

Editores

Fransmar Costa Lima

Lauro Fabiano de Souza Carvalho

Revisão Ortográfica

Editora LiberArs

Os organizadores

Editoração e capa

Fabio Costa

Impressão e acabamento

Gráfica Rotermund

SUMÁRIO

PRÓLOGO

Prof. Dr. Renato de Mello Jorge Silveira 7

APRESENTAÇÃO

Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato 9

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E A PUNIBILIDADE DA POSSE DE ARMAS DE FOGO E SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES

Prof. Dr. Cornelius Nestler 11

OS CRIMES DE POSSE

Prof. Dr. Eberhard Struensee 21

FUNDAMENTOS E PROBLEMAS ATUAIS DOS DELITOS DE POSSE. EDV, EU, LEIS JURÍDICO-PENAIIS MODIFICADORAS, CONCURSOS

PD Dr. Ken Eckstein 31

ABORDAGEM DOS DELITOS DE POSSE E DOS DELITOS DE PERTENCIMENTO

Prof. Dra. Nuria Pastor Muñoz 57

A POSSE COMO FATO PUNÍVEL

Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder 69

CRIMES DE POSSE

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin 81

DELITOS DE POSSE COMO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Prof. Dr. Miguel Polaino-Orts 97

PROBLEMAS PROCESSUAIS DOS CRIMES DE POSSE

Prof. Dr. Daniel R. Pastor 111

CONDUTA E SILOGISMO PRÁTICO NOS CRIMES DE POSSE

Prof. Dr. Juan Pablo Cox Leixelard 123

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP

Lobato, José Danilo Tavares (org.)

L777d
Delitos de posse: drogas, porte de armas e pornografia / José Danilo Tavares Lobato, Eduardo Saad-Diniz, Andrés Falcone (organizadores) - São Paulo: LiberArs, 2016. - (Coleção Diké XV)

ISBN 978-85-64783-88-1

1. Direito 2. Direito Penal 3. Delitos 1. Título

CDD 340

CDU 34

Bibliotecário Responsável: Neuza Marcelino da Silva – CRB 8/8722

Todos os direitos reservados. A reprodução, ainda que parcial, por qualquer meio, das páginas que compõem este livro, para uso não-individual, mesmo para fins didáticos, sem autorização escrita do editor, é ilícita e constitui uma contrafação danosa à cultura. Foi feito o depósito legal.

Editora LiberArs Ltda

www.liberars.com.br

contato@liberars.com.br

PRÓLOGO

PANORAMA DOS CRIMES DE POSSE

Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato..... 135

A TÉCNICA DOS DELITOS DE POSSE

Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz..... 155

UMA CRÍTICA AOS DELITOS DE POSSE A PARTIR DO CONCEITO DE AÇÃO SIGNIFICATIVA:

CONEXÕES ENTRE O *CIVIL LAW* E O *COMMON LAW*
NAS TESES DE TOMÁS VIVES ANTÓN E GEORGE FLETCHER.
Prof. Dr. Paulo César Busato..... 169

O CONCEITO NORMATIVO DE CONDUTA JURÍDICO-PENAL: A CONDUTA COMO PRIMEIRO ESTÁGIO DA IMPUTACÃO À LIBERDADE PESSOAL

Prof. Dr. Andrés Falcone..... 191

A POSSE DE ARMAS DE FOGO NO DIREITO PENAL ARGENTINO: CONCEITUAÇÃO E DISTINÇÃO ENTRE O TER CONSIGO E O PORTAR EM FUNÇÃO DO INCREMENTO DO RISCO DE AFETAÇÃO E DA NÃO REALIZAÇÃO DO DIREITO

Patricio Nicolás Sabadini..... 213

A CONFIGURAÇÃO TÍPICA DOS DELITOS DE POSSE

Me. Humberto Souza Santos* 223

PROF. DR. RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Durante os anos 1990, e mesmo no início dos 2000, na consagração do que se chamou de Direito Penal de Risco, alguns assuntos quase que monopolizaram os debates jurídico-penais. Um deles, e absolutamente fundamental à compreensão moderna do Direito Penal, foi o da antecipação da tutela penal.

Direito Penal de Perigo, Direito Penal Preventivo, Direito Penal da Sociedade de Risco, Direito Penal de Risco, foram alguns dos nomes dados àquela quadra. Nele, foram feitas incontáveis considerações sobre a questão da antecipação penal, sobre os crimes de perigo, mormente os crimes de perigo abstrato, e sobre muitas das modulações sobre a nova feição que se desenhava. Antológicos trabalhos passaram, em determinado momento, a questionar uma especial vertente dessa modalidade de criminalização a título de perigo: os chamados delitos de posse.

Evidenciando pioneiramente essa preocupação, três jovens penalistas, José Danilo Tavares Lobato e Eduardo Saad-Diniz, do Brasil, e Andrés Falcone, da Argentina, trazem a público uma incomparável coletânea de escritos jurídicos sobre esses chamados delitos de posse. Assim, autores como Nestler, Struensee, Eckstein, Roxin e Schroeder, da Alemanha, Pastor Muñoz, Polaino-Orts, Cox Leixelard, Falcone e Sabadini em língua hispânica, ou Lobato, Saad-Diniz, Souza Santos e Busato do Brasil, foram reunidos em estudos pontuais sobre o tema. Passaram todos, em momentos distintos, a cuidar e difundir suas preocupações sobre a questão. É de se ver, contudo, que a questão, no particular caso brasileiro, ainda merece muito maior cuidado e destaque, pois é pouquíssimo cuidada na jurisprudência e, também, na doutrina. Em bom momento, pois, os mencionados coordenadores, todos com destacada influência germânica, aprofundaram, traduziram e recompilaram estudos de significativa importância.

