

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**RODRIGO PICCOLOTTO**

**OS DELITOS DE POSSE E A FUNÇÃO NEGATIVA DO CONCEITO DE AÇÃO**

**CURITIBA  
2015**

RODRIGO PICCOLOTTO

OS DELITOS DE POSSE E A FUNÇÃO NEGATIVA DO CONCEITO DE AÇÃO

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Professor Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.

**CURITIBA**  
**2015**

## RESUMO

Os delitos de posse vêm sendo cada vez mais presentes e aplicados nos ordenamentos jurídico-penais. É mais do que evidente que essa técnica de tipificação se apresenta como uma das manifestações da expansão do Direito Penal. Além de servir de instrumento facilitador da persecução penal, é uma técnica que reduz em muito a margem de atuação da defesa, logrando uma eficácia punitiva em níveis bem elevados. Todo esse quadro levou a doutrina que tratou do tema a empreender esforços de modo a recortar a abrangência desses delitos. Dentro das várias considerações que costumeiramente são feitas, o presente trabalho cinge-se à verificação de se os crimes de posse resistem ao filtro operado já no início da teoria analítica do delito: o de se eles cumprem à exigência de ocorrência de uma ação para fundamentar a responsabilidade criminal. Assim, a monografia será dividida em duas partes. Na primeira, o objetivo será demonstrar o que se pode esperar e quais as conveniências de se insistir na adoção de um conceito de ação nos sistemas de imputação jurídico-criminal. Passado por essa premissa, na segunda parte serão apresentadas as várias propostas de interpretação e de cotejo do “possuir certos objetos” com a exigência de ação, apontando-se as contribuições e fragilidades de cada tratativa. Com isso, pretende-se disponibilizar ao operador do direito instrumentos suficientes para alavancar uma tomada de decisão consciente a respeito de se os delitos de posse resistem ao filtro do conceito de ação.

Palavras-chave: Delitos de posse. Exigência de ação. Função negativa do conceito de ação. Act requirement.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2 A EXIGÊNCIA DE AÇÃO E OS SISTEMAS DE IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL DO CIVIL LAW E DO COMMON LAW.....</b>	<b>7</b>
2.1 AS FUNÇÕES DO CONCEITO DE AÇÃO NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO DO CIVIL LAW.....	7
2.1.1 Função de Classificação .....	8
2.1.2 Função de Definição .....	10
2.1.3 Função de Enlace .....	11
2.1.4 Função Negativa do Conceito de Ação.....	12
2.2 “ACT REQUIREMENT”. DISCUSSÕES SOBRE A EXIGÊNCIA DE AÇÃO NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO DO COMMON LAW E AS COINCIDÊNCIAS COM A FUNÇÃO NEGATIVA DO CONCEITO DE AÇÃO.....	14
2.2.1 A Teoria da Ação Mecanicista de Michael Moore .....	16
2.2.2 A Teoria do “Control Requirement” de Douglas Husak .....	22
2.2.3 A Teoria da Ação Comunicativa de George P. Fletcher.....	27
2.3 A IMPORTÂNCIA DA EXIGÊNCIA DA AÇÃO PARA O DIREITO PENAL.....	29
<b>3 DELITOS DE POSSE .....</b>	<b>31</b>
3.1 PANORAMA GERAL.....	32
3.1.1 Os Delitos de Posse e a Lógica de Antecipação.....	33
3.1.2 Os Delitos de Posse e a Lógica Pós-Consumativa .....	35
3.1.3 Os Delitos de Posse como Facilitadores da Persecução Penal.....	37
3.1.4 A Posse de Objetos sem a Devida Autorização.....	40
3.2 A POSSE COMO CONDUTA.....	41
3.2.1 O “Possuir” no Uso Linguístico Geral.....	42
3.2.2 “Possuir” como um Fazer Positivo .....	43
3.2.3 “Possuir” como Omissão .....	45
3.2.3.1 “Possuir” como Omissão Própria.....	45
3.2.3.2 “Possuir” como Omissão Imprópria .....	46
3.3 “POSSUIR” E A ABRANGÊNCIA DOS CONCEITOS DE AÇÃO .....	49
3.3.1 Ação como Movimento Corporal .....	49
3.3.2 Ação como Manifestação da Personalidade .....	50

3.3.3 Ação como Expressão de um Sentido .....	53
3.4 OS DELITOS DE POSSE E OS DELITOS DE <i>STATUS</i> .....	56
3.5 O “MODEL PENAL CODE” E A TÉCNICA DE COMPATIBILIZAÇÃO DOS DELITOS DE POSSE.....	60
3.6 A PROPOSTA DOS QUE ACEITAM RESPONSABILIDADE CRIMINAL POR UM FATO SEM CORRESPONDÊNCIA A UM DOS CONCEITOS JURÍDICO-PENAIIS DA AÇÃO.....	63
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O emprego da técnica de tipificação dos delitos de posse, apesar de não ser novidade do legislador contemporâneo, tem ocupado um espaço privilegiado nas leis penais de vários sistemas de imputação jurídico-criminal. Não obstante as diversas percepções de o que vem a ser esses crimes de posse e do como devem ser aplicados, é notório um esforço doutrinário em estabelecer recortes sobre a abrangência desses delitos, uma vez que se apresentam como uma técnica bastante apta a servir de instrumento de expansão do poder punitivo.

Entre os vários pontos de discussão que rodeiam essa classe de delitos, a verticalização do presente estudo se dará com relação à acusação de essa técnica de tipificação propiciar um avanço de barreiras de imputação na análise do desvalor de ação<sup>1</sup>, uma vez que não é tão intuitivo – além de ser bastante questionável – o reconhecimento do “possuir” como uma forma de conduta. Inclusive, o incremento da utilização dessa técnica de tipificação se deu justamente em um período de decadência do conceito de ação dentro da teoria do delito<sup>2</sup>, de modo que essas previsões de delitos de posse se enraizaram em um contexto no qual um dos grandes filtros do sistema de imputação se encontrava de certa forma mitigado, e, talvez por isso, tais delitos alcançaram uma amplitude excessiva e uma presença tão marcante nas legislações atuais.

Chega-se, com isso, à indagação de se a responsabilidade criminal, nesses casos, não estaria recaindo sobre alguém que não tenha realizado qualquer conduta ilícita – ou, ao menos, sem que se prove que ele tenha cometido qualquer ação.

Diante dessa problemática, o presente trabalho pretende, no primeiro capítulo, retomar a importância do conceito de ação para os sistemas de imputação jurídico-criminais, expondo algumas considerações que se deram quanto ao tema também no sistema de matriz *common law*, a fim de deixar claro o que ainda se pode esperar como um rendimento do conceito de ação para tais sistemas.

---

<sup>1</sup> BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, ene. 2015. p.12.

<sup>2</sup> *Idem*.

Em seguida, serão apresentadas as propostas de compreensão da “posse de objetos” como fazeres positivos e como omissões, expondo, desde logo, as críticas cabíveis a cada interpretação. Operar-se-á, também, o cotejo dos delitos de posse com alguns conceitos de ação desenvolvidos pela doutrina do Direito Penal – mais especificamente, com os conceitos ontológicos de ação, com o conceito da ação como manifestação da personalidade e com o da ação comunicativa.

Ao fim, será feita uma aproximação dos delitos de posse com os delitos de *status* – já que são vários autores que assim os compreendem e, portanto, defendem seu enfrentamento como tal – e também será apresentada a opção sugerida pelo “Model Penal Code” americano para aplicação dos delitos de posse, pois nele se consagra um dispositivo na parte geral que tenta forçar a compatibilidade dos estados de posse com o chamado “act requirement”.

Com esse panorama, espera-se que o leitor perceba a relevância do tema, apresentando-se as várias formas pelas se tentou enfrentar a aparente incompatibilidade que essa técnica de tipificação tem com a exigência da ação, de modo a possibilitar ao operador do direito um campo mais claro de quais questões merecem ser superadas antes de decidir aplicar os delitos de posse.

## 2 A EXIGÊNCIA DE AÇÃO E OS SISTEMAS DE IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL DO *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*

Neste primeiro capítulo, o estudo realizará uma verificação dos rendimentos de um conceito de ação para os sistemas de imputação jurídico-penal<sup>3</sup>, a fim de se questionar se convém ainda insistir na adoção da ação na teoria do delito – isso tudo tendo em vista a perda do *status* do conceito de ação na Ciência do Direito Penal desde o final do século XX, com o surgimento das teorias funcionalistas penais<sup>4</sup>. Para tanto, examinar-se-á quais das tradicionais funções atribuídas ao conceito de ação ainda se apresentam frutíferas no atual estágio da Dogmática Penal, apontando-se, logo em seguida, alguns dos caminhos coincidentes percorridos pela doutrina de matriz anglo-americana sobre o tema da ação – discussões estas que se deram, entre eles, sob o que chamam de “act requirement”.

### 2.1 AS FUNÇÕES DO CONCEITO DE AÇÃO NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO DO *CIVIL LAW*

Grande parte do caminho percorrido pela doutrina no que tange à discussão sobre o conceito de ação na Ciência Penal teve como norte possibilitar que tal conceito pudesse responder aos anseios incorporados nas funções atribuídas a ele, quais sejam, a de classificação, de definição, de enlace e de delimitação – elenco este atribuído pela doutrina<sup>5</sup> à Hans-Heinrich Jescheck. Nas palavras do referido autor, “o

---

<sup>3</sup> Cumpre ressaltar que a análise se dará com os sistemas de imputação da *common law* e *civil law*, sendo que o conteúdo do termo “*civil law*”, aos fins deste trabalho, está delimitado a se referir aos sistemas que adotam a teoria analítica do delito.

<sup>4</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p.51-68, set./dez. 2012. p. 61. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/141-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/141-ARTIGO)>. Acesso em: 29 nov. 2014.

<sup>5</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.47; LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p.51-68, set./dez.



*conceito de ação deve satisfazer diversas exigências para cumprir corretamente sua função na estrutura global da teoria do delito”*<sup>6</sup>, enumerando e explicando, em seguida, as quatro funções do conceito de ação

Destarte, cabe, aqui, discorrermos sobre cada uma dessas funções, expondo as contribuições dogmáticas advindas das várias discussões e tentativas da manutenção do conceito de ação como fundante da teoria do delito, bem como analisar se ainda há espaço para tal conceito dentro da teoria do delito no atual contexto jurídico-penal em que vivemos.

### 2.1.1 Função de Classificação

A função classificatória da ação diz respeito à possibilidade de se conduzir as várias espécies delitivas dentro de um mesmo gênero expresso na ação, representando uma unidade superior para as mais diversas hipóteses. Busca-se um “significado lógico” capaz de englobar as formas de realização do delito – dolosos e imprudentes; comissivos e omissivos<sup>7</sup>.

Esse esforço em se apontar um elemento que conjugue os distintos comportamentos delitivos foi tomada tão a sério pela doutrina que Busato aponta que

---

2012. p. 65. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/141-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/141-ARTIGO)>. Acesso em: 29 nov. 2014.

<sup>6</sup> Texto original: “El concepto de acción debe satisfacer diversas exigencias para cumplir correctamente su función en la estructura global de la teoría del delito”. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Granada: Comares, 1993. p.197.

<sup>7</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.48-49.; Neste sentido, também Jescheck: “*todas las modalidades del actuar humano que de alguna manera pueden ser de importancia para el Derecho penal – el comportamiento doloso así como el imprudente, el hacer positivo así como el omitir – deben hallar cabida em el concepto de acción (función de casificación)*”. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Granada: Comares, 1993. p.197.

tal preocupação “*se converteu em exigência*”<sup>8</sup>. Justamente dentro desse campo se deram os maiores embates dos conceitos ontológicos do causalismo e do finalismo, principalmente pela dificuldade de se encontrar um elemento ontológico nas “omissões”, tendo prevalecido, ao fim – e como já defendido por Radbruch<sup>9</sup> desde antes da disputa dos causalistas com os finalistas –, que a ação e omissão devem coexistir separadamente.

O reconhecimento de que apenas um conceito normativo cumpria bem o papel de dar as bases à realidade omissiva – a qual pertence ao mundo do dever ser – resultou no total abandono de se buscar um conceito capaz de tal função. Em outras palavras, a percepção de que a *capacidade* para se realizar uma dada ação e a própria *ação* possuem naturezas diversas culminou na conclusão de que devem seguir sendo estudadas separadamente<sup>10</sup>.

Nem mesmo as mais recentes teorias da ação, como o conceito significativo da ação, atingiram as metas da função classificatória. Tanto que é reconhecida, atualmente, a insuficiência do conceito de ação pré-típico para cumprir a função de base classificatória do sistema jurídico-penal<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.48.

<sup>9</sup> “¡Sin embargo, tan cierto como que no se puede poner ‘a’ y ‘no-a’, posición y negación, bajo un concepto superior, así también no es factible plegar juntas acción y omisión en un concepto semejante, llámeselo acción, conducta humana o como fuere!”. RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción**: y su importancia para el sistema del Derecho penal. Buenos Aires-Montevideo: Bdef, 2011. Tradução de: José Luis Guzmán Dalbora. p.168.

<sup>10</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. p. 240.

<sup>11</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.101.

### 2.1.2 Função de Definição

Com a função de definição, busca-se atribuir ao conceito de ação o papel de base estrutural no sistema penal, o primeiro elemento do delito<sup>12</sup>, sobre a qual se acrescentarão os predicados valorativos de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e, para parte da doutrina, também da punibilidade. Para tanto, partia-se do pressuposto de que a ação possuía um caráter eminentemente ontológico, pré-jurídico, buscado na realidade e dotado de um conteúdo material passível de receber valorações posteriores<sup>13</sup>. A exigência era de o conceito de ação possuir a devida autonomia em relação aos juízos de imputação, guardando uma forte neutralidade para com eles<sup>14</sup>.

As dificuldades, neste ponto, também se colocam de forma contundente. Principalmente ao tratar das condutas omissivas, é mais do que evidente que a obrigação jurídica de fazer algo deriva necessariamente de um tipo penal<sup>15</sup>. Portanto, torna-se totalmente desarrazoado defender uma omissão pré-típica, sem que se antecipe o juízo de imputação da tipicidade.

Frustradas as tentativas de estabelecimento de um dado ôntico para o conceito de ação, percebeu-se que todos os qualificativos jurídico-penais que se pretendia acrescentar ao conceito já estavam intimamente ligados a ele. Nas palavras de Busato, a *“ação não cumpre a função de definição porque não pode servir de*

---

<sup>12</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 50.

<sup>13</sup> “El concepto de acción ha de poseer, además, tanto contenido material que los conceptos sistemáticos jurídicopenales de tipo, antijuridicidad y culpabilidad puedan conectarse con él como aclaraciones pormenorizadas (función de definición)”. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Granada: Comares, 1993. p.197.

<sup>14</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, ano XII, Porto Alegre, n. 54, jul./set. 2014. Trimestral. p.137. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/fabio.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015.

<sup>15</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **O conceito de ação em Direito penal: Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime**. 2003. p. 13. O texto foi originalmente publicado no livro “Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa”, org. por Ney Fayet Júnior, Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, pp. 279-304. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/apenal.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

*substrato sólido e definido para a recepção dos qualificativos jurídico-penais sem fundir-se com eles*<sup>16</sup>. Por conta disso, a doutrina mais moderna acaba por não mais atribuir a função de definição ao conceito de ação<sup>17</sup>.

### 2.1.3 Função de Enlace

A função de enlace (ou união) encontra-se intimamente ligada à função de definição. Inclusive, conforme aponta Fábio Roberto D'Avila<sup>18</sup>, alguns autores acabam optando por examinar os dois pontos conjuntamente, na busca de facilitar a compreensão dessas funções<sup>19</sup>.

Para o presente trabalho, o importante é saber que a exigência de tal função consistiria em que o conceito de ação cumprisse o papel de entrelaçar todas as outras categorias do delito, de modo a não poder haver tipicidade sem ação, antijuridicidade sem ação, nem culpabilidade sem ação, “*a ponto de atravessar todo o sistema jurídico penal e constituir-se como seu sustentáculo*”<sup>20</sup>. Com isso, chega-se à paradoxal situação de se esperar um conceito de ação autônomo, neutro e bem definido dos demais juízos de imputação<sup>21</sup>, e que, guardando tais características, consiga ainda

---

<sup>16</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.103.

<sup>17</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.208 e 214.

<sup>18</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, ano XII, Porto Alegre, n. 54, jul./set. 2014. p. 137-138. Trimestral. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/fabio.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015.

<sup>19</sup> Nesse sentido, por exemplo, ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. p. 234; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 206.

<sup>20</sup> FRANCK Jr., Wilson; FRANCK, Juliana. Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 98, set. 2012. p. 173.

<sup>21</sup> “Aquel no debe, empero, adelantar los elementos generales del delito, porque, si no, éstos volverían a disolverse en el terreno genérico de la imputación, según fue entendida por el Derecho

vincular os outros elementos da estrutura do delito – tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade.

Assim, diante da evidente contradição entre as funções de definição e de enlace, e da grande dificuldade em se atingir o isolamento do conceito de ação pré-jurídico das demais valorações, infere-se serem inexigíveis tais funções do conceito de ação. Tanto é assim que parte da doutrina “*advoga por uma busca destas valorações justamente na norma, pelo que se fala já não simplesmente de ação, mas sim de ‘ação típica’*”<sup>22</sup>, deixando-se de adotar o conceito de ação como o primeiro elemento do delito.

#### 2.1.4 Função Negativa do Conceito de Ação

A função negativa diz respeito à delimitação que se opera sobre o que será objeto de apreciação jurídico-penal. Através dela, de plano se afastam “*movimentos, situações, comportamentos, intervenções que carecem de relevância pelo fato de não constituírem a ação independentemente de qualquer outra valoração jurídica*”<sup>23</sup>. É, portanto, o primeiro e grande filtro do sistema, eliminando da tarefa do intérprete a realização dos juízos de imputação de todo e qualquer caso em que se constate ausência de ação.

