 85, Código Civil). Se a coisa comum é fungível e seu valor não excede a quota legítima do agente, diz a lei que a subtração “*não é punível*”. A matéria é mantida na esfera exclusivamente cível; tem-se, aqui, claramente, uma manifestação dos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima.

Há discrepância (embora não haja verdadeira discussão) acerca da natureza jurídica da hipótese instituída nesse dispositivo legal. A definição não é irrelevante, eis que pode ter importância para casos de concurso de agentes e de erro. Hungria dizia que “*o fato deixa de ser punível (§ 2.º do art. 156), embora persista como objetivamente antijurídico, tanto assim que não desaparece como ilícito civil*” (HUNGRIA, 1958, p. 49). Magalhães Noronha fala em isenção de pena (1963, p. 308). Heleno Fragoso e Julio Mirabete só afirmam que, nessa hipótese, “*o fato será impunível*”, sem esclarecer-lhe a natureza jurídica (FRAGOSO, 1995, p. 204; MIRABETE, 2003, p. 236).

Damásio de Jesus assevera que “*não se trata de causa de isenção de pena, como pretendem alguns autores. Na verdade, a norma penal permissiva diz que ‘não é punível a subtração’. Fato impunível em matéria penal é fato lícito. Note-se que o legislador não diz que não é punível o agente, mas sim que não é punível a subtração. Trata-se, em face disso, de subtração lícita. Temos, então, causa de exclusão da antijuridicidade e não de isenção de pena*” (1997, p. 332-333). Cezar R. Bitencourt, sem tecer maiores considerações, a considera uma “*espécie de ‘excludente de antijuridicidade especial’*” (2008, p. 62); e Nucci uma “*causa específica de exclusão da ilicitude*” (2008, p. 693).

Não se pode concordar com a tese de que tratar-se-ia de causa de exclusão da ilicitude. Se assim fosse, não haveria, por igual, ilicitude para os demais ramos do direito (como bem diz Hungria), salvo se se admitisse haver uma ilicitude exclusivamente penal. A ilicitude, a meu ver, é una. Por outro lado, também não se pode considerar que seja uma mera causa de isenção

¹² No mesmo sentido, PRADO, 2000, p. 385.

de pena ou uma escusa absolutória, pelo fato de que, subjacentes à abdicação de punição penal, não se encontram motivos de impossibilidade ou de exigibilidade de comportar-se de acordo com o direito, nem de mera inconveniência de impor-se pena, mas sim razões que indicam falta de conflitividade e de lesividade. Ademais, considerar a hipótese uma mera causa de isenção de pena ou escusa absolutória poderia representar, com clara iniquidade, isenção apenas para o agente que tivesse direito à quota, mas não a um co-autor ou a um partícipe que o auxiliasse, além de dificultar sobremaneira o reconhecimento de hipóteses de erro.

As referências à fungibilidade da coisa e ao fato de o valor não exceder a quota legítima do agente indicam que a lei reconhece a ausência de conflitividade e de lesividade contidas na conduta formalmente típica, não, podendo, portanto, ser elevada à condição de uma conduta típica. A hipótese aqui, a meu ver, é de ausência de tipicidade material ou, na dicção de Zaffaroni, Batista, Alagía e Slokar, de ausência de tipicidade conglobante (2010, p. 212) Heleno Fragoso, em lição que favorece essa solução, diz que, na hipótese do art. 156, § 2.º, CP, “*o dano é desprezível, relacionando-se apenas com o interesse do condomínio ou da sociedade*” (FRAGOSO, 1995, p. 204). Magalhães Noronha, citando Manzini, fala aqui em “*mancanza di danno penalmente valutabile*” (1963, p. 309). O próprio Hungria admite que não ocorreria, na hipótese, “*dano relevante*” ou não estaria presente “*a gravidade que informa o ilícito penal patrimonial*” (1958, P. 50). Só não há injusto penal por ausência de tipicidade, mas a ilicitude não está excluída, permitindo consequências em outros ramos do direito. Essa solução favorece, ainda, a extensão do dispositivo ao co-autor e ao partícipe que não detenha a condição pessoal exigida pelo tipo, e permite tratamento mais equânime à hipótese de erro.