Quando semelhante pontuação vem à lume, talvez cumprisse um repensar da hoje clássica ponderação de Gimbernat Ordeig sobre a possibilidade de futuro da dogmática penal. Sem dúvida alguma, parece que a dogmática tem, ainda, seu papel e sua vez. Ela deveria expressar, de certo modo, uma segurança jurídica no ato de se decidir. Não se espera, afinal, que o magistrado venha a decidir por instinto, mas, sim, imbuído de carga dogmática para referendar seu posicionamento. Até mesmo seria de se aceitar alguma pluralidade dessa carga, mas a fundamentação judicial – e o caso brasileiro é sintomático nesse sentido – sempre careceu de maiores aprofundamentos.

A inicial dúvida vertida sobre a questão dos delitos de posse poderia dizer respeito acerca de sua legitimidade. Até que ponto poder-se-ia tolerar, ou aceitar, uma antecipação da imputação penal? Inúmeros seriam os exemplos da ponderação. O portar bebida alcoólica dentro de um veículo automotor já seria crime? Recordando-se que se trata de uma droga lícita, isso não pareceria tão razoável. Por outro lado, a ingestão, em qualquer quantidade, e em muitos países, já autorizaria uma intervenção penal. Seria essa busca de segurança através da antecipação penal, no entanto, correta? A compilação presente menciona alguns pontos específicos de preocupação,

Desta maneira, o porte de armas de fogo equivale a um incremento do risco de lesão ou de afetação ao bem jurídico protegido (segurança pública ou comum), ou bem uma afetação mais intensa da norma que protege da mera detenção ou posse, o qual leva a uma diminuição da realização do direito ou da expectativa de segurança dos cidadãos, com possibilidade de posteriores interferências nas esferas de organização alheias. Não verificado este incremento de lesão ou diminuição do direito, somente resta a punição por posse simples. Esta definição não altera o porte como estado de domínio, ainda que o precise como estado intensificado.

A CONFIGURAÇÃO TÍPICA DOS DELITOS DE POSSE

ME. HUMBERTO SOUZA SANTOS*

1. Introdução

Os delitos de posse estão entre aqueles que despertam as mais acirradas polêmicas. O nível do debate em torno de sua configuração típica é tão intenso que alguns autores sequer reconhecem neles a descrição de um comportamento humano, seja comissivo, seja omissivo. Entretanto, a despeito de sua estrutura controversa, o legislador faz cada vez mais uso dessa modalidade de crimes, o que contribui em boa medida para a forte expansão do direito penal verificada nas últimas décadas. E tal tendência está presente não apenas no Brasil, mas no mundo inteiro.¹ Se, por um lado, não é possível afirmar que os delitos de posse sejam uma novidade do direito penal contemporâneo,² pois no direito romano já se conhecia, por exemplo, a figura do crime de posse de veneno com a intenção de praticar homicídio,³ por outro lado, essa modalidade de crime tem sido empregada numa tal profusão que, a seguir esse caminho e com essa velocidade, num futuro não tão distante pode ocorrer de todo delito de dano ser antecedido pela incriminação da posse de algo que o legislador entenda capaz de colaborar com a sua realização.

Com efeito, a legislação brasileira, assim como a de outros países, é pródiga na previsão dos delitos de posse. Apenas no Código Penal brasileiro é possível encontrar, por exemplo, os crimes de aquisição ou ocultação de coisa que se tem conhecimento de ser produto de crime e de aquisição, ocultação, exposição à venda, no exercício de atividade comercial ou industrial, de coisa que se deve saber ser produto de crime, previsto no artigo 180, *caput* e § 1º; de aquisição, ocultação, manutenção em depósito de material com violação a direitos autorais, artigo 184, § 2º; de aquisição, manutenção sob guarda, com a finalidade de comércio, distribuição ou exposição pública de escrito ou objeto obsceno, artigo 234; de aquisição ou posse de explosivos, gás tóxico e asfixiante, artigo 253; de manutenção em depósito de substância alimentícia ou produto falsificado, artigo 270, § 1º; de manutenção em depósito de produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado, artigo 273, § 1º; de exposição à venda ou manutenção em depósito de produto em cujo fabrico foi empregado processo proibido

* Doutorando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Advogado.

¹ LOBATO, José Danilo Tavares. *Panorama dos crimes de posse*, 2013, p. 104.

² ECKSTEIN, Kon. *Grundlagen und Aktuelle Probleme der Besitzdelikte* - EDV, EU, *Strafrechtsänderungsgesetze*, Konkretenzen, 2005, p. 107.

³ MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*, 1899, p. 636.

ou substância não permitida ou que contenha invólucro ou recipiente com falsa indicação, artigo 276; de exposição à venda ou manutenção em depósito de substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, artigo 277; de exposição à venda ou manutenção em depósito para venda de coisa ou substância nociva à saúde, artigo 278; de aquisição ou guarda de moeda falsa, artigo 289, § 1º; de guarda, posse e detenção de papéis falsificados, de aquisição e guarda de selo falsificado destinado a controle tributário, de aquisição, exposição à venda, manutenção em depósito ou guarda, no exercício de atividade comercial ou industrial de produto ou mercadoria em que tenha sido aplicado selo falsificado de controle tributário ou sem selo oficial nos casos em que legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação, artigo 293, § 1º, II e b); de aquisição, posse ou guarda de objeto especialmente destinado à falsificação de papéis públicos, artigo 294; de exposição à venda ou manutenção em depósito, no exercício de atividade comercial ou industrial de mercadoria de procedência estrangeira introduzida ilegalmente no país ou importada de maneira fraudulenta ou com consciência de que foi assim introduzida ou importada por terceiro, artigo 334, § 1º, III.