Destarte, há de se admitir que todos os conceitos de ação cumprem com a função negativa, já que sempre estabelecerão limites, sejam estes mais ou menos abrangentes conforme o conteúdo do conceito<sup>24</sup>. Essa função de elemento-limite é

---

común (función de enlace)”. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Granada: Comares, 1993. p.197.

<sup>22</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.103.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p.52.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p.53.

tida pela doutrina, em termos práticos, como a mais importante<sup>25</sup>. A abrangência dos limites trazidos por cada conceito não é foco deste trabalho, mas importa aqui notar a grande adesão da doutrina ao elenco de hipóteses que, por não consistirem ação, são desprovidas de interesse para os juízos de imputação jurídico-penais. São elas<sup>26</sup>: atuações de animais, atos realizados sob coação física irresistível (*vis absoluta*), atos reflexos, atos realizados em estado de inconsciência, processos da vida psíquica interna e automatismos (ações rotineiras)<sup>27</sup>.

A aceitação da doutrina pela adoção da função negativa do conceito de ação advém, principalmente, da necessidade de se manter um direito penal do fato em oposição a um direito penal do autor. Ao se admitir que todo crime depende da ocorrência de um fazer positivo ou de uma omissão, limita-se a incriminação a fatos, a atos externos realizados por sujeitos. Reconhecendo esse imprescindível papel desempenhado pelo conceito de ação na consolidação de um Estado de Direito, Guaragni<sup>28</sup> faz referência à “*função garantista*” do conceito de conduta humana, a qual corresponde justamente a essa dimensão política de repulsa ao autoritário e ilimitado direito penal de autor, em prol de um direito penal dos fatos.

Apesar de, aparentemente, a denominada “função garantista” ser uma mera ênfase à decorrência lógica da função negativa do conceito de ação, cabe aqui o apontamento feito por Guaragni quanto ao alicerce constitucional dessa exigência. O raciocínio se desenvolve a partir do inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, o

---

<sup>25</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, ano XII, Porto Alegre, n. 54, jul./set. 2014. Trimestral. P.141. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/fabio.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015.

<sup>26</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.173.; BUSATO, Paulo César. *Op cit.* P.223-242.; JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Granada: Comares, 1993. p. 202.; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução e notas de: Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. p. 17-19.; ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. p. 194 e 258-265.

<sup>27</sup> Com a devida ressalva de que, a depender do autor, algumas dessas hipóteses podem não vir a serem tratadas.

<sup>28</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.41.

qual enuncia que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nas palavras do referido autor:

O termo *fazer* implica que a lei penal (à qual se restringe o texto) somente poderá obrigar o cidadão vinculando-o a um *fazer*, proibindo um *fazer* (normas proibitivas) ou preceituando-o (normas preceptivas, ordinatórias ou mandamentais). Não se pode proibir que o destinatário da norma penal *seja* ou ordenar que *seja* de uma ou outra forma.<sup>29</sup>

Destarte, independentemente de especificar sua decorrência lógica como “função garantista” ou não, é notório que a função negativa do conceito de ação apresenta-se verdadeiramente como uma garantia do indivíduo contra a tentativa de incriminação de não-condutas (como os estados de pessoa), sendo esta a função remanescente e ainda sustentável da ação.

Essa garantia proporcionada pela exigência de uma ação para que o poder punitivo possa se pôr em marcha contra um indivíduo é presenciada também nos sistemas de imputação jurídico-penal do *common law*, sob o nome de “act requirement”, ponto este que será trabalhado no tópico seguinte desta monografia.

## 2.2 “ACT REQUIREMENT”. DISCUSSÕES SOBRE A EXIGÊNCIA DE AÇÃO NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO DO *COMMON LAW* E AS COINCIDÊNCIAS COM A FUNÇÃO NEGATIVA DO CONCEITO DE AÇÃO

No presente tópico, pretende-se abordar as construções teóricas que os doutrinadores de matriz anglo-americana enfrentaram no que diz respeito à exigência de uma ação para a imputação de responsabilidade criminal, bem como os caminhos trilhados por eles diante dos vários empecilhos que se colocam no que tange à possibilidade de sustentação do que chamam de “act requirement”.

Dentro do contexto de busca de se possibilitar julgamentos não-arbitrários sob a égide de codificações criminais anglo-americanas, chega-se à conclusão da

---

<sup>29</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.44.

necessidade de elaboração de doutrinas gerais – aplicáveis para todos os tipos de códigos penais – capazes de estabelecer uma estrutura para o sistema penal<sup>30</sup>.

Entre as dificuldades enfrentadas sem um sistema estruturado, tem-se a primeira “questão interpretativa”, que diz respeito a quais condutas são englobadas por cada previsão típica como, por exemplo, “matar alguém”. Neste ponto, as discussões centralizam-se em saber se é possível afirmar que alguém “matou” por omissão, ou enquanto dormia, por exemplo. A não estruturação do código penal levaria o intérprete à necessidade de responder a tais indagações para cada uma das condutas proibidas do respectivo código – já que a maior parte delas não compartilha a mesma natureza, sendo ações totalmente diferentes –, atividade essa extremamente exaustiva quando se tem em vista que um código penal proíbe aproximadamente 7000 tipos de condutas<sup>31</sup>.

Outra questão costumeiramente enfrentada é a da necessidade de se definir quando e onde a ação ocorreu, o que tem implicação direta em qual o foro competente para resolver o caso penal, bem como na aferição do “estado mental” do acusado quando da prática delituosa – estado esse de determinação necessária (propósito, conhecimento, indiferença ou imprudência), uma vez que a lei penal exige simultaneidade entre uma ação e determinado estado mental.

Portanto, cumprindo a necessidade de responder a essas questões e então estruturar os sistemas penais anglo-americanos, passou-se a defender a necessidade de cumprimento do que é chamado de “act requirement”, esbarrando, como será demonstrado, na mesma exigência da ocorrência de uma “ação” apontada no tópico anterior.

---

<sup>30</sup> MOORE, Michael S.. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law.** New York: Oxford University Press, 1993. p. 4.

<sup>31</sup> Cumpre lembrar que Moore trata dessa estatística em meio à explicação do sistema de imputação anglo-americano. MOORE, Michael S.. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law.** New York: Oxford University Press, 1993. p.1-2.



### 2.2.1 A Teoria da Ação Mecanicista de Michael Moore

Moore<sup>32</sup> sugere que determinado acusado só deve ser punido pelo cometimento de um delito se houver praticado um “*movimento corporal causado por uma intenção*” correspondente a certa tipificação. Desse conceito, diversas foram as críticas trazidas pelos teóricos de posicionamento cético quanto ao “act requirement”, as quais foram rebatidos uma a uma por Moore, que acredita haver grande utilidade na doutrina do “act requirement” para a estruturação de um sistema criminal. O autor deixa bastante claro que os quatro “contraexemplos” elencados pelos cétricos para demonstrar a inaplicabilidade do instituto não se sustentam, o que será brevemente resumido neste ponto do trabalho<sup>33</sup>.

O primeiro contraexemplo, e de mais fácil contra-ataque, engloba o grupo de delitos denominados “crimes de estados mentais” – conhecidos no direito do *civil law* como “processos da vida psíquica interna”. Seriam proibições de pensamentos, desejos e sonhos, entre outros estados mentais. Obviamente, esse grupo de situações também é repudiado pela doutrina anglo-americana, sendo um infeliz contraexemplo levantado pelos cétricos. Uma situação ilustrativa disto era a proibição de “traição”, a qual compreendia o propósito de causar a morte do rei, mas, como explicado por Moore, até para esta antiga previsão se entendia necessária a ocorrência de alguma ação direcionada ao propósito. Destarte, a inexistência de criminalização de estados mentais nos códigos anglo-americanos reforçaria a presença do “act requirement”.

O segundo contraexemplo diz respeito aos “crimes de estado de pessoa”, os quais proíbem um “ser”, uma “condição da pessoa”, e não um “fazer”. Também neste ponto Moore<sup>34</sup> diz que não bastasse serem muito raros os dispositivos incriminadores

---

<sup>32</sup> MOORE, Michael S.. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law.** New York: Oxford University Press, 1993. p.169-170.

<sup>33</sup> Importa notar, a partir deste ponto, as similitudes teóricas existentes nas doutrinas penais anglo-americanas com a função negativa do conceito de ação, percebendo-se que as questões enfrentadas, muitas vezes, foram as mesmas, chegando-se a conclusões também muito próximas às dos doutrinadores da matriz *civil law*.

<sup>34</sup> MOORE, Michael S. *Op cit.* p. 19.

de estados de pessoa, uma filtragem constitucional impediria que tais dispositivos fossem aplicados, por conta de evidente invalidade.

Este quadro garantista de um direito penal dos fatos – contrário à incriminação dos estados de pessoa – é facilmente percebido nos casos “Robinson v. California” e “Papachristou v. City of Jacksonville”, os quais declararam a inconstitucionalidade de se punir o estado de estar viciado (em drogas) e de ser vagabundo, respectivamente.

É interessante notar a constante referência que a doutrina faz ao caso Robinson v. California<sup>35</sup>, o qual se apresenta como um divisor de águas sobre o tema. Em abordagem policial na cidade de Los Angeles, os agentes policiais teriam percebido ferimentos e marcas de agulhas nos braços de Lawrence Robinson, sinais esses que se constatou serem consequências do uso de agulhas hipodérmicas não esterilizadas. Ao questionarem Robinson, ele admitiu o uso ocasional de narcóticos. Levadas essas informações ao processo, os jurados foram instruídos quanto à possibilidade de condenar Robinson na hipótese de eles se convencerem da simples situação de o réu ter se apresentado na *condição de ser viciado em narcóticos* quando da sua detenção. É curioso perceber que essa tipificação implicava na possibilidade de o réu ser condenado sem mesmo ter nunca usado ou entrado em contato com qualquer substância entorpecente dentro dos limites do referido estado (Califórnia), e muito menos ter sido o culpado por algum comportamento antissocial decorrente do vício<sup>36</sup>. As decisões iniciais foram no sentido de condenar Robinson pela sua condição de ser viciado em droga, tendo a Suprema Corte dos Estados Unidos reformado tal posicionamento, por maioria de votos, sob o argumento da necessidade da ocorrência de uma ação para fundamentar uma incriminação, não bastando a mera comprovação do estado de viciado do acusado.

O terceiro contraexemplo a ser rebatido diz respeito aos “crimes de posse”, de especial importância para o presente trabalho, uma vez que será tema de discussão do próximo capítulo. Para o momento, importa notar algumas das

---

<sup>35</sup> Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

<sup>36</sup> Isso porque, entre as previsões do dispositivo, encontra-se a proibição de uma pessoa “*estar viciada no uso de narcóticos*”. Texto original: §11721 do California Health and Safety Code: “*No person shall use, or be under the influence of, or **be addicted to the use of narcotics**, excepting when administered by or under the direction of a person licensed by the State to prescribe and administer narcotics. It shall be the burden of the defense to show that it comes within the exception. Any person convicted of violating any provision of this section is guilty of a misdemeanor and shall be sentenced to serve a term of not less than 90 days nor more than one year in the county jail. [...]*” (destaquei).

discussões que giram sobre esse grupo de delitos no direito criminal anglo-americano, já que são várias as previsões vigentes que proíbem a posse de determinadas coisas.

De plano, nota-se uma grande dificuldade ao se tentar perceber uma ação quando dado indivíduo simplesmente “possui” alguma coisa, o que só se alcança por meio de um esforço lógico que, como será mostrado no próximo capítulo, ainda assim é passível de fortes críticas. Uma primeira tentativa de compatibilização deste contra-exemplo com o “act requirement”, com o intuito de se garantir a existência e aplicabilidade desse instituto, foi defendida por Hyman Gross<sup>37</sup>, o qual empreende esforços em uma redefinição da ação abrangente o suficiente para englobar as posses. Basicamente, Gross afirma que uma ação de posse consistiria em um estado de coisas sob as quais uma pessoa poderia ser responsabilizada.

Tal ponto de vista não só é confuso e pouco convincente, como também é acusado por Moore de servir para acabar com o “act requirement”. O problema de tal definição foi a equiparação feita entre uma ação e um estado, confusão suficiente para esvaziar o significado e utilidade do “act requirement” no direito penal.

Outro modo de sustentar os delitos de posse, sem a aflição ou o descarte do “act requirement”, é afirmar que o que se pune não é o “estado de posse”, mas sim a ação de adquirir a posse ou a omissão de não se livrar dela, desde que se tenha tempo para tanto. Esta é, inclusive, a opção sugerida pelo “Model Penal Code”, o qual, em tradução livre, dispõe que:

A posse é uma ação, na acepção da presente seção, se o possuidor sabidamente obteve ou recebeu a coisa possuída, ou ainda teve conhecimento de seu controle sobre a coisa por um período suficiente para ser capaz de terminar sua posse.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> GROSS, Hyman. **A Theory of Criminal Justice**. New York, 1979, p. 66, *Apud* MOORE, Michael S.. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law**. New York: Oxford University Press, 1993. p.20-21.

<sup>38</sup> Texto original do dispositivo: “Section 2.01. Requirement of Voluntary Act; Omission as Basis of Liability; Possession as an Act. [cf. Restatement Torts 2d §§ 2, 3]. (1) A person is not guilty of an offense unless his liability is based on conduct which includes a voluntary act or the omission to perform an act of which he is physically capable. (2) The following are not voluntary acts within the meaning of this Section: [cf. Restatement Torts 2d § 2] (a) a reflex or convulsion; (b) a bodily movement during unconsciousness or sleep; (c) conduct during hypnosis or resulting from hypnotic suggestion; (d) a bodily movement that otherwise is not a product of the effort or determination of the actor, either conscious or habitual. (3) Liability for the commission of an offense may not be based on an omission unaccompanied by action unless: (a) the omission is expressly made sufficient by the law defining the offense; or (b) a duty to perform the omitted act is otherwise imposed by law. [cf. Restatement Torts 2d §§ 4, 284] **(4)** Possession is an act, within the meaning of this Section, if the possessor knowingly procured or received the thing possessed or was aware

Esse posicionamento, apesar de passível de críticas<sup>39</sup>, contornaria, na opinião de Moore<sup>40</sup>, a exigência de uma ação como pressuposto da responsabilidade penal, porém esbarraria em outra delicada questão: a da motivação da proibição das posses. Normalmente fala-se no escopo preventivo na proibição da posse. Deste modo, para prevenir futuros furtos, se incrimina a posse de instrumentos comumente empregados em furtos; para prevenir violência, se incrimina a posse de certas armas por certa classe de pessoas; para prevenir o uso ou a venda de substâncias entorpecentes, se incrimina a posse dessas substâncias<sup>41</sup>.

Ocorre que, constatado que não se pune os delitos de posse por conta da nocividade de tal estado (posição essa de Michael Moore), mas sim por considerá-lo um substituto a uma ação passada supostamente ilícita (que não pôde ser provada) ou uma provável ação ilícita futura (a qual não pode ser punida porque ainda não ocorreu), Moore conclui que a maioria dos delitos de posse não deveriam ser crimes, por ausência de conduta nociva sendo punida. Afinal, nem sempre a mera aquisição ou omissão em desfazimento do objeto se apresentaria, no sentir do autor<sup>42</sup>, como ação nociva<sup>43</sup>. Partindo disso, Moore afirma que “*impaciência (para os crimes futuros) e incapacidade de se provar culpa (para os crimes passados) não são razões confortáveis para criminalizar uma conduta*”<sup>44</sup>.

Ao fim, faz-se referência ao contraexemplo dos “crimes de omissão”, em decorrência da óbvia contraposição que vários doutrinadores fazem entre os termos ação e omissão, considerando-os opostos inconciliáveis. Aqui, interessa notar que,

---

of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession.”  
(destaquei)

<sup>39</sup> Algumas delas serão desenvolvidas no decorrer deste trabalho.

<sup>40</sup> MOORE, Michael S.. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law.** New York: Oxford University Press, 1993. p. 21.

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> MOORE, Michael S.. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law.** New York: Oxford University Press, 1993. p. 22.

<sup>43</sup> Em outras palavras (e trazendo a análise para o sistema de imputação do *civil law*), a análise que deve ser feita nessa segunda etapa é a de se essa ação de aquisição, ou omissão em se livrar do objeto possuído, trabalha bem com a lógica dos crimes de perigo – se é uma ação de perigo abstrato ou de perigo concreto –, tendo-se sempre em vista a defesa de bens jurídicos.

<sup>44</sup> MOORE, Michael S. *Op cit.* p. 22.

apesar de a doutrina anglo-americana acertadamente ser contra a incriminação decorrente de qualidades morais e mentais de um indivíduo, discutiu-se muito a respeito da punição derivada das más escolhas feitas por dado sujeito, que é justamente onde são estudadas as omissões intencionais. Apesar de Moore<sup>45</sup> defender a existência de um “act requirement” – o qual, dentro do conceito da ação mecanicista, não admitiria a punição de omissões –, ainda assim o sujeita à exceção de certas omissões, nas hipóteses em que se percebe uma violação suficiente de deveres positivos que ocasione uma injustiça maior em não se punir tais situações do que o ataque à liberdade que tal exigência de atuação desencadearia na esfera do indivíduo<sup>46</sup>.

Com isso, Michael S. Moore afirma que o máximo que se pode dizer do “act requirement” é que uma ação ou omissão é sempre exigida para a responsabilidade criminal, sob o adendo de que as incriminações de omissões devem ser quase que excepcionais. O autor acrescenta ainda que “*talvez não deveriam existir tais crimes, reconhecendo que atualmente eles existem*”<sup>47</sup>, de modo a *tentar* se manter dentro do discurso por ele defendido da ação como movimento corporal causado por uma intenção – sendo a omissão, justamente, um não-movimento.