A circunstância de a lei penal usar o termo “*punível*” não deve impressionar, por dois motivos. Primeiro, porque a tipicidade, no sentido que hoje a conhecemos, nasceu, no começo do século XX, de uma costela da categoria da punibilidade¹³ (“*ameaçada com pena*”), e tal conceito ainda não havia sido albergado pela maioria da doutrina italiana no momento da edição do *Codice Penale* de 1930 (que foi o modelo de nosso art. 156, e também se referia a *non punibile*); e, segundo, porque, à época da edição do Código Penal, a tipicidade ainda era um conceito formal, neutro e avalorado (i.e., ainda não havia se materializado¹⁴).

Se a coisa for fungível (mas seu valor exceder a quota-parte a que o agente teria direito) ou se for infungível (ainda que tal coisa não exceda tal quota-parte), não se aplica a excludente de tipicidade material. A fungibilidade não fica condicionada à vontade do agente, mas pode ocorrer fungibilidade em função de acordo de vontades. A doutrina tem considerado que, mesmo em se tratando de bem fungível, se o agente escolhe a melhor parte, há crime (JESUS, 1997,

13 Antes da obra pioneira de ERNST BELING, os autores falam em ação antijurídica, culpável e **ameaçada com pena**, que englobava a previsão de pena e a possibilidade jurídica de imposição de pena.

14 Apenas a antijuridicidade havia se materializado, a partir de 1905, na obra de FRANZ V. LISZT, que distinguia entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material, ressaltando que aquele era o limite infranqueável desta. A perversão dessa relação pelos juristas nazistas levaria à compreensão do perigo de admitir-se a categoria da antijuridicidade material, levando a que houvesse uma materialização da tipicidade, que, como se sabe, é conceito umbilicalmente ligado ao princípio da legalidade, sendo, portanto, algo mais difícil — embora não impossível — sua perversão.

p. 333).

Tem, a meu ver, razão Heleno Fragoso, ao afirmar que: “*A controvérsia sobre a cota de cada sócio, condômino ou herdeiro, se não for de difícil solução* poderá ser resolvida pelo juiz criminal, consoante a regra do art. 93 CPP. A dúvida sobre a condição de sócios, herdeiro ou condômino, porém, constitui questão prejudicial, que somente no juízo cível poderá ser resolvida, suspendendo o juiz criminal o curso do processo (art. 92 CPP). Se a ação for praticada em qualquer das circunstâncias que qualificam o furto, não haverá qualquer alteração na configuração jurídica do crime, devendo reconhecer-se, em qualquer caso, a infração do art. 156 CP”.¹⁵

8 PENA E AÇÃO PENAL

Comina-se pena sensivelmente inferior à do furto simples. Aqui, são cominadas, alternativamente, pena privativa de liberdade (de detenção), de 6 meses a 2 anos, ou pena de multa.

A ação penal é pública, dependendo, todavia, de *representação* da parte ofendida. Como bem lembra Magalhães Noronha, andou bem o legislador, eis que “*no delito em espécie, a ação penal pode ser mais nociva ao lesado do que o próprio crime. A publicidade do processo pode abalar o crédito da sociedade, ou os interesses do condomínio, ou o nome dos coerdeiros*” (1963, p. 308).

REFERÊNCIAS

BATISTA, Weber Martins. **O furto e o roubo no direito e no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUTRA, Mário Hoepfner. **O furto e o roubo**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto Penale**: Parte Speciale. Vol. 2, Bolonha, Zanichelli, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte especial. Vol. 1. 11ª ed. Revista e atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

¹⁵ FRAGOSO, 1995, p. 204. Em idêntico sentido, HUNGRIA, 1958, p. 50-51.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. Vol. 3. 9ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. 7. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 2.º volume. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. vol. 2. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral, parte especial. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAGLIARO, Antonio. “**Sottrazione di cose comuni**”: Digesto delle Discipline Penalistische. 4ª ed. Volume XIII. Turim: UTET, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 4: direitos reais. 21ª ed. Revista por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 6: direito das sucessões. 20ª ed. Revista por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. II. Rio de Janeiro: Revan, 2010.