Também uma breve análise da legislação especial evidencia a frequência excessiva com que o legislador brasileiro recorre à redação de tipos penais dessa espécie. Entre as leis penais extravagantes se verifica, por exemplo, os crimes de aquisição, posse ou armazenamento de fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica que envolva criança ou adolescente ou de exposição à venda, disponibilização, aquisição, posse ou armazenamento de material que simule participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual, previstos, respectivamente, nos artigos 241-B e 241-C, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), introduzidos pela Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008. Também podem ser mencionados os crimes de aquisição, guarda, manutenção em depósito, ou de carregar consigo para consumo pessoal droga, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; de adquirir, expor à venda, ter em depósito, trazer consigo ou guardar droga, mesmo que a título gratuito, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; de aquisição, posse ou guarda, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; dispostos, respectivamente, nos artigos 28, 33 e 34 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006). Também são crimes da mesma sorte os delitos de exposição à venda, aquisição, guarda, manutenção em cativeiro ou depósito, de ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente; de manutenção em depósito ou guarda de lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente; de guarda ou manutenção em depósito de substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos; previstos, respectivamente, nos artigos 29, § 1º, III, 46,

parágrafo único, e 56 da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998). No mesmo sentido podem ser citados os delitos de posse, aquisição, guarda, ou de trazer material nuclear, sem a necessária autorização, previsto no artigo 22 da Lei de Responsabilidade Civil e Penal por Danos Nucleares (Lei n. 6.453, de 17 de outubro de 1977); de aquisição, guarda ou manutenção de bens, direitos ou valores decorrentes de infração penal, com o fim de ocultar ou dissimular sua utilização, previsto no artigo 1º, § 1º, II, da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, modificada pela Lei n. 12.683, de 2012); de ter em depósito com a finalidade de venda ou expor à venda matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo, disposto no artigo 7º, IX, da Lei de Crimes Tributários e Contra as Relações de Consumo (Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990). Por fim, para não cansar ainda mais o leitor, podem ser mencionados os crimes de posse ou manutenção sob guarda de arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de residência ou dependência desta, ou, ainda no local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa; de porte, detenção, aquisição, manutenção em depósito, cessão, manutenção sob guarda ou ocultação de arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar; de posse, detenção, porte, aquisição, manutenção em depósito, cessão, manutenção sob guarda ou ocultação de arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar; de aquisição, ocultação, manutenção em depósito, exposição à venda, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; previstos, respectivamente, nos artigos 12, 14, 16 e 17 do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003); e de porte ou detenção no interior de estádio, em suas imediações ou no seu trajeto, em dia de realização de evento esportivo, de quaisquer instrumentos que possam servir para a prática de violência, previsto no artigo 41-B, § 1º, II, do Estatuto do Torcedor (Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003), introduzido pela Lei n. 12.299, de 27 de julho de 2010.⁴

Essa quantidade significativa de crimes de posse faz por merecer que, também no Brasil, seja realizado um debate mais profundo sobre tipos penais redigidos com tal estrutura, lacuna que se espera ver preenchida pela presente coletânea organizada por José Danilo Tavares Lobato, Eduardo Saad-Diniz e Andrés Falcone,⁵ com a qual se contribui por meio deste pequeno texto. E aqui o objetivo será realizar, dentro dos estreitos limites deste estudo, uma análise sobre as principais características da configuração típica dos delitos de posse. Para tanto, serão examinados o conceito e as espécies de crimes de posse; se efetivamente enquadram-se em alguma modalidade de

⁴ Um rol exemplificativo dos crimes de posse constantes no Código Penal e na legislação penal especial do Brasil pode ser verificado em LOBATO, José Danilo Tavares. *Panorama dos crimes de posse*, 2013, p. 105-106.

⁵ Dedicado pioneira à abordagem da questão na literatura nacional deve-se à edição n. 12, de janeiro/abril de 2013, da Revista Liberdades, publicação eletrônica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, então dirigida por João Paulo Orsini Marinelli. Nela foram publicados os artigos *Crimes de posse*, de ROXIN, Claus; *Os crimes de posse*, de SSTRUENSEE, Eberhard; *Direito penal dos marginalizados*, de BALCARCE, Fabião L.; e *Problemas processuais dos crimes de posse*, de PASTOR, Daniel, todos traduzidos para o português por José Danilo Tavares Lobato, além do artigo do próprio, *Panorama dos crimes de posse*. Tais estudos encontram-se integralmente disponíveis no endereço eletrônico: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesListar.php?nedi_id=13.

comportamento comissivo ou omissivo e quais as características que compõem o seu tipo penal no plano objetivo e subjetivo.

2. O que são crimes de posse? Conceito e espécies de tipos penais em que a posse é o centro de gravidade da incriminação

Os crimes de posse são tradicionalmente definidos como a incriminação da posse de alguém sobre um objeto corpóreo. Nesse sentido, Ken Eckstein define os delitos de posse como aqueles em que a posse de um objeto corpóreo constitui a ação do fato⁶ e Eberhard Struensee como os tipos penais que descrevem expressamente o comportamento punível como "possuir" uma coisa incriminada, um objeto corporal.⁷ Assim, para se identificar um crime de posse, o decisivo é que o fato fundamentador da punibilidade se esgote no domínio efetivo de um objeto por uma pessoa, de modo que é irrelevante se o legislador emprega ou não, no tipo penal, o termo "posse".⁸ O requisito do objeto corpóreo é mantido também nos casos de processamento eletrônico de dados, já que os meios de suporte e de armazenamento de dados são objetos corpóreos e se considera possuidor aquele que exerce efetivo domínio real sobre o suporte informático de dados.⁹ E mesmo nas hipóteses de transmissão de dados, ou seja, de conteúdo incorpóreo de dados, o Superior Tribunal Federal alemão (BGH)¹⁰ exige um mínimo de corporalidade ao afirmar que, para que o fato seja punível, o dado deve ter chegado ao computador do receptor, isto é, a um meio de armazenamento corpóreo.¹¹