Por óbvio que essa teoria da ação mecanicista foi alvo de muitas críticas, principalmente pelo argumento forçado de Moore de admitir que algumas omissões sejam punidas – mesmo sabendo que elas escapam a sua definição de ação. Referindo-se ao pensamento de Moore quanto à criminalização dos delitos omissivos, os professores Francisco Muñoz Conde e Luis Ernesto Chiesa alegam que “*tentar justificar a criminalização das omissões desde uma perspectiva libertária é uma tarefa*

---

<sup>45</sup> MOORE, Michael S.. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 59.

<sup>46</sup> “Para Moore, punir omissões é problemático porque diminui a nossa liberdade de ação muito mais do que a criminalização das ações. Ao impor a obrigação de realizar uma ação, como salvar a vida de alguém, restringe-se a liberdade de uma pessoa de se comprometer em inúmeras atividades que podem ser levadas a cabo naquele tempo e local, como nadar, dormir, trabalhar ou ir ao cinema. Contudo, impor o dever de não intervir em uma determinada ação, como matar, deixa a pessoa com uma liberdade considerável para intervir em qualquer ação que se pretenda realizar, com exceção das ações proibidas”. MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p.13. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>47</sup> MOORE, Michael S. *Op cit.* p. 34.

*temerária*<sup>48</sup>. Eles consideram a responsabilização penal das omissões uma questão mais relacionada a “*noções comunitárias de solidariedade*” do que a “*preocupações libertárias sobre a diminuição de liberdade*”, afirmando que o pertencimento a certas instituições particulares – que engloba, inclusive, a comunidade política em que se vive – gera deveres recíprocos entre os membros dela integrantes, suficientes a embasar uma responsabilização criminal quando violados<sup>49</sup>.

Além dessa crítica quanto à base filosófica do raciocínio de Moore, os professores Muñoz Conde e Chiesa<sup>50</sup> apontam também a fragilidade de outro pressuposto assumido pela teoria da ação mecanicista, que é muito menos intuitivo do que se esperou que fosse: a premissa de que a violação de deveres negativos (os de não tornar o mundo um lugar pior) é moralmente mais reprováveis do que a violação dos seus respectivos deveres positivos (os de tornar o mundo um lugar melhor). Os referidos professores refutam essa premissa baseando-se no seguinte exemplo:

A mãe que contribui intencionalmente para a morte do seu filho recém-nascido, recusando alimentá-lo é tão merecedora de culpa quanto a mãe que contribui para a morte do seu bebê, alimentando-o com comida que lhe deixa adoentado. Neste caso específico, se o resultado foi causado por uma ação (alimentação do bebê com comida que lhe provoca uma enfermidade) ou uma omissão (falta de alimentação para o bebê), parece-nos totalmente irrelevante para a questão de saber se a mãe deve ser responsabilizada pela morte da sua criança.<sup>51</sup>

Chega-se a afirmar, inclusive, que o fato de o delito ter sido cometido por uma ação ou omissão é irrelevante até mesmo para a determinação do montante da pena a ser fixada ao autor do crime<sup>52</sup>, e isso justamente por conta do fato de que essa

---

<sup>48</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p.13. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> MOORE, Michael S. *Op cit.* p. 58-59.

<sup>51</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p.12. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>52</sup> Nota de rodapé, em MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato.

distinção entre violação de deveres negativos e positivos não dialoga, necessariamente, com uma maior ou menor reprovabilidade da conduta.

Por último, cabe também a referência a uma das críticas à teoria da ação mecanicista elaborada pelo professor George P. Fletcher, que contesta essa oposição entre ação e omissão gerada pela colocação do divisor de águas do “act requirement” no fato de haver ou não *movimento corporal* causado por intenção. A ideia é bastante simples: qualquer pessoa concordaria que um ator fantasiado de estátua no meio de um local de bastante circulação de pessoas, permanecendo exatamente na mesma posição por meia hora e com um chapéu com a boca virada para cima em sua frente, está atuando, a despeito da ausência de movimento corporal em sua ação. Em outras palavras, a determinação de um agente estar atuando – praticando uma ação – independe da inquirição da existência de qualquer movimento em seu corpo, mas sim da percepção de se ele estava consciente, presente e participando plenamente em sua decisão de realizar dada situação analisada<sup>53</sup>.

Para além desse quadro supra referido, percebe-se que a doutrina anglo-americana enfrentou infindáveis discussões na tentativa de elaborar um conceito de ação capaz de efetivar as potencialidades de um “act requirement”, chegando inclusive a sugerir a sua abolição como base estrutural de um sistema criminal.

### 2.2.2 A Teoria do “Control Requirement” de Douglas Husak

Diante das dificuldades de se entender como o “act requirement” deve ser formulado, o que deve ser entendido como ação, e se o “act requirement” deve realmente ser aceito e aplicado, Douglas Husak propõe a adoção do “control

---

p.12. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>53</sup> FLETCHER, George Patrick. **The Grammar of Criminal Law**: American, comparative and international. Volume one: Foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 272.

requirement”, defendendo que o foco das discussões práticas deve estar sobre o “controle” da responsabilidade criminal<sup>54</sup>.

Husak desenvolve o seu raciocínio a partir da acusação de que a formulação mais imediata do “act requirement” – a de que a responsabilidade penal só recai sobre uma ação – é, desde logo, falsa. Além de afirmar que inexistente razão para sustentar que a responsabilidade criminal não deva ser imposta sobre outras coisas que não ações, ele aponta, ainda, os delitos de posse como sendo o grupo de exemplos mais óbvio para demonstrar que a responsabilização criminal não está vinculada, necessariamente, a uma ação<sup>55</sup>.

Sua menção aos delitos de posse baseia-se no pressuposto de que qualquer indivíduo pode perceber que o estado de possuir algo proibido não se trata de uma ação, deduzindo, disso, que a responsabilidade penal, nessas tipificações, comumente recai sobre os “estados de posse”<sup>56</sup>. Husak nega a alternativa sugerida pelo “Model Penal Code”, relativa aos delitos de posse, de que a posse é uma ação desde que ocorridas uma das duas situações prevista no §2.01(4) do referido Código<sup>57</sup>. No entendimento deste autor, seria inconcebível admitir que o simples fato de alguém ter em algum momento adquirido algo, ou de ter consciência do controle sobre esse algo por tempo suficiente para se desfazer de sua posse, operaria a transformação de um estado de posse em uma ação. Em suas palavras: “*nenhum estado mental ou passagem de tempo pode efetuar a alquimia necessária para converter uma não-ação em uma ação*”<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> HUSAK, Douglas. Rethinking the act requirement. **Cardozo Law Review**, New York, v. 28, n. 6, May 2007. p. 2437-2438.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 2439.

<sup>56</sup> *Idem.*

<sup>57</sup> Dispositivo este já citado nesta monografia. Em tradução livre: “A posse é uma ação, na acepção da presente seção, se o possuidor sabidamente obteve ou recebeu a coisa possuída, ou ainda teve conhecimento de seu controle sobre a coisa por um período suficiente para ser capaz de terminar sua posse”. No texto original: “Possession is an act, within the meaning of this Section, if the possessor knowingly procured or received the thing possessed or was aware of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession”.

<sup>58</sup> Texto original: “*No state of mind or passage of time can perform the alchemy needed to convert non-acts into acts.*” HUSAK, Douglas. Rethinking the act requirement. **Cardozo Law Review**, New York, v. 28, n. 6, May 2007. p. 2440. Disponível em: <[http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/28-6/28.6\\_husak.pdf](http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/28-6/28.6_husak.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2014.



Assim, ele constata a “falibilidade” do “act requirement” para englobar esse tipo de delito, já que o dispositivo referente aos crimes de posse serviria tão somente para especificar condições sobre as quais as posses (supostamente) tornar-se-iam compatíveis com o filtro “act requirement” (sem efetivamente resolver a questão de que o objeto da responsabilização criminal nesses casos ainda é uma não-ação). Com isso em vista, mas reconhecendo a afirmação de Fletcher de que o “act requirement” serve como “*um amortecedor contra o poder Estatal excessivo*”<sup>59</sup>, bem como que o que se busca com tal conceito é um efetivo controle do quando será imputada uma responsabilidade criminal<sup>60</sup>, Husak<sup>61</sup> sustenta a utilização do que ele chama de “control requirement”, buscando garantir essa mesma função esperada do “act requirement”.

O raciocínio foca na afirmação de que toda responsabilização penal diz respeito ao fato de o agente ter controle, ou não, sobre um estado de circunstâncias. Tanto é assim que soa estranho alguém querer sancionar criminalmente um indivíduo por uma ação involuntária<sup>62</sup>, sobre a qual não tenha controle. Ainda no mesmo raciocínio, é intuitiva a aceitação de responsabilidade criminal quando o mesmo agente, estando consciente das possíveis consequências, realiza dada ação voluntária assumindo os riscos dela decorrentes – o que, ao fim, acaba por desencadear a previsível ação involuntária criminosa. A razão de se entender razoável esperar que o agente evite realizar a primeira ação voluntária que resultou na ocorrência da subsequente ação involuntária criminosa é, justamente, o fato de ser evidente que o agente tinha *controle* sobre a ocorrência ou não daquela ação

---

<sup>59</sup> Texto original: “*The act requirement thus serves as a buffer against overweening state power*”. FLETCHER, George Patrick. **The Grammar of Criminal Law: American, comparative and international**. Volume one: Foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 296.

<sup>60</sup> O que, diga-se de passagem, é bem garantido com a exigência de uma ação.

<sup>61</sup> HUSAK, Douglas. Rethinking the act requirement. **Cardozo Law Review**, New York, v. 28, n. 6, May 2007. p. 2454-2455.

<sup>62</sup> Em que pese Douglas Husak questionar a existência de ações não voluntárias. HUSAK, Douglas. Rethinking the act requirement. **Cardozo Law Review**, New York, v. 28, n. 6, May 2007. p. 2457.

involuntário criminoso<sup>63</sup>. Em outras palavras, a responsabilização penal só seria justa quando a pessoa tivesse controle sob o estado de eventos analisado pelo intérprete<sup>64</sup>.

Porém, ao fim do artigo “Rethinking the act requirement”, o próprio Douglas Husak<sup>65</sup> admite que a questão não termina com a mera substituição do “act requirement” pelo “control requirement”, já que persiste a necessidade de devida formulação deste último, respondendo-se a questões como o que exatamente é *controle* e que grau de controle sobre o estado das coisas é suficiente para sustentar a responsabilização criminal<sup>66</sup>.

Discorrendo sobre essa construção, e já apontando uma das feridas da proposta, os professores Francisco Muñoz Conde e Luis Ernesto Chiesa<sup>67</sup> acusam o

---

<sup>63</sup> A afirmação de Husak, sobre isso, (em tradução livre) é a de que “se controle estiver de alguma maneira presente, apesar da ausência de voluntariedade, nossa resistência intuitiva com relação à responsabilidade desaparece”. Texto original: “If control somehow were present despite the absence of voluntariness, however, our intuitive resistance to liability would evaporate”. HUSAK, Douglas. Rethinking the act requirement. **Cardozo Law Review**, New York, v. 28, n. 6, May 2007. p. 2457. Disponível em: <[http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/28-6/28.6\\_husak.pdf](http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/28-6/28.6_husak.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2014.

<sup>64</sup> Vale, neste ponto, a observação feita por Busato, que diz que “Sua conclusão [de Husak], obviamente, traslada a questão para o plano exclusivamente normativo, porque, sem dúvidas, a análise a respeito do controle é um juízo de valor que se faz sobre a capacidade de alguém controlar determinada situação específica e os resultados dela derivados.” BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, ene. 2015. p. 11.

<sup>65</sup> HUSAK, Douglas. *Op cit.* p. 2459.

<sup>66</sup> A construção detalhada desta proposta ainda carece de ser feita pela doutrina anglo-americana. Em nota do tradutor ao texto “A exigência de ação (act requirement) como um conceito básico de Direito penal”, Rodrigo Jacob Cavagnari e Paulo César Busato apontam que Hans Welzel, apesar de em matriz de *civil law*, estruturou um conceito de ação com algumas semelhanças ao sugerido por Douglas Husak: o da “ação cibernética”. MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p. 19. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014. Na *kybernetischer Handlung*, enfatizou-se a relevância jurídica da “direção” e do “encaminhamento” da ação, ou seja, do controle dos meios, reconhecendo que o objetivo da ação pode ser irrelevante para o aspecto jurídico. WELZEL, Hans. A dogmática no Direito penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 13/14, jan./jun. 1974. Conferência pronunciada a 15 de outubro de 1971 na Universidade Nacional de Córdoba. Tradução de: Yolanda Catão. p. 7-12. Disponível em: <[http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/direito\\_penal/conteudos/RDP13-14.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/direito_penal/conteudos/RDP13-14.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2015.

<sup>67</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p. 19. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

“control principle”<sup>68</sup> de abranger uma gama de situações em que, apesar de o autor ter controle sobre o quadro, é evidentemente injusto sustentar a responsabilização criminal do mesmo. Vale referência à didática hipótese levantada pelos professores:

Suponha, por exemplo, que um furacão ameaça aproximar-se da sua área. O seu vizinho está fora da cidade e não será capaz de retornar para casa até o furacão passar, em razão de que todos os vôos para dentro e para fora da área foram cancelados. Então, ele te liga para pedir para proteger a casa dele para que a tempestade não a danifique. No seu retorno, ele te pagaria uma quantia considerável de dinheiro como um agradecimento pela tua ajuda. Mesmo que você tivesse tempo e recursos para ajudar o seu vizinho, você decide não atender ao pedido para ir ao cinema. Como relatado na previsão do tempo, o furacão devastou a área e, por consequência, a casa do seu vizinho foi destruída. Você deveria ser responsabilizado criminalmente pelos danos causados à casa?<sup>69</sup>

Mesmo no caso de ter havido todas as condições necessárias para evitar que a casa do vizinho fosse arruinada – o que satisfaria o “control requirement” de Douglas Husak –, em uma hipótese como essa, afigura-se mais aceitável compreender a situação como de omissão não-punível, já que inexistente dever legal de auxiliar o vizinho nesse caso, o que levou Muñoz Conde e Chiesa<sup>70</sup> a concluir que o “control requirement” não pode ser uma condição suficiente para a atribuição de responsabilidade criminal.

Por conta disso, os referidos autores optam por insistir na adoção do “act requirement”, porém a partir da teoria da ação comunicativa, conforme proposto por George Fletcher.

---

<sup>68</sup> Expressão sinônima do “control requirement”.

<sup>69</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p. 19. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>70</sup> *Idem*.

### 2.2.3 A Teoria da Ação Comunicativa de George P. Fletcher

O professor George Fletcher funda a sua teoria da ação comunicativa partindo da consideração de como o observador (o intérprete) percebe os eventos entendidos como ações. É, portanto, uma teoria de base “compreensiva” – em oposição às “explicativas” –, que desconhece qualquer significado nesses eventos quando enxergados abstratamente, ou seja, quando vistos fora de algum contexto de interação humana<sup>71</sup>.

Um dos grandes méritos desta teoria é a ênfase dada ao fato de que a ação é uma forma de comunicação intersubjetiva<sup>72</sup>. É daí que se abandona a tentativa de explicar a ação como uma “*abstração metafísica separada de seu contexto e da realidade social na qual os sujeitos agem*”<sup>73</sup>, assumindo que tal conceito deve ser fixado no *futuro* e por terceiros. A verificação de se determinado sujeito está praticando uma ação dependerá, portanto, de se o contexto em que esse evento se desenvolve expressa o sentido de que o agente estava presente e participando plenamente em sua decisão de realização daquela situação<sup>74</sup>. Conforme Muñoz Conde e Chiesa concluem a respeito desse conceito da ação comunicativa:

uma ação deve ser entendida como um evento que faz parte da realidade, que só tem significado dentro de uma dada realidade, e que contribui para explicar e compreender essa realidade levando em conta o contexto – entorno – do evento.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> FLETCHER, George Patrick. **The Grammar of Criminal Law: American, comparative and international**. Volume one: Foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 281-282.

<sup>72</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p. 05. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>73</sup> *Idem*.

<sup>74</sup> FLETCHER, George Patrick. *Op cit.* p. 272.

<sup>75</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p. 10. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

Dentro desse quadro de compreensão, importa salientar que o observador deve compartilhar certos quadros de mundo que sejam suficientes para que aquela ação seja reconhecida comunicativamente por ele. Todo e qualquer significado e relevância que as ações adquirem estão sempre subordinados à percepção e avaliação feitas pelo observador<sup>76</sup>. Assim, caso esse observador não reconheça o significado de ação na situação que ele percebe, tal situação não será tomada como uma ação. É por isso que Muñoz Conde e Chiesa<sup>77</sup> dizem que, partindo desta teoria da ação comunicativa, não existiria ação socialmente relevante por si mesma.

Como a comunicação do sentido depende das informações percebidas e compreendidas pelo observador, Fletcher<sup>78</sup> afirma que as aparências podem enganar e alerta quanto à possibilidade de a constatação do intérprete estar equivocada, devendo o juízo sobre o que se vê estar sempre sujeito a reavaliações, conforme novos dados e circunstâncias cheguem ao conhecimento do intérprete. Exemplos disso são as diversas situações que, a princípio, têm total aparência de ação, porém, após observação mais atenta, acabam por se apresentar como não sendo efetivamente ações, por terem sido realizadas sob estado de inconsciência – hipnose ou sonambulismo, por exemplo.

Para o presente trabalho, importa notar também que Fletcher<sup>79</sup> reitera a oposição existente entre “ações” e “estados” – inclusive fazendo referência ao já explicado caso “Robinson v. California” –, bem como afirma que o “act requirement” exerce um importante papel para garantir um direito penal dos fatos, servindo como “*um amortecedor contra o poder Estatal excessivo*”<sup>80</sup>.

Todo o desenvolvimento desta teoria da ação comunicativa serviria, portanto, para estabelecer as bases para a devida operacionalização do “act requirement”,

---

<sup>76</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p. 09. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>77</sup> *Idem*.

<sup>78</sup> FLETCHER, George Patrick. **The Grammar of Criminal Law: American, comparative and international**. Volume one: Foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 283.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 293-295.