A partir de tal conceito, a doutrina tem se esforçado para dividir os delitos de posse em diferentes espécies conforme a fundamentação político-criminal manifestada pela incriminação. De acordo com Friedrich-Christian Schroeder, é possível vislumbrar a existência de ao menos cinco modalidades. A primeira constituída por tipos penais caracterizados pela denominada "mera posse", referidos a objetos perigosos por si mesmos, como, por exemplo, explosivos, inflamáveis ou transmissores de doenças. Schroeder também inclui nessa categoria objetos que oferecem perigo de uma utilização provocadora de danos, como, por exemplo, armas de fogo. A segunda modalidade abrange tipos penais configurados pela denominada "posse com intenção de uso", que manifestam como elemento típico uma intenção de uso, de modo a se exigir uma tendência interna transcendente. É a hipótese, por exemplo, da intenção de difusão de material com pornografia infantil. A terceira modalidade engloba tipos penais que se caracterizam pela denominada "posse como preparação", ou seja, que incriminam a posse de materiais que sirvam para a realização de determinados crimes, como, por exemplo, maquinários para falsificação de moeda. A quarta modalidade inclui tipos penais configurados pela denominada "posse como estímulo à produção", que incriminam a posse de objetos por considerá-los estimulantes de determinados comportamentos nas pessoas. É o caso, por exemplo, da tipificação penal da posse de material pornográfico sob a justificativa de

⁶ ECKSTEIN, Ken. *Besitz als Straftat*, 2001, p. 20.

⁷ STRUENSEE, Eberhard. *Os crimes de posse*, 2013, p. 57.

⁸ ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen und Aktuelle Probleme der Besitzdelikte - EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenz*, 2005, p. 108.

⁹ ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen und Aktuelle Probleme der Besitzdelikte - EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenz*, 2005, p. 123-125.

¹⁰ Trata-se do *Bundesgerichtshof*, correspondente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

¹¹ BGH, 27.06.2001 - 1 StR 66/01

se conter o risco decorrente da pornografia de que os consumidores passem a desenvolver uma atitude negativa ou agressiva em relação à sexualidade. A quinta modalidade é constituída por tipos penais caracterizados pela "facilitação da prova", que exercem a função de tornar mais fácil a formação de um conjunto probatório punível em relação a determinados crimes. É o caso, por exemplo, da incriminação da posse de filmes ou vídeos pornográficos em que atuam crianças, frequentemente não identificáveis.¹²

Já Nuria Pastor Muñoz, que prefere analisar em conjunto os delitos de posse e de pertencimento,¹³ distingue outras modalidades estruturais de tipos penais. Pastor Muñoz vislumbra uma primeira estrutura (A) nas hipóteses em que há uma posse em si perigosa, mas que somente se traduz em efetivo perigo após uma conduta humana adicional. É o caso da posse de armas de fogo em circunstâncias que tornem possível o acesso de uma criança à arma. Uma segunda estrutura (B) existe em casos em que a posse, em si, não é perigosa, mas há a possibilidade de o possuidor vir a usar o objeto da posse para a prática de crime. Assim, por exemplo, a posse sem licença de armas de fogo. Uma terceira estrutura (C) engloba os casos em que a posse em si não é perigosa, mas integra um plano delituoso, isto é, tem o sentido objetivo de ato preparatório de um crime. Pastor Muñoz também enxerga uma quarta estrutura (D) na qual o autor possui objetos especialmente idôneos para a prática de determinados delitos, como, por exemplo, programas de computador para a realização de fraudes informáticas. Em tais hipóteses, afirma que, salvo indícios contrários, a posse é vinculada ao sentido de preparação de um delito. Uma quinta estrutura (E) abrange os casos de pertencimento a uma organização criminosa ou terrorista. E uma sexta estrutura (F) engloba os casos em que o autor possui objetos procedentes da prática de um delito, como por exemplo, a posse de material com pornografia infantil ou de substâncias entorpecentes. Pastor Muñoz sustenta, então, que tais estruturas se distinguem ou por uma lógica de antecipação (A, B, C, D e E) ou por uma estrutura pós-consumativa (F). Dentro da lógica da antecipação, segundo Pastor Muñoz, podem ser verificados os casos de perigosidade objetiva (estrutura A); de perigo de um comportamento delitivo futuro (estrutura B); de preparação inequívoca de um delito (estruturas C e D); e de pertencer à organização criminosa, o que revela uma manifestação inequívoca da disposição a praticar delitos (estrutura E). Pastor Muñoz afirma, ainda, que a manifestação da perigosidade subjetiva, ou seja, da disposição a delinquir, tanto por meio de um fato preparatório quanto pelo pertencimento a uma organização criminosa, é um equivalente funcional da perigosidade objetiva que pode estar ausente no fato, de modo que é a manifestação dessa perigosidade subjetiva e não a perigosidade subjetiva em si o que constitui o injusto objeto de pena, justificado pela consideração de que a manifestação séria da perigosidade constitui uma perturbação social para a manutenção de elementos essenciais da sociedade. Por outro lado, Pastor Muñoz sustenta que, nas hipóteses em que se verifica uma posse não perigosa de objetos que podem ser utilizados no futuro para a prática de delito, não há uma manifestação inequívoca de perigosidade subjetiva ou de disposição a delinquir, mas apenas suspeita ou presunção de perigosidade. Nesses casos, a punição é ilegítima, pois é somente possível e não inequívoco que o autor tenha planejado praticar um

¹² SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Besitz als Straftat*, 2007, p. 445-446.

¹³ Os crimes de pertencimento são aqueles que se caracterizam por um pertencer a agrupamento criminoso. É o caso, por exemplo, do delito de associação criminosa, disposto no artigo 288 do Código Penal brasileiro.

crime com o objeto possuído. Portanto, puni-lo significaria uma manifestação de direito penal da suspeita, o que não mudaria nem mesmo se posteriormente fosse constatado que o sujeito planejava de fato praticar determinado delito, pois no momento da posse ainda não havia um injusto a legitimar sua punição. Assim, Pastor Muñoz afirma que um direito penal da suspeita, que pune um sujeito pela presunção ou suspeita de sua perigosidade, não é legítimo, já que fundamenta a responsabilidade penal sobre uma *praesumptio iuris et de iure* de perigosidade.¹⁴

Eckstein, por sua vez, reconhece a existência de somente quatro espécies de delitos de posse. A primeira é formada por tipos penais cuja finalidade é impedir a produção ou a obtenção de um objeto. Nesses casos, por trás da proibição da posse, está a ideia de lutar contra a produção ou obtenção de um objeto decorrente da violação do bem jurídico. O principal exemplo é o da proibição penal da posse de material com pornografia infantil, em que o legislador pretende, com a incriminação, enfrentar o abuso sexual de crianças que ocorre na feitura do produto com pornografia infantil. A segunda é constituída por tipos penais que visam evitar que um objeto esteja em determinado lugar. Segundo Eckstein, essa espécie de delitos de posse se subdivide em três submodalidades: a) a posse de objetos por si mesmos fisicamente perigosos, cujos efeitos prejudiciais podem ser acarretados sem um fazer humano, como, por exemplo, material radioativo; b) a posse de objetos perigosos por servirem de intermédio a uma força psíquica no sentido da lesão de bem jurídicos, como a posse de armas em reuniões públicas a céu aberto, o que, de acordo com os conhecimentos da psicologia das massas, exerce um efeito de estímulo à agressividade que reforça a disposição à violência e provoca a prática de fatos puníveis; c) a posse como violação ao bem jurídico, que se constitui por tipos penais que visam lutar contra efeitos negativos de determinados objetos, delimitados espacial e temporalmente, simuladores de verdadeiros delitos de dano, mas que contradizem a constatação fática de que não existem delitos de posse que podem ser classificados como delitos de dano, como é o caso, por exemplo, da guarda, como lavagem de dinheiro, de bens obtidos ilícitamente, já que a lavagem de dinheiro, por si mesma, não viola bem jurídico algum. A terceira espécie, de acordo com Eckstein, é aquela na qual se inclui a maioria dos delitos de posse e abrange tipos penais cuja finalidade é a evitação do uso de um objeto, ou seja, em que o objeto do fato tem um potencial de risco inerente, mas que, para se realizar esse potencial de risco, é preciso um comportamento adicional causador de autolesões ou de lesões a terceiros. Eckstein subdivide essa espécie de crimes de posse em: a) uso de um objeto por terceiros causador de autolesões, como, por exemplo, os delitos de posse referente a medicamentos, que visam proteger os consumidores dos perigos à saúde; b) o uso causador de lesões a terceiros, que por sua vez se subdivide entre aa) evitação do uso causador de lesões a terceiros como finalidade principal, como ocorre nos delitos de posse de armas que servem para proteger a coletividade de fatos violentos praticados com armas de fogo, e bb) evitação do uso causador de lesões a terceiros como finalidade secundária, como a posse de material com pornografia infantil, que do ponto de vista do legislador abriga um potencial de risco adicional em várias direções, pois as modernas técnicas possibilitam sem problema sua reprodução e difusão, o que leva o legislador a também acreditar que deve encerrar o perigo de que as crianças envolvidas sejam extorquidas e de que as

¹⁴ PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Beitz- und Statusdelikte*, 2006, p. 797-803.

inibições de outras crianças para a participação sexual sejam reduzidas. A quarta espécie de delitos de posse vislumbrada por Eckstein é a da facilitação da persecução penal. Nesses casos, ao lado das finalidades diretas de proteção ao bem jurídico, encontra-se, frequentemente, o objetivo intermediário de facilitar a persecução penal, de modo que o legislador pretende, com a ajuda dos delitos de posse, solucionar problemas de prova ou de prescrição, como é a hipótese, por exemplo, em relação ao crime de lavagem de dinheiro, da punição de quem guarda bem que sabe a origem ilícita ao tempo em que o adquiriu.¹⁵

O estudo dos delitos de posse em diversas espécies e subespécies estruturadas de acordo com suas finalidades político-criminais ainda está num estágio de desenvolvimento inicial e pode levar algum tempo até atingir entendimentos consolidados. Todavia, embora corra o risco de se perder em inúteis debates meramente classificatórios, se bem direcionado pode ser importante para contribuir, na análise de casos concretos, para o preenchimento de categorias dogmáticas abertas, como, por exemplo, o alcance do tipo. Alguns problemas, no entanto, já se manifestam em relação a alguns pontos. A pretensão de construir uma modalidade específica para delitos de posse que tenham por finalidade facilitar a persecução penal parece um esforço legado ao fracasso. Isso porque é verificável em todas as espécies de crimes de posse um fim de facilitar a persecução penal,¹⁶ seja por meio de tornar mais simples a produção de provas, seja por meio de possibilitar a imposição de pena sem a necessidade de atender aos critérios mais rígidos dos delitos de dano. Tal facilitação acontece, em determinados tipos penais, no momento pré-fato, mediante a incriminação de objetos que serviriam à prática de futuro delito, mas que se encontram, ainda, num contexto de preparação. Por exemplo, o crime de possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda, previsto no artigo 291 do Código Penal. Em outros tipos penais, a facilitação da persecução penal ocorre no momento pós-fato, por meio da incriminação de objetos decorrentes da prática de um delito passado, de modo que a produção da prova e a imposição de sanção penal realizam-se de maneira mais ágil em relação à posse de tais objetos derivados do que sobre o crime que os originou. É a hipótese, por exemplo, do delito de posse ou armazenamento de fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, disposto no artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja comprovação e punição desenvolvem-se mais facilmente do que a comprovação e punição do crime prévio de produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, com envolvimento de criança ou adolescente, previsto no artigo 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em relação ao qual, com frequência, não são alcançadas nem a identidade do autor do delito nem dos participantes da cena. Por fim, há os demais tipos penais de posse, que, apesar de não representarem uma incriminação pré- ou pós-fato, facilitam o mecanismo de produção de prova e de imposição de pena somente pela própria estrutura incriminadora do mero domínio sobre um objeto, algo

¹⁵ ECKSTEIN, Ken. *Beitz als Straftat*, 2001, p. 67-80.