<sup>80</sup> Texto original: “*The act requirement thus serves as a buffer against overweening state power*”. FLETCHER, George Patrick. **The Grammar of Criminal Law: American, comparative and international**. Volume one: Foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 296.

considerado por Fletcher<sup>81</sup> como um instituto muito próximo de ser uma exigência universal da justiça criminal. Essa proposta visa superar as dificuldades que as teorias descritivas e normativas tiveram ao tentar delimitar e distinguir as ações das não-ações, maximizando o rendimento da utilização do “act requirement” nos sistemas de imputação jurídico-criminal.

### 2.3 A IMPORTÂNCIA DA EXIGÊNCIA DA AÇÃO PARA O DIREITO PENAL

Como se percebe, o desenvolvimento da exigência de uma ação para fundamentar uma incriminação é algo que se deu tanto nos sistemas de imputação do *civil law* como nos do *common law*. Não bastasse uma forte semelhança entre as várias teorias da ação propostas pela doutrina das duas matrizes (*common law* e *civil law*), nos dois sistemas surgiram correntes defensoras do abandono dessa exigência de ação, de modo que a responsabilidade criminal pudesse se fundar independentemente de haver qualquer correspondência com um comportamento.

Diante desse quadro, espera-se que os pensadores do Direito se atentem ao fato de que a função negativa do conceito de ação – equivalente ao instituto do “act requirement” do sistema anglo-americano – ainda pode se apresentar como um forte instrumento de contenção do poder punitivo estatal, garantidor de um direito penal dos fatos e, em última análise, da concretização do Estado Democrático e de Direito. É inclusive nesse sentido que Fletcher<sup>82</sup> atribui méritos a todos os doutrinadores que, apesar das diferenças entre suas propostas, se aventuraram a formular teorias da ação, já que o autor reconhece a extrema relevância desta busca por uma base universal estabelecida deste quadro garantista, imune às vicissitudes que surgem com as mudanças políticas e morais de determinada sociedade.

---

<sup>81</sup> FLETCHER, George Patrick. **Basic concepts of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 44.

<sup>82</sup> Referindo-se, expressamente, a Austin, Moore, Welzel, Vives Antón e a si mesmo. FLETCHER, George Patrick. **The Grammar of Criminal Law: American, comparative and international**. Volume one: Foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 291.

Na mesma linha de reconhecer grande vantagem no emprego de um conceito de ação, os professores Francisco Muñoz Conde e Luis Ernesto Chiesa<sup>83</sup> também insistem em considerar o conceito de ação como elemento essencial da teoria do Direito Penal – optando pela adoção das teorias da ação mais modernas, fundadas na filosofia da linguagem. Interessa perceber que uma das conveniências verificadas pelos referidos autores no emprego de um conceito de ação é justamente a de que, através dele, desde logo ficam de fora as considerações relativas aos fatores extrínsecos ao ato em si para a análise de atribuição de responsabilidade criminal – afastando-se, portanto, observações que digam respeito à “*periculosidade do autor, sua ligação a um determinado grupo étnico ou racial, suas convicções políticas e religiosas*”<sup>84</sup>, entre outros. Seria desse recorte que teria surgido o aparente acordo entre a doutrina e a jurisprudência de que a responsabilização penal deve ser fundada no que o autor faz (nas suas ações), em oposição a eventual responsabilização baseada no *status* do indivíduo<sup>85</sup>, de modo a garantir um direito penal dos fatos – sendo esta a única verdadeira importância da ação à teoria democrática da imputação penal<sup>86</sup>.

Assim, diante do espaço de extrema relevância que o conceito de ação ocupa nos sistemas de imputação jurídico-criminais – e considerando tal conceito como um “*mecanismo legítimo, humanista e democrático de resistência contra o avanço punitivo*”<sup>87</sup> –, resta saber se a técnica de tipificação dos delitos de posse resiste ao filtro da exigência de ação, cotejo este que será desenvolvido no próximo capítulo.

---

<sup>83</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p. 5. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 4-5.

<sup>85</sup> *Ibid.* p. 4.

<sup>86</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco ; GARCÍA ARÁN, Mercedes . **Derecho penal: parte general**. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p.219.

<sup>87</sup> BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, ene. 2015. p. 19.

### 3 DELITOS DE POSSE

A classe de delitos a que se faz menção ao se falar em “crimes de posse” abarca os tipos penais cujo núcleo é definido como “possuir” determinada coisa incriminada. Esses tipos penais comportam variáveis como “ter em depósito”, “manter em depósito”, “manter sob guarda”, “ter em cativeiro ou depósito”, entre outras. Todas essas previsões guardam em comum o fato de expressarem a relação de posse que uma pessoa tem sob determinada coisa.

Desde logo, cabe deixar claro que essa técnica de tipificação não é novidade do legislador contemporâneo. Há referências no sentido de que no Direito Romano já constavam algumas incriminações de posses como, por exemplo, a posse de veneno para fins de venda<sup>88</sup> – sob a égide da *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, promulgada em 81 a.C.<sup>89</sup>. Além disso, a própria legislação brasileira convive com esse fenômeno há bastante tempo: o Código Criminal do Império do Brasil, aprovado em 16 de dezembro de 1830, ao incriminar a fabricação e uso de instrumentos para roubar, proibia também o fato de o agente “ter” instrumentos ou aparelhos próprios para roubo<sup>90</sup>.

Portanto, a relevância que o tema tem adquirido nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais não decorre de uma novidade que se apresentou aos tribunais, mas da “*primazia que o legislador pós-moderno concede a essa modalidade de tipificação*”<sup>91</sup>, não só em âmbito nacional, como também internacional, já que se tem

<sup>88</sup> Exemplo esse utilizado por SCHROEDER, Friedrich-Christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p.84.

<sup>89</sup> Andrew M. Riggsby, ao referir-se a *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* (de 81 a.C.), comenta que ela proibia, entre outras, a posse de arma (*esse cum telo*) com o propósito de matar alguém ou cometer roubo (Rab. Perd. 19; Marc. D. 48.8.1.pr). RIGGSBY, Andrew M.. **Crime and community in Ciceronian Roma**. Austin: Texas Press, 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/mQHnbE>>. Acesso em: 28 set. 2015.

<sup>90</sup> Art. 300. Fabricar gazúa, ou ter, ou trazer consigo de dia, ou de noite gazúa, ou outros instrumentos, ou aparelhos próprios para roubar. Pena - de prisão com trabalho por dous mezes a tres annos.

<sup>91</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. p. 105. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.



presenciado uma intensa utilização dos crimes de posse nas leis penais. Exemplos disso são as incriminações, nas mais variadas legislações, da posse não autorizada de armas e de entorpecentes; de material pornográfico infantil; de meios de doping esportivo; de substâncias tóxicas, perigosas ou nocivas à saúde humana ou ao meio ambiente; de material nuclear; de matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo; de petrechos para falsificação de moeda; de substância ou engenho explosivo e gás tóxico ou asfixiante; de água ou substância envenenada a fim de ser distribuída; de papéis públicos falsificados; entre tantos outros.

### 3.1 PANORAMA GERAL

Diante da variedade de tipificações de posses nas legislações penais, nota-se um esforço doutrinário<sup>92</sup> em organizar as várias manifestações dos crimes de posse em diferentes grupos, com o escopo de facilitar a análise da legitimação de cada uma dessas estruturas. Nuria Pastor Muñoz<sup>93</sup> propõe uma didática classificação, separando os crimes de posse que obedecem a uma lógica de antecipação dos que seguem uma lógica pós-consumativa. Isso será exposto de maneira breve neste trabalho, a fim tão somente de chamar a atenção para o que os juristas vêm debatendo sobre o tema. Da mesma forma, vale uma sucinta referência à aparência de facilitador da persecução penal que essa técnica de tipificação traz consigo, bem como à

---

<sup>92</sup> Como, por exemplo, Schroeder, que faz uma classificação em seu artigo, tratando-os como “delitos puros de posse”, “posse como intenção de utilização”, “posse como preparação”, “posse como incentivo de produção” e “posse para facilitação da prova”, em SCHROEDER, Friedrich-Christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p.84.; Eckstein também propõe uma classificação dos delitos de posse, dividindo-os em: “posse com o objetivo de impedir a produção ou a obtenção de coisa”, “posse com finalidade de impedir que determinados objetos estejam em certos lugares”, “posse para impedir o uso de determinados objetos” e “posse com o fim de facilitar a persecução penal”. Eckstein, Ken. **Besitz als Straftat**. Berlin: Duncker & Humblot, 2001. *Apud* LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. p. 107-109. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>93</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 48.

abordagem que se faz quanto à utilização do elemento normativo da “falta de autorização” nesses tipos penais.

### 3.1.1 Os Delitos de Posse e a Lógica de Antecipação

Percebe-se que a grande maioria das previsões de delitos de posse mostra-se atrelada a uma motivação preventiva, numa lógica de antecipação. Parte-se do pressuposto de que é mais conveniente uma intervenção Estatal anterior a qualquer lesão a bens jurídicos individuais – às vezes sem mesmo se ter certeza de que o possuidor dirigiria qualquer conduta no sentido de infringir alguma norma penal – do que correr o risco de que essas aflições venham a ocorrer<sup>94</sup>. É por isso que, como já mencionado no capítulo anterior, se o objetivo é a prevenção do uso ou da venda de substâncias entorpecentes, seguindo essa lógica, bastaria que se incriminasse a posse de tais substâncias<sup>95</sup>.

Nuria Pastor Muñoz<sup>96</sup> alerta que esse caráter preventivo dos delitos de posse, quando corresponder a uma forma de neutralização de supostas fontes de perigo – em oposição à mera intimidação teoricamente gerada por esses tipos –, pode ser considerado como uma expressão do fenômeno de “*absolutização do fim da eficácia*”, que marca o constante avanço nas restrições das liberdades individuais sob o discurso de luta contra a criminalidade. A fim de apresentar um quadro bastante representativo dessa utilização dos crimes de posse como meios a assegurar que a eficácia da política-criminal adotada seja atingida, Pastor Muñoz faz referência ao panorama vivenciado pelo atual sistema penal estadunidense, “*onde o Direito Penal das posses adotou um cariz praticamente policial*”<sup>97</sup>. Entre decisões norte-americanas é possível encontrar casos em que os julgadores foram enfáticos em fundamentar a

<sup>94</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 24.

<sup>95</sup> MOORE, Michael S.. **Act and crime**: the philosophy of action and its implications for criminal law. New York: Oxford University Press, 1993. p. 21.

<sup>96</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Op cit.* p. 23-24.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 24.

criminalização da posse de drogas com base em argumentos “preventivistas”<sup>98</sup> como, por exemplo, no caso *Harmelin v. Michigan*<sup>99</sup>, no qual houve condenação à pena perpétua pela simples posse de drogas. Nesse caso, a condenação foi motivada, principalmente, pelo fato de que o crime de posse de entorpecentes cometido “ameaçou causar grave dano para a sociedade”, já que, para além dos efeitos prejudiciais sobre o indivíduo que usa as drogas, esses tóxicos estariam relacionados a crimes em três maneiras: primeiro, porque o usuário de drogas pode cometer crimes em decorrência de mudanças (produzidas pelo uso da drogas) em suas funções psicológicas, habilidades cognitivas e humor; segundo, porque o usuário de drogas pode cometer crimes objetivando obter dinheiro para comprar mais drogas; e terceiro, um crime violento pode ocorrer como parte do “negócio das drogas”<sup>100</sup>.

Para o momento, importa trazer à tona que esse fenômeno da “absolutização do fim da eficácia”, ligado à utilização de técnicas de tipificação preventivas, tende a uma relativização de princípios essenciais do Direito Penal, afastando-se cada vez mais de um direito penal mínimo (de *ultima ratio*), devendo as expressões desse fenômeno serem analisadas com olhos bastante críticos pelos operadores do direito<sup>101</sup>.

Dito isso, Pastor Muñoz elenca, dentro da lógica de antecipação, quatro classes de manifestações de delitos de posse que merecem menção, a fim de se facilitar no momento em que o intérprete analisará se determinado tipo se apresenta legítimo sob o aspecto material. Identifica, então, que há os casos de (a) posse de objetos perigosos que é entendida, por si só, perigosa (periculosidade objetiva); (b) os de posse não perigosa de objetos perigosos que podem ser empregados de maneira perigosa (perigo de um comportamento delitivo futuro); (c) os de posse de objetos

---

<sup>98</sup> Termo empregado por PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 24.

<sup>99</sup> Referido por DUBBER, Markus Dirk. Policing possession: the war on crime and the end of criminal law. **Journal Of Criminal Law And Criminology**, Evanston, v. 91, summer 2001. p. 841.  
Disponível em:  
<<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7086&context=jclc>>.  
Acesso em: 04 ago. 2015. É também referido por PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 24.

<sup>100</sup> *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 1002 (1991).

<sup>101</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Op cit.* p. 23-24.

somada a uma intenção de cometer delitos; (d) e os de posse de objetos que são idôneos tão somente para a comissão de certos delitos, trazendo o significado de preparação para esses crimes (esses dois últimos sendo casos de preparação inequívoca)<sup>102</sup>. Em que pese neste ponto haja espaço para maiores questionamentos, nessa monografia o foco de discussão diz a respeito a uma questão prévia a este momento, de modo que não serão feitos maiores aprofundamentos sobre este ponto<sup>103</sup>.

### 3.1.2 Os Delitos de Posse e a Lógica Pós-Consumativa

Nota-se também que alguns delitos de posse obedecem a uma lógica pós-consumativa, proibindo a relação de posse entre o autor e um objeto proveniente de outro crime já consumado como, por exemplo, a posse de materiais de pornografia infantil – os quais pressupõe a ocorrência de crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Entre as tentativas de justificação doutrinária para fundamentar a sanção penal dessa estrutura pós-consumativa dos delitos de posse, destacam-se os esforços para compreender a referida posse como uma contribuição à atividade ilícita, bem como em se admitir a incriminação como um meio a se chegar no autor do delito anterior, quando as provas colhidas são insuficientes à reconstrução fática desse primeiro crime<sup>104</sup>.

Em sucinta análise, a ideia de defender um delito de posse como contribuição à determinada atividade ilícita estaria baseada na consideração da posse como estímulo à realização de determinado crime, originando uma reponsabilidade mediata do possuidor pelo delito antecedente. Tomando como exemplo a posse de material pornográfico infantil, o fomento à produção dessas publicações e a aquisição de

---

<sup>102</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 48.

<sup>103</sup> Para maior desenvolvimento do tema, recomenda-se a leitura de PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 91.

benefícios indiretos decorrentes do delito gerariam essa responsabilidade mediata do possuidor pela violação da dignidade sexual causada a criança ou adolescente<sup>105</sup>. Esse posicionamento, defendido por Claus Roxin<sup>106</sup>, enxerga na proibição dessa posse uma enorme similitude com o que ocorre no crime de receptação (nos seus diversos núcleos típicos), por entender que a motivação desses delitos é justamente o incentivo à prática de outros crimes que esses tipos podem provocar. Esse ponto é passível de fortes críticas quando se percebe que esse suposto fomento, por si só, não consegue afligir o bem jurídico protegido (que foi lesionado por infração já consumada)<sup>107</sup>, de modo a não servir de sustento para tipos penais. A única hipótese que mereceria gerar responsabilidade penal com fundamento nesse estímulo à produção dessas publicações pornográficas seria quando o possuidor tivesse agido como indutor (prévio) à referida produção, situação essa que implicaria responsabilização como partícipe no próprio delito contra a dignidade sexual, o que não aparenta ser o escopo da criminalização da posse de pornografia infantil<sup>108</sup>.

Por sua vez, tentar justificar a lógica pós-consumativa sob o argumento de ser um facilitador a se chegar no autor do delito anterior, quando as provas colhidas são insuficientes à reconstrução fática desse primeiro crime – e sem que se considere essa posse, por si só, como perturbadora da sociedade –, constituiria uma tipificação de indícios do crime anterior, implicando um direito penal da suspeita<sup>109</sup> contrário a diversos princípios do direito penal e processual penal, a saber, o da presunção de

---

<sup>105</sup> ROXIN, Claus. Crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. p. 51. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>107</sup> O equívoco do argumento desenvolvido se encontra justamente no que se considera o fundamento da incriminação da receptação. Diferentemente do entendimento adotado por Roxin, apresenta-se mais coerente entender que a receptação é punida baseada em uma “tutela penal de segundo grau”, a qual objetiva evitar a intensificação da dificuldade de recuperação do patrimônio em prol do legítimo proprietário – intensificação essa que se dá com a transmissão da posse do objeto a terceiros, reiterando a ofensa ao bem jurídico (patrimônio). É por este motivo que o delito de receptação é legítimo e não pode ser equiparado com o tipo penal de posse de pornografia infantil, *nos termos* apresentados pelo emérito professor da Universidade de Munique. Em defesa desse ponto de vista quanto à fundamentação da “receptação”, ver BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 607.

<sup>108</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 91-92.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 26-28.

inocência, o da culpabilidade, o da legalidade e o da intervenção mínima<sup>110</sup>. Isso fica bastante claro quando, ao invés de se provar a prática de determinado delito vinculado a determinado objeto, ou até mesmo aquisição ilegal de certo objeto, opta-se tão somente por mostrar que o agente o teve em sua posse. Portanto, se a razão da tipificação da posse está para além da posse em si mesma, resta totalmente ilegítima a manutenção desses crimes, os quais estariam servindo tão somente para simplificar a persecução penal – motivo esse que não deve ser apto a sustentar um tipo penal.