¹⁶ Aqui se chega a uma conclusão ainda mais radical, do que a de Lobato, que, em crítica semelhante, afirma que "em grande parte das espécies dos crimes de posse, é perceptível que o legislador combina o propósito de facilitar a obtenção da prova aos mais diversos interesses político-administrativos." LOBATO, José Danilo Taveira. *Panorama dos crimes de posse*, 2013, p. 109.

muito mais simples de se comprovar do que os mecanismos de prática delitiva de maior sofisticação dos delitos de dano, bem como de punir, pois se consuma independentemente das exigências relativas à violação de bem jurídico, causação de lesão ou ocorrência de resultado, pertinentes aos crimes de dano. Exemplo claro é a incriminação da posse, para consumo pessoal, de drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Não existe, portanto, delito de posse que não tenha a finalidade de tornar mais fácil a perseguição penal. E, por isso, tem razão Lobato ao afirmar que não é possível encontrar nenhuma característica típico-penal diferenciada no uso dos delitos de posse com o fim de facilitar a colheita da prova e a perseguição penal.¹⁷

Também outros pontos problemáticos podem ser verificados nesse processo de sistematização das modalidades de crimes de posse. O desenvolvimento de categorias justificadas por argumentos imprecisos pode colaborar para uma ainda maior utilização de delitos de posse como válvula de escape para a força penal. Assim, a pouco esclarecida distinção entre manifestação inequívoca de perigosidade subjetiva ou de disposição a delinquir e apenas suspeita ou presunção de perigosidade, defendida por Pastor Muñoz, pode levar ao direito penal da suspeita que a autora tanto teme. A ausência de critérios claros para identificar a "inequívocidade" da "disposição a delinquir" num fato preparatório dificulta a aplicação concreta de sua conclusão de que sem uma tal "manifestação inequívoca" a punição do possuidor será ilegítima ainda que posteriormente se constate que tinha mesmo planos para a prática de crime, pois permite que qualquer dado arbitrário seja utilizado pelo julgador para fundamentá-la. Também não é adequado o estabelecimento, como faz Schroeder, de uma modalidade própria de delitos que grávie em torno de fins excessivamente intangíveis, como o objetivo de desestimar comportamentos nas pessoas, pois pressupõe a adoção de uma explicação estritamente psíquico-determinista sobre as causas da conduta e uma capacidade de rendimento impossível de ser comprovada na prática. E isso permite uma avenida de argumentos retóricos para a incriminação arbitrária da posse de qualquer coisa. A mesma crítica merece a subspécie de delitos de posse de objetos perigosos por servirem de intermédio a uma força psíquica no sentido da lesão de bem jurídicos, desenvolvida por Eckstein, com fundamentos em questionáveis entendimentos psicológicos a respeito do que provoca estímulos psíquicos à prática de fatos puníveis. A legitimação de tais finalidades improváveis contribui para um manipulável direito penal de argumentos anímicos descolado da realidade objetiva, que pretende restringir o âmbito de liberdade do cidadão sem um correspondente ganho social demonstrável com a abstenção da posse do objeto. A constatação desses problemas permitem concluir que o desenvolvimento de categorias de delitos de posse de acordo com finalidades político-criminais adequadas ao Estado de direito somente pode ser fundado em argumentos racionais acessíveis à verificabilidade prática.

3. Os delitos de posse são crimes sem conduta? A capacidade de rendimento dos tipos penais de posse diante dos conceitos de comportamento

O entendimento de que a estrutura típica dos delitos de posse não revela nenhum fazer ativo é defendido por uma quantidade expressiva de doutrinadores.

¹⁷ LOBATO, José Danilo Tavares. *Panorama dos crimes de posse*, 2013, p. 109.

Otto Lagodny afirma que a incriminação da mera posse é semelhante à de maus pensamentos, que não pode ser objeto de reproche penal por ser institucional.¹⁸ Lagodny sustenta que a mera posse não pode ser compreendida como uma comissão, um fazer ativo, pois isso somente estaria localizado no seu estabelecimento, não em sua existência.¹⁹ No mesmo sentido, Struensee defende que embora gramaticalmente "possuir" e "ter" sejam verbos que expressam uma atividade, o uso linguístico compreende-os como um deter relações de determinada classe entre a pessoa e uma ou mais coisas. Por exemplo, ao mencionar que "A" tem/possui uma casa, um carro, uma empresa etc. Struensee explica que, no entanto, tais verbos também podem manifestar que a determinado indivíduo correspondem determinadas propriedades ou capacidades. É o caso, por exemplo, de se expressar que "A" tem/possui humor, compreensão, um conhecimento extraordinário da língua alemã, um grande talento musical, bom gosto etc. Além disso, segundo Struensee, tais vocábulos podem também descrever relações entre pessoas: "A" possui/tem uma mulher, dois filhos, uma empregada, todavia, pais vivos não mais. Esses termos, inclusive, podem ser usados para caracterizar a 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. Assim, explica que todos esses significados podem sofrer inúmeras variações e dar origem a uma multiplicidade de significados, mas nenhum diz respeito a uma conduta, no sentido da execução ou omissão de um movimento corporal voluntário. Segundo Struensee, quando denotam um fazer positivo, o verbo possuir deve caracterizar um movimento corporal dotado de intenções ou produtor de resultados. Entretanto, como os delitos de posse tratam de situações em que alguém tem à sua disposição uma coisa, o "possuir" como "fazer" pode manifestar, em primeiro lugar, um adquirir a posse mediante uma ação, por exemplo, a compra, receptação ou subtração da coisa; em segundo lugar, um impedir por meio de uma ação a iminente perda da posse, por exemplo, ao engolir um recipiente com drogas; em terceiro lugar, por meio de empregar ou usar a coisa, como, por exemplo, viajar com o automóvel, disparar a arma ou consumir a droga. Contudo, Struensee afirma que tais atividades não podem ser caracterizadas como "possuir". Ele explica que adquirir a posse é um ato que precede ao ter o bem, mas que com ele coincide temporalmente, o que tem levado a jurisprudência a entender que o começo da posse ocorre no ato da aquisição. Entretanto, sustenta que não é correto reduzir o verbo possuir ao ato de adquirir a posse, pois o legislador ao prever apenas o termo "possuir" pretende aliviar a perseguição penal e tornar desnecessário provar a aquisição ilegal. Por outro lado, defende que ainda que a preservação da posse frente a uma perda iminente possa ser considerado um ato que mantém a posse já existente, tal ato não descreve nem de maneira material, nem linguística, um comportamento que possa caracterizar uma mera posse. Em relação à interpretação da posse como o aproveitamento ou a utilização do objeto incriminado, Struensee afirma que, embora jurisprudência e doutrina valorem o porte de arma ou seu uso, por exemplo, para ameaçar ou matar, como um "exercício especialmente intensivo" do poder de fato sobre a arma, de modo a considerá-los subcasos de posse, essa subsunção leva a

¹⁸ LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, 1996, p. 322.
¹⁹ LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, 1996, p. 325.

difficultades nas regras sobre o concurso de crimes, pois a utilização do objeto da posse, como, por exemplo, a arma e a droga, já se abrangem por numerosos outros tipos penais, além de causar consideráveis problemas no âmbito da coisa julgada material. Além disso, segundo Struensee, do ponto de vista da sensibilidade linguística, é duvidoso conceber o emprego, o uso ou a utilização da coisa como subcasos de uma posse ativa. Ele afirma que "possuir" descreve a possibilidade pressuposta e concomitante do recurso à coisa, atualizada pelo seu uso. E, quando se fala em "exercício da posse", há o pressuposto de que é possível a existência de uma posse sem exercício. Por isso, Struensee conclui que todas as hipóteses em que seria possível indicar um possuir mediante um fazer ativo se referem a eventos que o legislador não pretendeu limitar ou estender a punibilidade.²⁰

Por outro lado, há defensores de que os delitos de posse se tratam, em verdade, de crimes omissivos. Nesse sentido, é a opinião de Lagodny, que busca compreendê-la como se fosse caso de crime omissivo próprio. Para tanto, sugere que a conduta imposta é o dever de destruir o objeto possuído, de entregá-lo às autoridades públicas, de descartá-lo ou de devolvê-lo.²¹ No entanto, como explica Lobato, uma exigência de destruição da coisa, nos casos em que o possuidor é mero detentor, colidiria com o dever justamente de não destruí-la, decorrente do crime de dano; o dever de entregá-la às autoridades públicas violaria a garantia constitucional de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo; a obrigação de descarte do objeto permitiria que outras pessoas encontrassem o mesmo objeto; enquanto o dever de entrega do objeto também violaria o princípio *nemo tenetur se detegere*.²² Já Struensee afirma que embora ocasionalmente surjam na jurisprudência e na doutrina afirmações de que "possuir" não descreve um atuar, mas um omitir, no sentido de uma omissão em acabar ou interromper a posse, não é possível entender os delitos de posse como crimes omissivos, mesmo que o verbo "possuir" seja entendido como o exercício do poder de fato sobre uma coisa, de modo a pressupor que o sujeito não tenha se desfeito do objeto. Isso porque, para considerar a incriminação da posse como delito omissivo, é necessário que se prove que, em um espaço de tempo tal, o possuidor não efetuou o descarte do objeto e tinha a possibilidade de se desfazer dele. Além disso, Struensee explica que o dolo não estaria referido somente à existência da coisa no âmbito do próprio domínio, mas exigiria que o possuidor tivesse também consciência atual de que poderia jogar fora, destruir ou entregar o objeto, o que não se satisfaria com a mera possibilidade de obtenção dessa consciência. Entretanto, afirma Struensee, é algo alheio à vida real supor que o aficionado por armas e o assassino profissional tenham pensado, pelo menos uma vez, em destruir suas armas, e muito menos que, na cabeça do dependente químico, que busca a droga para seu próprio consumo, tenha ocorrido a ideia de destruir a substância entorpecente.²³

A conclusão de que os delitos de posse não configuram nem crimes omissivos nem crimes omissivos tem servido para fundamentar uma terceira via que os considera verdadeiros delitos sem conduta. Schroeder defende esse ponto de vista ao conceber a posse como uma situação ou um estado de perigo e entende que uma

reinterpretação dos conceitos de ação e de omissão não é adequada à essência do conceito de posse tanto porque contraria seu sentido semântico quanto porque o fundamento de sua punibilidade está na posse como fonte de perigo, que não se localiza na aquisição da coisa ou na sua não abdicção, mas na posse como um estado ou uma situação. Segundo Schroeder, o fundamento do delito de posse é o domínio sobre o objeto, que se manifesta como um estado permanente de perigo, não a recusa de se abdicar desse domínio.²⁴ Em sentido semelhante, Eckstein afirma que os delitos de posse, como delitos de estado, não se vinculam diretamente a uma ação ou omissão. Isso porque o estado punível destaca-se pelo domínio real, a vontade de domínio e o dolo de posse, de modo que a vontade de domínio e o dolo de posse completam o domínio real possível para a posse punível. Eckstein sustenta que tal cruzamento de elementos objetivos e subjetivos distingue a punibilidade da posse tanto das puras causas objetivas de resultado quanto dos meros pensamentos subjetivos, pois a vontade de domínio e dolo de posse fundamentam a dominabilidade subjetiva que leva ao reproche de culpabilidade.²⁵