### 3.1.3 Os Delitos de Posse como Facilitadores da Persecução Penal

A mencionada facilitação da persecução penal que os delitos de posse propiciam merece, ainda que sucintamente, melhor desenvolvimento nesse trabalho, já que com certeza é uma das características desses tipos penais que os coloca, hoje, como um dos fortes instrumentos empregados na expansão do Direito Penal<sup>111</sup>. Não é preciso se delongar nos estudos para se perceber que a facilitação da persecução penal não deve servir de fundamento para a aplicação de novos tipos penais<sup>112</sup>, de modo que, se constatado tal quadro como o único a sustentar determinada

---

<sup>110</sup> Sobre o direito penal da suspeita, ver MACAGNO, Mauricio Ernesto. La supervivencia de los delitos de sospecha: el caso del artículo 259 del Código Penal Argentino. **Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: Universidad Nacional de La Plata**, La Plata, n. 41, p.179-192, 2011. Disponível em: <<http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/anales41.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2015.

<sup>111</sup> Busato afirma, referindo-se aos delitos de posse, que “Esta classe de imputação é notadamente uma das formas mais evidentes de expansão do Direito Penal, no sentido nocivo que este termo pode guardar”, em BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, ene. 2015. p. 20.; Dubber compartilha um sentir muito próximo, já que considera os delitos de posse como uma formidável arma utilizada pelo sistema contra a “war on crime”, em DUBBER, Markus Dirk. Policing possession: the war on crime and the end of criminal law. **Journal Of Criminal Law And Criminology**, Evanston, v. 91, summer 2001. p. 856. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7086&context=jclc>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

<sup>112</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 27.

incriminação, a dogmática penal deve se posicionar contrária ao interesse do legislador<sup>113</sup>.

Nota-se que, com a utilização dos delitos de posse, a relação de posse de um objeto por uma pessoa – que antes servia apenas como um elemento circunstancial probatório de um tipo de ação – passa a ser tida como elemento suficiente para configurar a tipicidade, o que pode reduzir em muito o ônus probatório da acusação em um processo criminal. Schroeder é ainda mais específico no assunto e afirma que os delitos de posse servem “*para flexibilizar a necessidade da prova da aquisição de objetos*”, acrescentando ainda que é útil também para contornar a “*objeção da prescrição da aquisição da posse*”<sup>114</sup>. Não bastasse isso, momentos do *iter criminis* costumeiramente não alcançáveis pelo poder punitivo passam a estar sujeitos ao seu controle. Nos dizeres de José Danilo Tavares Lobato:

A incriminação da posse permite que os órgãos de persecução penal trasladem sua atuação do momento consumativo do crime para o *ante factum* ou o *post-factum* e, conseqüentemente, trechos do *iter criminis*, em princípio, impuníveis, passam, por conveniência administrativa, a serem puníveis.<sup>115</sup>

É inclusive em decorrência dessa possibilidade de se atingir momentos do *iter criminis* tradicionalmente impuníveis que se fala nas “posses como preparação”, situações em que se antecipa a punição para antes dos atos de execução, atingindo o momento dos atos preparatórios – e equiparando, portanto, a posse do objeto em questão ao próprio resultado lesivo que se causaria com a ação que envolvesse tal objeto<sup>116</sup>.

Em decorrência desse contexto de mitigação do ônus probatório da acusação penal, há na doutrina uma preocupação, também, com o amplo espaço para o

---

<sup>113</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. p. 110. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>114</sup> SCHROEDER, Friedrich-christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p.89.

<sup>115</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. *Op cit.* p. 109.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 110.

cometimento de abusos de poder que os delitos de posse geram<sup>117</sup>. Por meio de manipulação da prova, determinado agente desleal que trabalhe na persecução penal pode, por mera implantação (no suposto local do crime) do objeto cuja posse é proibida, incriminar um inocente por motivos de razão pessoal – e construída essa falsa cena de crime, a desconstituição dela por parte da Defesa torna-se uma tarefa de difícil atingimento. A inquietação decorrente das chances deste quadro ocorrer, que gerou toda uma desconfiança em Daniel R. Pastor sobre a comprovação dos delitos de posse, levou o referido autor a se posicionar pelo descarte desses tipos penais falsificáveis probatoriamente, pois seriam incompatíveis com um “*arquétipo do processo penal como um projeto liberal-iluminista*”<sup>118</sup>.

Na realidade, a falta de teses defensivas alegáveis pela defesa contra a imputação de delitos de posse é uma constante em todos os casos que envolvem esses crimes – não sendo uma dificuldade a ser enfrentada apenas diante dos vergonhosos casos de implantação de provas. Talvez essa seja uma das principais características pelas quais o legislador tem utilizado com tanta frequência esta técnica de tipificação, pois a eficiência (em termos de condenação) desses tipos penais é muito grande.

De qualquer forma, o uso dessa técnica de tipificação dos crimes de posse para mitigar o ônus probatório e aumentar o âmbito de incidência do poder punitivo deve ser visto com cautela pela doutrina, uma vez que essas manifestações de agigantamento do poder de punir do Estado normalmente andam em direção oposta à da concretização do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>117</sup> PASTOR, Daniel R.. Problemas processuais dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. p. 137. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 139.



### 3.1.4 A Posse de Objetos sem a Devida Autorização

Outra abordagem que merece referência é a “falta de autorização” que alguns crimes de posse exigem como pressuposto para a responsabilidade penal. Exemplo típico disso é a incriminação da posse de armas, que requer que a respectiva posse seja “sem licença” e “em desacordo com determinação legal”. Importa notar que a presença ou ausência de licença não parece exercer qualquer influência no momento em que o intérprete analisa se determinada conduta se apresenta perigosa a algum bem jurídico<sup>119</sup>, mas, mesmo assim, apenas a posse sem a licença é considerada punível<sup>120</sup>. Isso é claramente perceptível na hipótese em que a arma de determinado agente está devidamente municada, desviada e em local de alcance de crianças: qualquer perigo que se possa imaginar desse quadro independe do possuidor da arma ter ou não a licença exigida, apesar da punibilidade pela posse do armamento estar dependente da ausência da licença<sup>121</sup>.

Dentre as explicações para esse tratamento jurídico-penal diferenciado entre a posse com e sem licença, destacam-se duas que merecem breve referência. A primeira admite o emprego dos delitos de posse como instrumento para assegurar a eficácia de certas funções estatais<sup>122</sup>, como no caso da proibição da posse de armas sem licença, em que se busca o cumprimento da norma administrativa que disciplina o controle de armamento e munições. A crítica que se faz a essa proposta é que os crimes de posse estariam sendo reduzidos a “delitos de desobediência”, sem qualquer conteúdo próprio que os diferenciasse das infrações administrativas, restando imunes, inclusive, a qualquer tentativa de análise de sua ofensividade material<sup>123</sup>. A segunda explicação, por outro lado, mantém a necessidade de haver a criação de uma situação

---

<sup>119</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 101.

<sup>120</sup> Com a devida ressalva, na apresentação desta ideia, de que é fortemente questionável querer considerar a “posse de um objeto” uma conduta (abordagem esta que será feita a partir do próximo tópico da monografia).

<sup>121</sup> Exemplo de Pastor Muñoz. PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Op cit.* p. 101.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 30-31.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 101-103.

de perigo (ainda que em nível de antecipação bastante elevado) a bem jurídico tutelado, considerando a “licença” como um “*âmbito de risco permitido expressamente definido pelo Estado*”<sup>124</sup>.

A despeito de todo esse quadro apresentado e da necessidade da análise casuística do propósito que o legislador teve ao criar cada delito de posse, é de crucial importância o estudo de um ponto prévio a todas essas discussões: o questionamento de se as posses podem ser entendidas como ações, cumprindo a exigência da ocorrência de uma ação para a responsabilização criminal – discussão essa que será desenvolvida a partir deste ponto do trabalho.

### 3.2 A POSSE COMO CONDUTA

Apesar de se apresentarem como verbos, não é tão intuitivo o reconhecimento do “possuir” como uma forma de conduta. Por essa razão, os estudos que se tem feito sobre os delitos de posse costumam reservar algumas páginas para delimitar o que se entende como “possuir”, propondo concepções que estabeleçam uma correspondência entre o “possuir” com um fazer ou com uma omissão – e, então, satisfazer a exigência de uma ação para sustentar a responsabilização criminal, garantindo o direito penal dos fatos.

---

<sup>124</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 103.

### 3.2.1 O “Possuir” no Uso Linguístico Geral

Neste primeiro passo da análise dos delitos de posse, são dignos de menção os estudos de Eberhard Struensee<sup>125</sup>, autor esse que se destacou por sua crítica sistemática a esta classe delitiva, acusando-a, inclusive, de não passar de um “*tropeço legislativo*”<sup>126</sup>. A primeira investigação feita pelo referido autor buscou identificar os vários significados que o uso linguístico atribui ao “possuir”:

o uso linguístico entende ‘possuir’ e ‘ter’ como a detenção de relações de determinada classe entre a pessoa e uma ou mais coisas: ‘A’ tem/possui uma casa, um carro, uma empresa etc. Entretanto, esses verbos também podem designar que a certo indivíduo correspondem determinadas propriedades ou capacidades: ‘A’ tem/possui humor, compreensão, um conhecimento extraordinário da língua alemã, um grande talento musical, bom gosto etc. Por outro lado, com esses vocábulos, igualmente, descrevem-se relações entre pessoas: ‘A’ possui/tem uma mulher, dois filhos, uma empregada, todavia, pais vivos não mais. Inclusive, esses termos podem ser usados para caracterizar estima – positiva ou negativa – que se concede a uma pessoa ou coisa: ‘A’ tem/possui o afeto de sua família, o respeito de seus colegas, a confiança de seus colaboradores, poucos inimigos etc.<sup>127</sup>

Desde logo, nota-se que esses significados trazidos por Struensee de fato não se apresentam como formas de conduta. Mas isso não é absoluto. No vernáculo brasileiro, por exemplo – e apenas a título de curiosidade –, há um sentido para o verbo “possuir”, mencionado no Dicionário Aurélio<sup>128</sup> e bem compreendido pelos intérpretes falantes do português do Brasil, que expressa o sentido de uma conduta: o “possuir” significando “*ter cópula com (um indivíduo)*”, exemplificado no trecho “*a intensidade das carícias o exacerbou a ponto de tentar possuí-la ali mesmo, na praça*”<sup>129</sup>.

<sup>125</sup> STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, p. 56-69, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>128</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos. **Novo dicionário Aurélio**: da língua portuguesa. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

<sup>129</sup> *Idem.*

Apesar da baixa probabilidade, no uso linguístico geral, que o emprego do “possuir” tem de corresponder a uma conduta, é de suma importância a verificação de quais os possíveis significados que se pode perceber ao analisar estes dispositivos fundados em núcleos de “posse”, nas suas mais variadas manifestações.

### 3.2.2 “Possuir” como um Fazer Positivo

Como os delitos de posse dizem respeito à relação de posse que uma pessoa tem com determinado objeto, faz-se um esforço interpretativo para enxergar um “atuar” nas formas do “possuir” empregada, tentando identificá-lo no ato de aquisição da posse, de manutenção da posse e de utilização da posse.

A aquisição da posse encontra-se cronologicamente antes do momento em que o agente passa a “ter” o bem<sup>130</sup>. É, portanto, pressuposto para que a posse ocorra<sup>131</sup> – é a partir da aquisição que se tem a posse –, porém esse não parece ser nem de longe o sentido que o legislador quis dar quando empregou o “possuir” (e suas diversas variações) nos tipos penais. Tanto é assim que vários tipos penais que proíbem a posse de objetos fazem menção expressa, no mesmo dispositivo legal, à proibição da ação de aquisição daquele objeto. É o caso, por exemplo, do artigo 33 da Lei 11.343/2006<sup>132</sup>, que incrimina o mero “ter em depósito” substâncias entorpecentes, como também o “adquirir” drogas; e do artigo 16 da Lei 10.826/2003<sup>133</sup>,

<sup>130</sup> STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. p. 60. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>131</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 39.

<sup>132</sup> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

<sup>133</sup> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...)

que proíbe tanto o “possuir” e “ter em depósito” arma de fogo, como o “adquirir” e “receber” os referidos objetos. Esse é, inclusive, um dos motivos pelos quais se reconhece o emprego do delito de posse como um facilitador da persecução penal, pois esses núcleos do tipo estariam desonerando a acusação de ter que provar a aquisição ilícita do objeto. Portanto, não bastasse já ser forçado estabelecer a correspondência entre o “possuir” e o “adquirir”, percebe-se que o primeiro vai para muito além da mera aquisição, não sendo uma boa alternativa para superar o problema.

Por sua vez, tanto a manutenção da posse (entendida como o direcionamento de esforços para impedir a perda da posse) como a utilização da posse, afiguram-se em momentos que pressupõe a existência dela – sem, todavia, englobarem o sentido do “possuir”<sup>134</sup>. Aqui, novamente, nota-se que o legislador especifica<sup>135</sup>, sempre que conveniente, condutas proibidas que significam atos de utilização do objeto possuído, o que reitera a sensação de que ao empregar os núcleos de tipos de posse, o objetivo era algo para além dessas hipóteses. Exemplo disso se encontra no artigo 33, da Lei 11.343/2006, onde se incrimina tanto o “ministrar” drogas (que corresponderia a uma utilização do objeto que se possui), como também o “ter em depósito”.

Sintetizando esse quadro, Kai Ambos afirma que apesar dessas três espécies de atos positivos poderem coexistir com a posse, “*esses atos não podem ser colocados em pé de igualdade com a própria posse: ou eles a precedem e depois resultam na posse (aquisição) ou ocorrem em seguida à posse real (manutenção e uso)*”<sup>136</sup>, apontando também que esses atos são comumente criminalizados separadamente.

Essa dificuldade em se considerar o “possuir” como fazeres comissivos – ou seja, a falta de expressão de sentido do “possuir” que equivalha a fazeres positivos – fez com que a análise se voltasse a saber se a os delitos de posse respondem bem dentro da lógica dos crimes omissivos.

---

<sup>134</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 38-39.

<sup>135</sup> Às vezes em tipos penais distintos.

<sup>136</sup> AMBOS, Kai. Posse como delito e a função do elemento subjetivo: reflexões a partir de uma perspectiva comparada. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 24, Coimbra, n. 1, jan./mar. 2014. Tradução por: Pablo Rodrigo Alfren. p.18-19.

### 3.2.3 “Possuir” como Omissão

As propostas de se fazer um paralelo entre os delitos de posse com os casos de responsabilidade por omissão devem ser divididas em dois grupos, pois há tentativas de se admitir responsabilidade pela posse tanto equiparando-a com a omissão própria, como com a omissão imprópria.

#### 3.2.3.1 “Possuir” como Omissão Própria

No que tange à equiparação com a omissão própria, cumpre notar que o esforço hermenêutico que deve ser feito para se enxergar um dever de atuação genérico no emprego do verbo “possuir” (e seus equivalentes) é desarrazoado. Os tipos omissivos próprios são marcados justamente por descreverem um “não fazer” em sua previsão típica. Eles contêm um dever genérico de agir explicitamente definido na norma (portanto, um dever jurídico)<sup>137</sup>, como é o caso da omissão de socorro<sup>138</sup> e do abandono intelectual<sup>139</sup>.

Diferentemente do crime de omissão de socorro, em que está explícito que o dever de atuação é o de “prestar assistência”, nos delitos de posse é difícil perceber qualquer dever de atuação – nem nas entrelinhas, e muito menos explicitamente. Para notar isso, basta que se analise o tipo de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito: “*possuir (...) arma de fogo (...) de uso proibido ou restrito, sem autorização (...)*”<sup>140</sup>. Desse preceito típico se percebe, tão somente, a descrição da relação de posse de

---

<sup>137</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 289-292.

<sup>138</sup> Omissão de socorro. Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: (...)

<sup>139</sup> Abandono intelectual. Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: (...)

<sup>140</sup> Artigo 16, da Lei 10.826/2003.

uma pessoa com uma coisa (arma de fogo). Nada mais – não se narra nem um omitir, e muito menos um dever de atuação.

Tanto é assim que Schroeder chega a afirmar que “*parece duvidoso se o dever de renunciar à posse se descreve de maneira suficientemente precisa mediante a palavra ‘posse’*”<sup>141</sup>. No mesmo sentido, só que de maneira mais incisiva, manifesta-se também Struensee, que considera um absurdo querer definir a “posse” como o “*não abandono ou a não extinção da posse*”<sup>142</sup>, por ser “*linguisticamente inconcebível*”<sup>143</sup>. Destarte, querer enxergar a descrição de um “não fazer” e um dever jurídico de “terminar com a posse” nessas tipificações é forçar um salto interpretativo intransponível, já que o teor literal do “possuir” (e seus equivalentes) não condiz com essas hipóteses.

### 3.2.3.2 “Possuir” como Omissão Imprópria

Direcionando a atenção à proposta de tratativa dos delitos de posse como omissões impróprias, cumpre, mais uma vez, elencar as principais características dessa modalidade de omissão, para então pôr a prova o quadro que esse modo de lidar com os crimes de posse oferece.

Diferentemente da omissão própria, os tipos omissivos impróprios – denominados também de comissivos por omissão – dependem da ocorrência de determinado resultado. O termo “comissão por omissão” é aplicado por conta do fato de esses delitos dizerem respeito à prática de um crime comissivo – “*a norma*

---

<sup>141</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 94.

<sup>142</sup> STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. p. 61-62. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>143</sup> Termo este empregado por Roxin, em ROXIN, Claus. Crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. p. 39. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

*incriminadora prevê necessariamente um atuar positivo*<sup>144</sup> – realizado mediante uma omissão, como ocorre no caso de uma mãe que mata o seu filho recém-nascido por omissão em amamentá-lo, cometendo o crime de homicídio. Sem que o referido recém-nascido morra, não há que se falar em consumação delitiva, por ausência de produção do resultado.

Nos crimes omissivos impróprios se estabelece uma equivalência de desvalor jurídico entre a ação e a omissão<sup>145</sup>. Importa notar que apenas se pode responsabilizar criminalmente alguém por não empreender os esforços esperados para evitar determinado resultado se esse agente ocupar a posição de garantidor, o que é estabelecido em lei, fora do tipo penal. Disso se percebe outras diferenças dos delitos de comissão por omissão: o dever violado nesses delitos é um dever específico, destinado a certo grupo de pessoas definido, e essa conduta exigida não está explicitada na norma, mas é deduzida dela por meio de um exercício hermenêutico.

Tentar interpretar os crimes de posse como uma comissão por omissão<sup>146</sup> implica, desde logo, superar algumas questões de suma relevância. Primeiramente, há uma evidente dificuldade em se identificar o comportamento ativo ao qual o omitir estaria sendo equiparado. Os motivos disso resultam da recém mencionada frustração dos esforços em se encontrar uma expressão de sentido do “possuir” empregado nesses tipos que equivalha a fazeres positivos, o que impediria que esses delitos fossem realizados na forma comissiva – impossibilitando, portanto, a sua realização também em comissão por omissão. Haveria, deste modo, uma falta de correspondência da suposta omissão com uma conduta ativa, implicando uma indeterminação do resultado que se pretende evitar.

Além disso, é possível questionar se o agente possuidor do objeto ocupa de fato uma posição de garante<sup>147</sup>, bem como se lhe é de alguma forma imposto o dever

---

<sup>144</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 293.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 290.

<sup>146</sup> Proposta esta defendido, por exemplo, por Pastor Muñoz, em PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus**: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005. p. 37-43.

<sup>147</sup> Lembrando que, por ter adotado a teoria formal a respeito do garantidor, o agente teria que se enquadrar em uma das situações previstas no artigo 13, §2º, do Código Penal: Relevância da omissão. Art. 13 (...) § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.



de terminar com a posse. Mesmo que se supere a questão de ele estar na posição de garantidor, seja porque se entende que a posse de determinados objetos é abarcada pelo dispositivo legal que trata do tema (art. 13, §2º, do Código Penal), ou porque se opta por adotar uma compreensão material da abrangência da posição de garantidor<sup>148</sup> – admitindo que essa suposta obrigação jurídica decorre de a comunidade ter que poder confiar que quem se encontra na relação de posse com alguns objetos domine os riscos deles decorrentes<sup>149</sup> –, o dever que se origina é o de prevenir a ocorrência de um resultado, porém é totalmente desarrazoado querer enxergar o “possuir” como o resultado que se quer evitar. O que parece é que esse raciocínio desagua em um ciclo vicioso, onde a própria situação geradora da posição de garante (de onde derivariam todos os deveres impostos ao agente) é tida como o resultado que se quer evitar.

Se bem construído o raciocínio, seria plausível admitir, no máximo, uma obrigação de evitar certos resultados *decorrentes* do estado de posse (como, por exemplo, o disparo acidental pelo manuseio imperito de uma arma), mas nunca que o próprio estado de posse fosse o *resultado* que se quer evitar. Desse modo, admitir-se-ia o estabelecimento da posição de garantidor em decorrência da posse do objeto, mas o agente acabaria por ser responsabilizado pela prática de outros tipos penais (que não os com o núcleo “possuir”), na modalidade de comissão por omissão.

Diante de todo esse quadro exposto, percebe-se que, partindo dos delitos de posse, resta inviável querer sustentar um dever de extinção do estado de posse que alguém tem sob determinado objeto – seja por meio de um dever geral em tipos omissivos próprios, ou de um dever específico destinado a um garantidor que possibilite uma comissão por omissão –, de modo que a adoção da proposta de interpretá-los como uma omissão não se apresenta satisfatória.

O próximo passo da análise é fazer o cotejo do significado do “possuir” (e suas variantes) empregado nos delitos de posse com alguns conceitos de ação desenvolvidos pela doutrina do Direito Penal – mais especificamente, com os

---

<sup>148</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 295.

<sup>149</sup> Muñoz Conde, reconhecendo as conveniências da tendência doutrinária de fundamentar a posição de garantidor de maneira menos formal, faz referência (dentro de toda sua abordagem sobre a questão) ao grupo de situações em que haveria um “dever de vigilância de uma fonte de perigo”, o qual deveria gerar essa posição de garante, exemplificando que “quem tem um cachorro agressivo tem a obrigação de controlá-lo e de procurar que não ataque a ninguém”. MUÑOZ CONDE, Francisco ; GARCÍA ARÁN, Mercedes . **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p.245-247.

conceitos ontológicos de ação, com o conceito da ação como manifestação da personalidade e com o da ação comunicativa.

### 3.3 “POSSUIR” E A ABRANGÊNCIA DOS CONCEITOS DE AÇÃO

Após esse ligeiro transcurso sobre alguns dos debates que costumeiramente se dão ao redor dos delitos de posse, e das propostas de interpretação e de aplicação desses tipos penais, cumpre verificar se o “possuir” (e seus equivalentes) são passíveis de serem compreendidos por alguns dos conceitos de ação elaborados pela doutrina jurídico-criminal.

#### 3.3.1 Ação como Movimento Corporal

Partindo de um conceito de ação mecanicista, com uma construção marcada eminentemente por um aspecto ontológico – como ocorre nos conceitos causalistas e finalistas da ação – esta investigação giraria em torno de saber se o “possuir”, no modo empregado nestes tipos de posse, corresponde a uma execução ou omissão de movimento corporal voluntário.

Por óbvio que, se aceitas as críticas apresentadas sobre a tentativa de interpretação do “possuir” como um agir positivo ou como uma omissão de um agir, resta intuitiva a impossibilidade de se sustentar os delitos de posse desde essas perspectivas ontológicas. Tanto é assim que Eberhard Struensee, já no início de seu texto (antes de aprofundar sua análise crítica sobre as propostas doutrinárias sobre o tema), afirma que *“Apesar dessa multiplicidade de significados [do termo “possuir”],*

*nenhum desses diz respeito, nem remotamente, a uma conduta, no sentido da execução ou omissão de um movimento corporal voluntário*<sup>150</sup>.

Conclusão semelhante é apresentada por Juan Pablo Cox Leixelard<sup>151</sup>, quem afirma que as concepções de viés naturalista (que entendem as ações como movimento corporal voluntário) – referindo-se, aqui, desde as propostas tradicionais até as mais sofisticadas como a de Michael Moore – por óbvio não compreenderiam a “posse de objetos” dentro do seu conceito de ação. Portanto, se o objetivo é se manter dentro de uma estrutura lógica garantidora de um direito penal dos fatos, respeitando a função delimitadora desempenhada pelo conceito de ação, tem-se que, para os seguidores das teorias ontológicas da ação, os delitos de posse talvez deveriam ser inadmissíveis.

### 3.3.2 Ação como Manifestação da Personalidade

O mesmo pode não ocorrer, todavia, quando se opera essa verificação desde um conceito de ação normativo como na proposta funcionalista teleológica. Claus Roxin<sup>152</sup> enfrenta a questão, alcançando resultado diverso, tendo como o ponto de partida de seu raciocínio o conceito de ação como manifestação da personalidade.

Esmiuçando a concepção defendida por Roxin, a “*manifestação se caracteriza quando os pensamentos e impulsos volitivos se põem em relação com os acontecimentos do mundo exterior*”<sup>153</sup>, e essa manifestação deve dizer com a

---

<sup>150</sup> STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. p. 59. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>151</sup> COX LEIXELARD, Juan Pablo . **Delitos de posesión: bases para una dogmática**. Buenos Aires-Montevideo: Bdef, 2012. p. 96.

<sup>152</sup> ROXIN, Claus. Crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. p. 41-44. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>153</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.259.

personalidade do agente. Assim, estar-se-ia diante de uma ação quando a personalidade do agente fosse projetada no mundo exterior<sup>154</sup>, ficando para fora desse conceito, por exemplo, os pensamentos não exteriorizados, a coação física irresistível e atuações em estado de inconsciência. Nas explicações de Juarez Cirino dos Santos sobre o assunto, tem-se que:

A definição de ação como *manifestação da personalidade* permitiria excluir, por um lado, todos os fenômenos somático-corporais insuscetíveis de controle do *ego* e, portanto, *não-dominados* ou *não domináveis* pela vontade humana: força física absoluta, convulsões, movimentos reflexos, etc., não constituem *manifestação da personalidade*; por outro lado, exclui pensamentos e emoções encerrados na esfera psíquico-espiritual do ser humano, porque não representam *manifestação da personalidade*.<sup>155</sup>

Trabalhando com sua proposta de conceito de ação, Roxin desenvolve todo um raciocínio a fim de conceber que a posse de determinados objetos seja abarcada pelo conceito personalista de ação:

A detenção voluntária do domínio de fato sobre uma coisa é uma manifestação da personalidade do detentor. A propósito, isto não é algo que seja facilmente refutável. Se alguém tem muitos livros ou quadros, nesse ato de colecionar reside uma manifestação característica da personalidade. Esse exemplo tampouco difere da situação do indivíduo que conserva, para si, armas, explosivos, drogas ou publicações de pornografia infantil.<sup>156</sup>

De fato, dentro de um conceito tão amplo de ação como o proposto por Roxin, talvez se possa aceitar que a posse de determinados objetos corresponda a uma ação (apesar de essa conclusão ser questionável<sup>157</sup>). Inclusive, com essa construção

<sup>154</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.259.

<sup>155</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2005. p.25.

<sup>156</sup> ROXIN, Claus. Crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. p. 42. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>157</sup> Cumpre notar que há, na doutrina, quem diga que nem mesmo o conceito de ação como manifestação da personalidade se apresenta capaz de englobar a “posse como ‘estado’ do domínio”. Nesse sentido, SCHROEDER, Friedrich-Christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 93.

teórica, admite-se também que outras formas de expressões delitivas, as quais costumeiramente não são consideradas ações, passem a serem tidas como condutas como, por exemplo, os delitos de *status*<sup>158</sup>.

O primeiro problema desta proposta reside no fato de que, seguindo essa lógica, o rol de situações que passa a ser tido como ação torna-se demasiado, de modo que, por ser um conceito tão genérico, acaba por significar muito pouco. Além disso, acusa-se o conceito personalista da ação, em si, de não dar conta de definir de maneira clara o substrato material da conduta humana<sup>159</sup>, tanto que se comenta que deve ser operada por um método de exclusão. Nas palavras de Guaragni:

Com essa concepção de personalidade, pretende Roxin ter obtido um conceito amplo de conduta, pelo mecanismo de exclusão: manifestações da personalidade são basicamente o que sobra quando se exclui “*tudo o que, segundo o consenso geral, não aparece como ação*”.<sup>160</sup>

Eventual busca mais profunda a fim de pôr a prova se dada situação se trata de uma ação – entendida como manifestação da personalidade – remeteria o intérprete a enfrentar a difícil missão de compreender, efetivamente, o real sentido de “personalidade”. Sobre isso, é indispensável a análise crítica feita por Juarez Cirino dos Santos:

os limites incertos ou difusos do conceito de personalidade não permitem atribuir todos os fenômenos definíveis como suas manifestações ao controle do *ego* – a instância perceptiva-consciente que controla o movimento conforme exigências do *superego* –, porque pulsões instintuais reprimidas do *id* podem assaltar o *ego* sob a forma de obsessões, fobias e, mesmo, atos falhos ou sintomáticos, que são manifestações da personalidade independentes de controle do *ego* e indiferentes às conveniências do *superego*, na dinâmica das relações entre os segmentos do aparelho psíquico que constituem a personalidade humana. Em suma, nem a personalidade, cujas manifestações constituem ação, se reduz ao *ego*, nem todas as manifestações atribuíveis à personalidade “*estão sob controle do ego, a instância de governo psíquico-espiritual do homem*”<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> Roxin exemplifica essa afirmação com os tipos penais do ordenamento jurídico alemão que incriminam o fato de determinado sujeito “*ser membro de uma associação criminal ou terrorista (§§ 129 e 129ª do StGB)*”. ROXIN, Claus. *Op cit.* p. 43.

<sup>159</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.267.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p.260.

<sup>161</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2005. p.26.

Essa incerteza conceitual presente nessa concepção de ação leva o operador do direito a não conseguir compreender, com segurança, se determinada situação deve ser entendida como uma ação. Tal dificuldade se encontra bastante presente ao se analisar os delitos de posse. Não é tão intuitivo aceitar que a relação de posse de um sujeito com um objeto (uma arma, por exemplo) é indiscutivelmente uma manifestação característica da personalidade dele. Ele poderia sim ter a arma com um plano de utilizá-la em uma empreitada criminosa, manifestando sua personalidade homicida; mas é plenamente possível que ele simplesmente tivesse a arma por conta de sua personalidade colecionadora; ou por sua personalidade preguiçosa, o que teria impedido que ele se desfizesse daquele objeto que deixaram em sua casa; ou, ainda, ele poderia possuir a arma simplesmente porque herdou de um parente e nunca pensou em fazer nada com aquele instrumento.

Chegar a conclusões seguras a respeito da personalidade de alguém é uma pretensão muito grande para o homem, independentemente da sua área de atuação (seja um jurista ou até mesmo um psicólogo). Ademais, não se pode falar de uma certeza de correspondência entre “*a expressão externa que comunica a percepção de uma ação*” com a “*expressão psicológica interna*”<sup>162</sup>, de modo que um conceito como esse acaba por ter sua aplicabilidade e rendimento prejudicados, não se apresentando como uma proposta totalmente convincente para embasar um sistema de imputação e, em consequência (e para o que interessa a este trabalho), garantir que os delitos de posse sejam compreendidos como *condutas* proibidas.

### 3.3.3 Ação como Expressão de um Sentido

Uma abordagem dos delitos de posse que parta da concepção da ação como o sentido de um substrato traz à tona outros aspectos da problemática que podem ser

---

<sup>162</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.140.

cruciais para se chegar a uma posição mais firme sobre o tema. Paulo César Busato realiza este estudo, concluindo que “*possuir, em si mesmo, não pode ser ação*”<sup>163</sup>. O autor parte sua análise de um didático exemplo que merece ser citado a fim de que melhor se compreenda o seu raciocínio:

dois policiais descobrem em uma gaveta na casa de Daniel, um revólver. Pedem-lhe a licença para a posse da arma e Daniel responde que não a tem. Há delito de posse ilegal de armas?  
 Suponhamos aqui duas variáveis probatórias. Na primeira, demonstra-se que Daniel recebeu o revólver de Ricardo e ele mesmo guardou a arma na gaveta. Na segunda, Ricardo, quando esteve na casa de Daniel, colocou o revólver na gaveta e se esqueceu dele.  
 Parece lógico sustentar que tão somente no primeiro caso há delito. Mas por que?<sup>164</sup>

Desde logo Busato<sup>165</sup> refuta a resposta que define a ação com base em o que ocorre no âmbito interno do sujeito (na consciência do agente; nas intenções), afastando a consideração de que a consciência de possuir a arma é o determinante para o intuitivo tratamento diferenciado que as duas situações parecem merecer. Dependendo de um elemento desse para definir a ação seria exigir muito do operador do direito, o qual não dispõe de meios hábeis para chegar ao estado mental das pessoas, tornando-se uma atividade contraproducente e insegura – sem contar que neste momento prévio de constatação da ocorrência de uma ação, ao intérprete do mero fato de existir uma arma na gaveta de alguém para averiguar se o respectivo sujeito atuou, esse estado mental não interfere em nada.

O cerne da justificativa de tão somente no primeiro caso haver delito é o de que nele, diferentemente do segundo, Daniel teria realizado a ação de “receber” a arma, enquanto que na segunda hipótese “*sua posse não deriva de sua condição de senhor e mestre do fato, senão de uma postura de passividade, de algo que lhe ocorreu*”<sup>166</sup>. Em ambos os casos, a “posse” do revólver, em si, expressa o mesmo significado para quem observa a situação: há uma relação de posse de Daniel com a

---

<sup>163</sup> BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, ene. 2015. p. 20.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 19-20.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 20.

arma que está em sua gaveta – e isto está longe de ser percebido como uma ação. Nada mais. Agora, ao se tomar conhecimento de todo o contexto que as variáveis exemplificadas apresentam, por óbvio que a situação da posse do objeto pode servir de “*elemento circunstancial probatório de uma ação*”<sup>167</sup>, exercendo um fortíssimo papel na reconstrução fática de uma ação passada – como, no caso, da conduta de ter recebido a arma.

Uma apreciação dos estados de posse demonstra que o “possuir” é algo que, muito próximo do que se percebe com o “chover”, representa um *fato* que simplesmente acontece, com a ressalva de que ocorre a um sujeito em condição de passividade<sup>168</sup>. O mesmo pode ser dito com relação ao “nascer” e “morrer”, por exemplo, que pressupõem essa situação passiva por parte da pessoa. Todos estes termos, apesar de serem representados por verbos, possuem uma característica peculiar que os distingue das ações propriamente ditas.

Basicamente, afirma-se estar diante de uma ação ou omissão quando se reconhece que o sujeito atuou ou deixou de atuar, exigindo-se essa condição de atividade por parte dele, ou seja, que ele esteja “*presente e participando plenamente em sua decisão*”<sup>169</sup> de *realizar* a situação que se percebe. Como o “possuir” não é algo que se realiza, mas se aproxima muito mais de um estado que se presencia, resta impossibilitada a sua compreensão como sendo uma ação sob a perspectiva da ação comunicativa.

---

<sup>167</sup> BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, ene. 2015. p.20.

<sup>168</sup> *Idem*.

<sup>169</sup> FLETCHER, George Patrick. **The Grammar of Criminal Law**: American, comparative and international. Volume one: Foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 272.



### 3.4 OS DELITOS DE POSSE E OS DELITOS DE STATUS

A menção que acaba de ser feita referente a uma aproximação entre o “possuir” e os “estados que se presencia” merece ser melhor desenvolvida, já que, como será referido, são vários os autores<sup>170</sup> que enxergam os delitos de posse como incriminações de estados existenciais.

Markus Dubber<sup>171</sup>, por exemplo, nega veemente a qualificação dos delitos de posse como condutas, considerando as posses de objetos como “estados”. Para ele, “*possuir alguma coisa é estar na posse dessa coisa*”<sup>172</sup>. Interessa notar que esse autor<sup>173</sup> constata nos delitos de posse a característica de tendência de continuidade espaço-temporal<sup>174</sup>, que é uma das marcas que tende a distinguir os “estados” das “ações”<sup>175</sup> – inclusive, essa inclinação dos estados de posse de se prolongar no tempo por período indeterminado levou a jurisprudência brasileira a qualificar esses tipos penais como crimes permanentes<sup>176</sup>.

Outro ponto de distinção entre os “estados” e as “ações” – e que parece também estar presentes nas posses – é o fato de as “ações” envolverem uma decisão

---

<sup>170</sup> Para exemplificar, Douglas Husak, Kai Ambos, Friedrich-Christian Schroeder, Markus Dubber, Eckstein, entre outros.

<sup>171</sup> DUBBER, Markus Dirk. Policing possession: the war on crime and the end of criminal law. **Journal Of Criminal Law And Criminology**, Evanston, v. 91, summer 2001. p. 915. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7086&context=jclc>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

<sup>172</sup> *Idem*.

<sup>173</sup> Essa característica seria, para Dubber, uma das maiores conveniências para as políticas de controle empreendidas na “war on crime”, pois este prolongamento espaço-temporal acaba por sempre justificar a intrusão Estatal no âmbito privado dos indivíduos, mantendo o possuidor ilegal em uma constante sujeição criminal, sob o risco de ser alvo de intervenção policial a qualquer momento. DUBBER, Markus Dirk. *Op cit.* p. 886.

<sup>174</sup> *Idem*.

<sup>175</sup> Ações como adquirir, receber, usar e vender substâncias tóxicas possuem uma delimitação temporal bastante pontual, enquanto que os estados de ser viciado em drogas e de possuir algum objeto tendem a se prostrar por tempo indeterminado.

<sup>176</sup> RHC 128281, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 25-08-2015 PUBLIC 26-08-2015.

do autor em uma maneira que os “estados” não exigem<sup>177</sup>. Como já se demonstrou na exposição deste trabalho, para se afirmar que determinado sujeito está praticando uma ação, há a necessidade de se perceber que ele esteja participando plenamente em sua decisão de realizar a situação que se comunica. Ocorre que isso nem sempre é verdadeiro quanto aos estados em que dado sujeito se encontra (incluindo, também, os estados de posse), os quais simplesmente acontecem: da mesma forma que no estar doente ou no ser viciado em entorpecentes inexistente vinculação necessária com uma decisão do sujeito (já que são meros acontecimentos), nos estados de posse também, uma vez iniciados – seja intencionalmente (comprando algo) ou tão somente passivamente (herdando o objeto ou tendo um terceiro o colocado na gaveta do indivíduo) –, não mais se percebe a necessidade de qualquer participação do sujeito em alguma decisão.

Kai Ambos<sup>178</sup> e Friedrich-Christian Schroeder<sup>179</sup> também notaram a inviabilidade em se considerar a posse de objetos como ação ou omissão e, reconhecendo nessas incriminações uma forte aproximação com os delitos de estado, acabam por se filiar à corrente que admite o tratamento dela, no Direito Penal, como um estado. Nas palavras de Kai Ambos:

Se a posse, como já foi dito antes, é um estado de existência (Zustand), baseado na relação entre pessoa e objeto, os delitos de posse punem esse estado como tal e podem ser classificados como delitos de criminalização de um estado existencial (Zustandsdelikte)<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> Apesar de entender que o que se pune nos crimes de posse não é o “estado de posse”, mas sim a ação de aquisição da posse ou a omissão em se livrar dela, e também de não ter feito este cotejo desse ponto de distinção entre as “ações” e as “posses”, o critério é defendido por Moore quando ele contrapõe os “estados” e as “ações”. MOORE, Michael S.. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law**. New York: Oxford University Press, 1993. p.19.

<sup>178</sup> AMBOS, Kai. Posse como delito e a função do elemento subjetivo: reflexões a partir de uma perspectiva comparada. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 24, Coimbra, n. 1, jan./mar. 2014. Tradução por: Pablo Rodrigo Alfren. p.14-21.

<sup>179</sup> SCHROEDER, Friedrich-christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 93-94.

<sup>180</sup> AMBOS, Kai. *Op cit.* p.24.

O fato de os “estados” não constituírem uma ação, podendo ser entendidos no máximo como causas inanimadas de alguns acontecimentos<sup>181</sup>, é um dado comum a todos estes estados (e, ao que parece, também ao de posse) que bem trabalhado pode proporcionar uma precisa organização da temática, fornecendo ao intérprete um instrumental capaz de render uma abordagem técnica diferenciada da matéria. O que se deve perceber é que da mera situação de posse de determinado objeto (uma situação inanimada) pode *derivar* um acontecimento considerado perigoso (como um incêndio ou o disparo acidental pelo manuseio imperito de uma arma, por exemplo), mas isso não faz com que a posse, por si só, seja tomada como perigosa (ou causadora de um perigo) no modo com o qual os delitos de perigo operam.

Não são poucos os autores que parecem não fazer esta distinção e, portanto, consideram a posse de certos objetos, em si mesma, perigosa a bens jurídicos. Schroeder<sup>182</sup> é enfático em afirmar que é a posse entendida como “estado” que é a fonte de perigo que fundamenta a punibilidade desses tipos penais. Esse raciocínio fundado no perigo da “posse como estado”, segundo Paulo César Busato, careceria de precisão técnica para operacionalizar uma responsabilização criminal, de modo a não merecer prevalecer<sup>183</sup>. Para Busato, o que deve ser levado em consideração não é a definição de *o que é ou não perigoso* – ponto de partida este que fez Schroeder afirmar que é a posse em si que é perigosa –, mas toda a questão deveria girar em torno de definir *“o que se pode proibir como conduta perigosa”*<sup>184</sup>, que é justamente a

---

<sup>181</sup> Michael Moore é quem defende que os “estados” podem, no máximo, serem considerados causas de alguns acontecimentos, mas nunca entendidos como um dos fazeres que constitui uma ação. A ideia fica mais clara quando se percebe que é totalmente compreensível quando alguém diz que o fato de um filho ser viciado em drogas angustiou tanto sua mãe que ela morreu. De uma situação como essa, alguém poderia falar, metaforicamente, que esse filho matou sua mãe. Porém, é bastante intuitiva a percepção de que o sentido que esse “matar” adquire se aproxima mais de uma causação de morte por algo inanimado, uma situação que simplesmente ocorre – um estado que deu causa à morte –, do que propriamente a aceção de um “matar” significando uma ação ou omissão. Daí a afirmação de que “estados ‘matam’ como balas ‘matam’, o que significa dizer, de forma nenhuma como pessoas matam”. Texto original: “States ‘kill’ like bullets ‘kill’, which is to say, not at all like persons kill”. MOORE, Michael S.. **Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 279.

<sup>182</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 94.

<sup>183</sup> BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, ene. 2015. p. 20.

<sup>184</sup> *Idem*.

racionalidade que rege os delitos de perigo abstrato<sup>185</sup>. O autor afirma que “*o perigo abstrato de uma conduta, é dizer, um delito de conduta perigosa pode se expressar na conduta de adquirir ou na omissão de entrega da coisa, mas nunca na posse em si mesma*”, já que ela é somente um fato, e não uma ação. É por isso que Busato, concordando com Muñoz Conde e Chiesa<sup>186</sup>, afirma que a posse não é por si só perigosa, mas que “*o que é nocivo é a utilização do objeto que se possui*”<sup>187</sup>, a qual precede ou sucede a posse<sup>188</sup>.

Se o que se objetiva é a retirada de circulação de determinado objeto considerado perigoso – buscando neutralizar até mesmo o *risco* de que um sujeito pratique uma conduta de perigo abstrato –, talvez fosse o caso de restringir a atuação do aparato estatal a dispor do objeto “perigoso” por meio do confisco, simplesmente privando o afetado, por esse viés administrativo, da posse do objeto<sup>189</sup>. Tal medida não excluiria, por óbvio, a possibilidade de se utilizar a constatação da posse do respectivo objeto como elemento circunstancial probatório para a responsabilização criminal por uma ação ou omissão ilícita.

Em todo caso, importa perceber que é muito forte a aproximação entre os delitos de estado e os delitos de posse. Em ambos os casos, é fortemente questionável a existência de uma conduta, já que a resposta para as perguntas de “*se o sujeito fez algo ou deixou de cumprir um dever*”<sup>190</sup> é sempre negativa. E o problema

---

<sup>185</sup> Para maiores explicações quanto ao que se entende como delitos de perigo abstrato (crimes de mera conduta perigosa), ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.133-141.

<sup>186</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. p. 17-18. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

<sup>187</sup> BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, ene. 2015. p. 12.

<sup>188</sup> O termo “nocivo”, derivado do texto original em inglês, tem sentido de “perigo” em português.

<sup>189</sup> Daniel R. Pastor defende a utilização do confisco como uma “reação que desarticule o risco e que esteja desacompanhada de uma sanção” criminal. Apesar de a preocupação do autor com os delitos de posse ser outra – diz respeito à grande margem à manipulação do conjunto probatório que esses tipos penais geram –, há de se concordar que sua proposta político-criminal de redução do poder punitivo talvez seja merecedora de maior atenção dentro das discussões relativas aos fins que se pretende atingir com os delitos de posse.

<sup>190</sup> BUSATO, Paulo César. *Op cit.*, p. 12.

do emprego dessas técnicas de tipificação, como bem apontado por Busato, é o de que “o castigo de um estado de pessoa abre espaço para as perigosas possibilidades de um Direito penal do autor”<sup>191</sup>, motivo pelo qual clama por um olhar crítico pelos juristas.

Dessa compreensão da “posse” como um “estado”, a depender da opção doutrinária, as implicações resultantes podem levar a construções de vários raciocínios, os quais possibilitam ao intérprete chegar a diferentes conclusões: primeiro, negando qualquer compatibilidade da incriminação de um estado (e então da posse) com o conceito de ação – e reconhecendo a grande importância de se insistir na utilização deste conceito jurídico da ação –, admitir a inaplicabilidade dessas técnicas de tipificação; segundo, formular um conceito de ação amplo o suficiente a englobar essas situações<sup>192</sup>; terceiro, por meio de interferência legislativa, forçar a compatibilização dessas técnicas de tipificação com a teoria geral do sistema de imputação<sup>193</sup>; e quarto, admitir a responsabilização jurídico-criminal independentemente de um “comportamento” do autor.

### 3.5 O “MODEL PENAL CODE” E A TÉCNICA DE COMPATIBILIZAÇÃO DOS DELITOS DE POSSE

Conforme exposto no primeiro capítulo desta monografia, a fim de contornar a flagrante incompatibilidade dos delitos de posse com o “act requirement”, o “Model Penal Code” norte-americano propôs a utilização de um dispositivo legal que força a

---

<sup>191</sup> BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, ene. 2015. p. 12.

<sup>192</sup> Solução operacionalizada por Roxin com conceito personalista da ação. ROXIN, Claus. Crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. p. 41-44. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.; Importa lembrar da necessidade de se ter as devidas ressalvas sobre a proposta de Roxin, já que há autores que discordam dessa compatibilidade deste conceito de ação com o núcleo “possuir”.

<sup>193</sup> Opção sugerida pelo “Model Penal Code” norte-americano.

compatibilidade dos estados de posse com o “act requirement”, a fim de garantir a sua aplicação:

A posse é uma ação, na acepção da presente seção, se o possuidor sabidamente obteve ou recebeu a coisa possuída, ou ainda teve conhecimento de seu controle sobre a coisa por um período suficiente para ser capaz de terminar sua posse.<sup>194</sup>

Essa opção (e também o próprio dispositivo) vem sendo objeto de discussão na doutrina. Se, por um lado, o “Model Penal Code” consagra o “act requirement” e impede que a responsabilização criminal se baseie em um estado<sup>195</sup>, ao mesmo tempo ele dá um tratamento diferenciado a estes “estados de posse”, de modo a recepcioná-los nos sistemas de imputação jurídico-penal que adotarem tal proposta.

De acordo com a percepção de Markus Dubber, os delitos de posse continuam funcionando como a incriminação de estados de posse de determinados objetos<sup>196</sup>. O referido dispositivo proposto pelo “Model Penal Code” cumpriria o papel de recebê-los no sistema tão somente porque a “*posse é declarada uma ação*”<sup>197</sup>, de modo a satisfazer (ao menos em tese) o “act requirement”. Portanto, através de uma interferência legislativa que resolve declarar expressamente que a posse é uma ação, força-se a inclusão dessa técnica de tipificação dentro da abrangência do “act requirement”, tornando os delitos de posse compatíveis com o respectivo sistema de imputação jurídico-penal.

Nesta discussão quanto à opção feita pelo “Model Penal Code”, cabe também retomar a já mencionada posição de Douglas Husak sobre o tema, já que ele

---

<sup>194</sup> Tradução livre do já mencionado §2.01(4) do “Model Penal Code”.

<sup>195</sup> Model Penal Code. Section 2.01(01). “A person is not guilty of an offense unless his liability is based on conduct which includes a voluntary act or the omission to perform an act of which he is physically capable”. Em tradução livre: “Uma pessoa não é culpada por um delito a menos que sua responsabilidade seja baseada em uma conduta que inclua uma ação voluntária ou a omissão em realizar uma ação da qual ele seja fisicamente capaz”.

<sup>196</sup> É interessante notar que Dubber estuda os delitos de posse como sendo um importantíssimo instrumento empregado pela “war on crime”, por meio de uma extensa análise de julgados, de onde ele tenta diagnosticar o modo como esta técnica de tipificação vem sendo usada e os resultados que ela tem proporcionado.

<sup>197</sup> DUBBER, Markus Dirk. Policing possession: the war on crime and the end of criminal law. **Journal Of Criminal Law And Criminology**, Evanston, v. 91, summer 2001. p. 985. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7086&context=jclc>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

considera inconcebível essa *transformação* do estado de posse (uma não-ação) em uma ação pela simples verificação de uma das condições previstas no §2.01(4) do “Model Penal Code”<sup>198</sup>. Apesar de o seu intento na discussão ser outro<sup>199</sup>, é interessante notar que, no sentir de Husak<sup>200</sup>, a responsabilidade criminal vem sendo imposta pelo “estado de posse”, e que inexistente alternativa para superar o fato de que um estado é, e continuará sendo, uma não-ação.

Friedrich-Christian Schroeder também considera insatisfatória a opção feita por esse dispositivo do “Model Penal Code”. Conforme o autor defende, a “*posse é, segundo concepção geral, um estado voluntariamente construído de domínio de uma pessoa sobre uma coisa*”<sup>201</sup>, o qual não pode ser interpretado como uma ação ou omissão. Com isso em mente, e partindo do já mencionado pressuposto adotado por ele de que o fundamento da punibilidade das posses está no fato de serem fontes de perigo, o autor conclui que “*Os perigos não consistem na aquisição de objetos nem na omissão de sua entrega, mas sim na posse como estado*”<sup>202</sup>, de modo que a tratativa sugerida pelo “Model Penal Code” se apresenta desconexa com a fundamentação que ele entende ser a aplicada.

Como mencionado no tópico anterior, Busato critica essa opinião de Schroeder, pois entende que não se pode sustentar que a posse consista em uma *conduta* em si mesmo perigosa. Por sua vez, reconhece o mérito do “Model Penal Code” de conter algumas fontes que podem ser indicadoras das verdadeiras condutas perigosas, as quais não tem a ver com a posse em si: a aquisição como conduta comissiva e a não entrega devida, como omissão própria.

É claro que o mero fato de expor as razões concretas pelas quais se pode impor a criminalização nesses casos não serve para nada se não ocorrer um efetivo

---

<sup>198</sup> HUSAK, Douglas. Rethinking the act requirement. **Cardozo Law Review**, New York, v. 28, n. 6, May 2007. p. 2439. Disponível em: <[http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/28-6/28.6\\_husak.pdf](http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/28-6/28.6_husak.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2014.

<sup>199</sup> Enquanto este trabalho busca verificar se os delitos de posse resistem ao filtro do conceito de ação, Husak busca enfraquecer as bases do “act requirement” a partir da demonstração de que os delitos de posse não respeitam a lógica estabelecida pelo referido instituto, propondo sua substituição pelo “control requirement”.

<sup>200</sup> HUSAK, Douglas. *Op cit.* p. 2439.

<sup>201</sup> SCHROEDER, Friedrich-christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 92.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p.94.

redirecionamento da fundamentação da responsabilização criminal para esses dois momentos – o da aquisição ou o da omissão em se livrar do objeto que se possui. Uma postura verdadeiramente compatível com o conteúdo do “act requirement” clama pela exigência de comprovação dessa ação ou omissão na fundamentação da decisão, sob pena de se poder questionar se todo o esforço teórico concretizado no referido dispositivo não estaria servindo tão somente como uma fachada para a legitimação da criminalização de estados – neste ponto, qualificados como estados de posse. Talvez fosse o caso de ir além e exigir do legislador que tipificasse apenas a conduta de adquirir o objeto e, se quisesse, estabelecer prazos e condições para a “entrega” da coisa, abrindo espaço para se trabalhar também com a responsabilidade omissiva.

### 3.6 A PROPOSTA DOS QUE ACEITAM RESPONSABILIDADE CRIMINAL POR UM FATO SEM CORRESPONDÊNCIA A UM DOS CONCEITOS JURÍDICO-PENAIIS DA AÇÃO

Há autores que defendem a aplicabilidade dos delitos de posse como fato punível sem que seja satisfeita a exigência de uma ação para a atribuição da responsabilidade criminal. Nos dizeres de Claus Roxin, “esse ‘desvio do dogma da ação’ pertence à corrente da dogmática penal que entende que a punibilidade ‘pode ser construída independentemente do comportamento’”<sup>203</sup>.

A utilização desta linha de raciocínio para fundamentar os delitos de posse parece ter sido feita por Schroeder<sup>204</sup> e Kai Ambos<sup>205</sup> – ambos consideram a posse

<sup>203</sup> ROXIN, Claus. Crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. p. 40-41. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>204</sup> SCHROEDER, Friedrich-christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 95.

<sup>205</sup> AMBOS, Kai. Posse como delito e a função do elemento subjetivo: reflexões a partir de uma perspectiva comparada. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 24, Coimbra, n. 1, jan./mar. 2014. Tradução por: Pablo Rodrigo Alfren. p. 26.



um estado (que é algo diferente de ação) –, os quais admitem a compatibilidade desta técnica de tipificação com o sistema de imputação jurídico-penal desde que respeitadas as balizas do princípio da culpabilidade.

Os dois autores citados, antes de desenvolverem seus raciocínios, mencionam uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>206</sup> – na qual se amparam para dar mais sustento à premissa dos seus respectivos argumentos – onde a questão suscitada girava em torno de saber se a mera posse poderia fundamentar uma sanção penal, em consonância com o artigo 103, II, da Lei Fundamental alemã<sup>207</sup>, já que não representa uma ação no sentido jurídico-penal<sup>208</sup>. O entendimento do Tribunal foi o de que o referido dispositivo consagra tão somente o princípio da legalidade para o ordenamento jurídico deles, acrescentando que ele “*não impõe que o comportamento punível seja correspondente a um determinado conceito de ação jurídico-penal*”. Kai Ambos acentua ainda que tal princípio “*não pode ser interpretado de modo a impor ao legislador diretrizes muito rígidas quanto à natureza e qualidade da incriminação, mas sim que ele cumpra as normas substantivas do princípio, ou seja, os seus requisitos de *lex praevia, certa, stricta e scripta**”<sup>209</sup>.

Com base nisso, Kai Ambos<sup>210</sup> propõe que a análise dos delitos de posse se dê mediante a verificação da presença do conteúdo que ele atribui ao elemento subjetivo e objetivo constitutivo da posse: o primeiro se perfazendo com a “*vontade de possuir e o conhecimento mínimo sobre a coisa possuída*”, enquanto o último com o efetivo exercício de “*controle pessoal da coisa possuída*” – e não um exercício de controle meramente potencial. A partir disto, seria possível operacionalizar o

<sup>206</sup> BVerfG, Decisão de 16 de junho de 1994, in: Neue Juristische Wochenschrift [NJW], vol. 47 (1994), p. 2412 coluna da direita. Decisão de 6 de julho de 1994, NJW, vol. 48 (1995), p. 248 coluna da direita.

<sup>207</sup> “Uma ação somente pode ser punida se ela estiver definida como crime em uma lei, antes do ato ser cometido”.

<sup>208</sup> A exposição dos pontos da referida decisão que interessa ao momento é feita por Roxin, em ROXIN, Claus. Crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. p. 40-41. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

<sup>209</sup> AMBOS, Kai. Posse como delito e a função do elemento subjetivo: reflexões a partir de uma perspectiva comparada. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 24, Coimbra, n. 1, jan./mar. 2014. Tradução por: Pablo Rodrigo Alfren. p. 25.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 26-27.

tratamento autônomo e restritivo dos delitos de posse, baseado na culpa, que o autor almeja.

Schroeder<sup>211</sup>, por sua vez, pretende que a verificação decisiva para fundar a punibilidade dos delitos de posse se dê na satisfação fidedigna do princípio da culpabilidade, “*que se concretiza por meio do poder de agir de outro modo, da possibilidade de se abdicar da posse do objeto e da necessária existência de dolo ou culpa referida à posse*”<sup>212</sup>.

A despeito das peculiaridades de cada proposta, o crucial neste ponto é se ter um olhar crítico com relação à adoção da postura de abandono da exigência de correspondência do fato punível com um comportamento. Como se percebe, esta linha de pensamento é defendida por parte da doutrina e já possui exteriorização no Tribunal Constitucional de uma nação onde tradicionalmente se desenvolvem muitos estudos no Direito Penal, podendo ter forte influência na formação de opinião dos mais variados teóricos e tribunais, principalmente nos que compartilham as mesmas bases de estrutura do delito. Em razão disto, tal corrente (ou melhor, a premissa por ela adotada) deve ser entendida como uma “opção” tomada por estes operadores do direito (em oposição aos dogmas que simplesmente são aceitos como inquestionáveis em um sistema), de modo que o tema dos delitos de posse merece ser debatido e aprofundado pela doutrina e pelos tribunais pátrios, já que, apesar de muito presente no cotidiano dos foros criminais, ainda é uma questão aberta a vários questionamentos ligados a possíveis incongruências técnicas.

---

<sup>211</sup> SCHROEDER, Friedrich-christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 95.

<sup>212</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, jan./abr. 2013. p. 125. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

## 4 CONCLUSÃO

Conforme se tentou demonstrar, a técnica de tipificação dos delitos de posse tem estado na ordem do dia em vários ordenamentos jurídicos – isso tanto nos sistemas de imputação jurídico-penal do *civil law*, como nos do *common law* –, e a doutrina vem se debruçando sobre tema a fim de estabelecer recortes na amplitude de incidência dessa técnica. Apesar das diferentes percepções sobre o que vem a significar esses crimes de posse, fato é eles se apresentam como fórmulas extremamente eficazes para uma atuação de agigantamento do poder punitivo, principalmente pelo fato de servirem como facilitadores da persecução penal (pois, sem qualquer aprimoramento do como devem ser aplicados, acabam por desincumbir a acusação de provar a ocorrência de delitos passados), bem como possibilitam que se alcance momentos do *iter criminis* que tradicionalmente eram tidos como impuníveis.

Assim, em que pese os autores variarem bastante no ponto de crítica e nas soluções propostas, é nítida a percepção de que esses delitos têm, no mínimo, uma “*amplitude excessiva*”<sup>213</sup>, e todo o esforço dogmático em se colocar à prova esta técnica de tipificação é digno de elogios, já que é de debates como esses que saltam aos olhos se as garantias dos Estados Democráticos de Direito estão ou não sendo respeitadas.

Conforme enunciado neste trabalho, apesar de muito se criticar os delitos de posse no campo da ofensividade material das várias manifestações típicas que se tem presenciado, o foco desta monografia restringiu-se à análise das discussões que se deram quanto a uma questão prévia a essa ofensividade a bens jurídicos: procurou-se expor quais foram as propostas de se trabalhar o confronto entre os delitos de posse e a exigência de ação para a responsabilização criminal.

Desta forma, no primeiro capítulo tentou-se demonstrar que ainda é de suma importância que se persista na exigência de uma ação para fundamentar qualquer responsabilização criminal. Dentro do contexto de fortes críticas quanto aos rendimentos do conceito de ação dentro da teoria analítica do delito, a função negativa

---

<sup>213</sup> FLETCHER, George Patrick. **The Grammar of Criminal Law**: American, comparative and international. Volume one: Foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 295.

atribuída a tal conceito ainda se apresenta cabível e extremamente conveniente aos sistemas de imputação jurídico-penal, pois é, de fato, um forte instrumento de contenção do poder punitivo estatal, constituindo ponto basilar na estruturação de um direito penal dos fatos. Apontou-se, em seguida, que os sistemas de imputação anglo-americanos também desenvolveram um instituto que clama por essa exigência de ação – o “act requirement” –, mostrando-se não apenas as coincidências dos debates que se deram sobre a “ação” no direito das duas matrizes – destacando a relevância reconhecida no “act requirement” para o sistema de imputação do *common law* –, como também chamando a atenção para o modo com o qual eles enfrentaram a discussão da compatibilidade entre os delitos de posse e a exigência da ação.

No segundo capítulo, o tópico 3.1. destinou-se a apresentar um panorama geral dos delitos de posse, exemplificando alguns desses tipos penais e mostrando a tendência de primazia do emprego dessa técnica de tipificação pelo legislador contemporâneo (seja em âmbito nacional como internacional). Fez-se também breve referência à tratativa desses delitos dividida em dois grandes grupos (os que seguem a lógica de antecipação e os que seguem a lógica pós-consumativa); à já mencionada inclinação que estes tipos têm de servirem de facilitadores da persecução penal; e ao frequente emprego do elemento normativa da “falta de autorização” nos tipos dos delitos de posse.

Uma vez apresentado o ambiente do qual se extraiu o tema desta monografia, os tópicos seguintes trataram especificamente das discussões que se deram a respeito da questão central deste trabalho: saber se os delitos de posse resistem ao filtro da exigência de uma ação para fundar uma responsabilização criminal. Primeiramente se expos a dificuldade que a doutrina teve em considerar o “possuir” como um fazer comissivo, pois as tentativas de apontar o que supostamente seria esse “possuir” resultaram ou em equipará-lo a atos que precedem e depois resultam na posse, ou a atos que pressupõe a posse.

Em seguida, problematizou-se as propostas de tratativa dos delitos de posse como crimes omissivos, sejam omissivos próprios ou impróprios. Partindo sempre da racionalidade que a doutrina defende ser a aplicável aos delitos de omissão, pôs-se em dúvida: primeiro (tentando compreendê-los como uma omissão própria), a possibilidade de se interpretar o núcleo “possuir” (e seus equivalentes) como a descrição de um “não fazer”, bem como se dos tipos de posse se poderia extrair o dever jurídico de “terminar com a posse”; e segundo (e agora no que diz com a

equiparação dos delitos de posse com os crimes de comissão por omissão), a possibilidade em se identificar o comportamento ativo ao qual o omitir estaria sendo equiparado, ao lado do questionamento de se o agente possuidor ocupa alguma posição de garante e, para além disso (e aqui reside a principal das críticas), de se o “possuir” pode ser enxergado como o resultado que se quer evitar.

O próximo passo do trabalho visou realizar a verificação de se os delitos de posse são passíveis de serem compreendidos por alguns dos conceitos de ação, a saber, os conceitos ontológicos da ação, o conceito pessoal da ação (ação como manifestação da personalidade) e o conceito da ação comunicativa. Como se viu, a busca pela equiparação da posse com qualquer movimento corporal restou infrutífera. Entendê-la como manifestação da personalidade poderia admitir tal compatibilidade, mas tal posicionamento não é unânime na doutrina<sup>214</sup>. Desde a perspectiva da ação comunicativa, a posse é entendida tão somente como um fato que simplesmente acontece (com a especificidade de ocorrer a um sujeito em condição de passividade), estando longe de comunicar o sentido de que alguém esteja presente e participando plenamente em uma decisão de realizar uma ação ou uma omissão.

Dessa constatação de que dificilmente o “possuir” pode ser considerado uma ação, parte da doutrina se posicionou por entendê-lo como um “estado”, defendendo que assim deve ser tratado pelo Direito Penal. Assim, reservou-se um tópico desta monografia para se fazer uma aproximação entre os estados e as posses, tendo sido possível elencar várias semelhanças entre as duas situações. Neste ponto, retomase a questão de se seria possível sustentar uma incriminação sob um estado, sem que se perceba a prática de qualquer comportamento por parte do agente possuidor, e apresenta-se, ainda que de maneira sucinta, um óbice ao devido diálogo entre os estados de posse e a racionalidade que rege os crimes de perigo (mormente os de perigo abstrato).

O ponto que segue abordou a tratativa aos delitos de posse sugerida pelo “Model Penal Code” americano. Os obstáculos a se estabelecer uma intuitiva correspondência entre a posse e uma ação implicou na elaboração de um dispositivo próprio nas disposições gerais do referido código, o qual força a compatibilização dos delitos de posse com o “act requirement”. Em que pese as críticas que se pode fazer

---

<sup>214</sup> Como se viu, Roxin defende que a ação como manifestação da personalidade engloba o “possuir objetos” dentro da abrangência do conceito. Porém, Schroeder entende que nem mesmo esse conceito seria apto a possibilitar essa equiparação.

quanto a esta opção sugerida pelo “Model Penal Code”, é interessante reconhecer que tal dispositivo logrou expor as razões concretas pelas quais se pode impor a incriminação nos delitos de posse – a ação de adquirir o objeto ou a omissão em terminar sua posse, ambas situações que são aptas a dialogar com a lógica que rege os delitos de perigo abstrato.

Ao fim, mencionou-se a posição adotada pela corrente doutrinária que, apesar de considerar incompatível a equiparação entre o “possuir” com uma ação, ainda assim admite a aplicação dos delitos de posse, pois entendem que a responsabilidade criminal pode se dar por um fato sem correspondência a um dos conceitos jurídico-penais da ação. A problemática levantada nesse ponto remete o leitor à temática tratada no primeiro capítulo desta monografia, a respeito de que ainda é bastante útil a insistência na adoção da exigência de ação dentro de um sistema de imputação jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito.

O respeito a certas premissas e a concretização de garantias do direito estão sempre dependentes do como o operador do direito decidirá atuar diante de um caso penal. Algumas delas são mais explícitas e quando violadas são facilmente percebidas. Outras dependem de um posicionamento mais firme por parte do intérprete, bem como de uma sensibilidade para se perceber quando infringidas. O que se espera com este trabalho é que, através da breve exposição de alguns pontos relevantes sobre esta questão basilar dos delitos de posse, sejam disponibilizados ao operador do direito instrumentos suficientes para alavancar uma tomada de decisão consciente a respeito da aplicação desta técnica de tipificação, a qual com certeza merece a devida atenção dos juristas em decorrência de se poder questionar se ela ofende, ou não, as garantias do Direito Penal dos fatos.

## REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. Posse como delito e a função do elemento subjetivo: reflexões a partir de uma perspectiva comparada. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 24, Coimbra, n. 1, p.7-28, jan./mar. 2014. Tradução por: Pablo Rodrigo Alfren.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte especial 1. São Paulo: Atlas, 2014.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, n. 35, p.5-23, ene. 2015.
- COX LEIXELARD, Juan Pablo . **Delitos de posesión**: bases para una dogmática. Buenos Aires-Montevideo: Bdef, 2012.
- D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime: elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. **Revista de Estudos Criminais**, ano XII, Porto Alegre, n. 54, p.135-163, jul./set. 2014. Trimestral. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/fabio.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015.
- D'AVILA, Fabio Roberto. **O conceito de ação em Direito penal**: Linhas críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime. 2003. O texto foi originalmente publicado no livro “Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa”, org. por Ney Fayet Júnior, Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, pp. 279-304. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/apenal.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2014.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DUBBER, Markus Dirk. Policing possession: the war on crime and the end of criminal law. **Journal Of Criminal Law And Criminology**, Evanston, v. 91, p.829-996, summer 2001. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7086&context=jclc>>. Acesso em: 04 ago. 2015.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; FERREIRA, Marina Baird; ANJOS, Margarida dos. **Novo dicionário Aurélio**: da língua portuguesa. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FLETCHER, George Patrick. **Basic concepts of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1998.

FLETCHER, George Patrick. **The Grammar of Criminal Law: American, comparative and international**. Volume one: Foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FRANCK Jr., Wilson; FRANCK, Juliana. Sobre o reconhecimento incoerente do dolo eventual no âmbito do finalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 98, p.169-205, set. 2012.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HUSAK, Douglas. Rethinking the act requirement. **Cardozo Law Review**, New York, v. 28, n. 6, p.2437-2460, May 2007. Disponível em: <[http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/28-6/28.6\\_husak.pdf](http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/28-6/28.6_husak.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2014.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. completamente corregida y ampliada. Granada: Comares, 1993.

LOBATO, José Danilo Tavares. Panorama dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, p.104-128, jan./abr. 2013. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

LOBATO, José Danilo Tavares. Há espaço para o conceito de ação na teoria do delito do século XXI? **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p.51-68, set./dez. 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/141-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/141-ARTIGO)>. Acesso em: 29 nov. 2014.

MACAGNO, Mauricio Ernesto. La supervivencia de los delitos de sospecha: el caso del artículo 259 del Código Penal Argentino. **Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: Universidad Nacional de La Plata**, La Plata, n. 41, p.179-192, 2011. Disponível em: <<http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/publicaciones/anales41.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2015.

MOORE, Michael S.. **Act and crime**: the philosophy of action and its implications for criminal law. New York: Oxford University Press, 1993.

MUÑOZ CONDE, Francisco ; CHIESA, Luis Ernesto. A exigência da ação (act requirement) como um conceito básico do Direito penal. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 1, p.3-21, 2012. Tradução de: Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato. Disponível em: <[http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista\\_n.\\_1.pdf](http://www.sistemacriminal.org/site/images/revistas/Revista_n._1.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2014.



MUÑOZ CONDE, Francisco ; GARCÍA ARÁN, Mercedes . **Derecho penal: parte general**. 8. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução e notas de: Juarez Tavares e Luiz Regis Prado.

PASTOR, Daniel R.. Problemas processuais dos crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, p.129-144, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción: y su importancia para el sistema del Derecho penal**. Buenos Aires-Montevideo: Bdef, 2011. Tradução de: José Luis Guzmán Dalbora.

RIGGSBY, Andrew M.. **Crime and community in Ciceronian Roma**. Austin: Texas Press, 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/mQHnbE>>. Acesso em: 28 set. 2015.

ROXIN, Claus. Crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, p.36-55, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 1997. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. A posse como fato punível. Tradução de: Gustavo de Carvalho Marin. In: SCHROEDER, Friedrich-Christian et al. **Autoria, imputação e dogmática aplicada no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, p.56-69, jan./abr. 2013. Tradução de: José Danilo Tavares Lobato. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013](https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/15-Revista-n-12-Janeiro-Abril-de-2013)>. Acesso em: 08 out. 2014.

WELZEL, Hans. A dogmática no Direito penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 13/14, p.5-12, jan./jun. 1974. Conferência pronunciada a 15 de outubro de 1971 na Universidade Nacional de Córdoba. Tradução de: Yolanda Catão. Disponível em:

<[http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/direito\\_penal/conteudos/RDP13-14.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/direito_penal/conteudos/RDP13-14.pdf)>.  
Acesso em: 29 jul. 2015.