Entretanto, como afirma Claus Roxin, não é possível sustentar que a ação e omissão somente podem ser punidas se forem exclusivamente consideradas como um determinado movimento corporal realizado ou não realizado.²⁶ Ao contrário, para se chegar à conclusão de que os delitos de posse efetivamente são crimes sem conduta, é preciso também compará-los aos principais conceitos de comportamento já desenvolvidos. O movimento corporal como centro de gravidade do conceito de comportamento remonta a Franz von Liszt, que entendia, por comissão, um fazer ativo expresso pela causação do resultado mediante um movimento corporal voluntário,²⁷ e, por omissão, a não-evitação voluntária de um resultado, de modo a pressupor que o autor poderia ter evitado o resultado por meio de um fazer omitido por ele.²⁸ À luz desse conceito naturalista, os delitos de posse não parecem mesmo compatíveis com a descrição de um a conduta. Contudo, inúmeros conceitos de conduta já foram elaborados ao longo dos mais de cem anos que separaram a construção em torno de um movimento corporal voluntário e os recentes trabalhos que consideram os delitos de posse crimes sem conduta em razão da ausência de tal elemento. A posse de um objeto não é incompatível, por exemplo, com o conceito social de ação, defendido por Hans-Heinrich Jescheck, que define ação como um comportamento humano com transcendência social, entendido por comportamento toda resposta da pessoa à exigência de uma situação reconhecida ou ao menos reconhecível, por meio da realização de uma possibilidade de reação apresentada em determinada situação,²⁹ nem com o conceito negativo de ação desenvolvido por Günther Jakobs, segundo o qual por conduta deve ser entendida a causação do resultado individualmente evitável.³⁰ E quando analisados sob o conceito de comportamento de Roxin, que aqui se entende o mais adequado, os delitos de posse se revelam crimes praticados por conduta humana tanto quanto os demais.

²⁴ SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Besitz als Straftat*, 2007, p. 448.

²⁵ ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen und Aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetz, Konturrenzen*, 2005, p. 114.

²⁶ ROXIN, Claus. *Os crimes de posse*, 2013, p. 41.

²⁷ VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1900, p. 105.

²⁸ VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1900, p. 111.

²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal, parte general*, 2002, p. 239.

³⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, 1997, p. 168-182.

²⁰ STRUENSEE, Eberhard. *Os crimes de posse*, 2013, p. 59-61.

²¹ LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, 1996, p. 328-332.

²² LOBATO, José Danilo Tavares. *Panorama dos crimes de posse*, 2013, p. 120-122.

²³ STRUENSEE, Eberhard. *Os crimes de posse*, 2013, p. 61-62.

Roxin define o comportamento humano como "expressão da personalidade" do sujeito, o que significa que ação é tudo aquilo que pode ser atribuído a um indivíduo como centro de atuação intelectual-espiritual. Isso exclui efeitos decorrentes apenas da esfera corporal do ser humano, denominados "somáticos", sem o domínio do "eu", ou seja, não submetidos à autoridade do controle do indivíduo, e engloba ações dolosas e culposas e omissões, pois todas elas são "expressões da personalidade".³¹ Segundo Roxin, o domínio corporificado na posse geralmente se expressa na realização ou não de determinadas atividades, o que significa que o possuidor não somente conservará, cuidará e utilizará o objeto, mas também se omitirá de descartá-lo ou destruí-lo. Entretanto, segundo Roxin, tais momentos são apenas parciais do exercício da posse como manifestação autônoma da personalidade, que não se reduz a uma realização ou não de determinados movimentos corporais. O exercício do domínio fático, explica Roxin, não é uma manifestação pontual da personalidade, mas uma manifestação prolongada no tempo. O domínio fático sobre um objeto é, em si mesmo, sempre um exercício da posse, mesmo que consista apenas na conservação da posse. E, quem não exerce a posse, faz uma renúncia e, por isso, deixa de ser um possuidor. Roxin expõe que, realmente, em alguns delitos de posse, desde que tenham um momento omissivo, é de se esperar que o possuidor omita a entrega, a notícia ou a destruição do objeto que está, de boa-fé ou sem sua intervenção, em sua esfera de domínio. Entretanto, explica que é preciso verificar, em primeiro lugar, que a posse no seu sentido de domínio fático é algo distinto e que está além do mero não abandono da relação de posse, e, em segundo lugar, que na eventualidade de existir o ingresso ativo de objetos proibidos no estado de posse, esse momento omissivo também não se manifestará, pois a punibilidade da posse já estará configurada antes de surgir qualquer possibilidade de o sujeito se desvincular do objeto.³²

Portanto, efetivamente os delitos de posse também expressam conduta, em especial quando se entende o comportamento humano como a manifestação da personalidade do indivíduo. Contudo, alcançada essa conclusão, ainda devem ser esclarecidos os limites gerais de sua tipicidade. E, nesse sentido, é necessário examinar quais os elementos que comumente distinguem os tipos penais de posse, para que sejam esclarecidos seus limites interpretativos e o alcance de seus efeitos no caso concreto.

4. Elementos comuns no plano objetivo? As características objetivas fundamentais dos tipos de posse

Os delitos de posse são crimes de domínio sobre uma coisa. Essa é a primeira característica fundamental claramente identificável de seu tipo penal no plano objetivo. E tal domínio fático sobre o objeto, como acima afirmado, é uma manifestação da personalidade de quem o detém e, por isso, revela uma verdadeira conduta humana. Como explica Roxin, se alguém possui muitos livros ou quadros, em tal ato de colecionar reside uma manifestação característica da personalidade de quem a coleciona. E isso não se diferencia da situação em que o sujeito conserva, para si, objetos como armas, explosivos, drogas ou material contendo pornografia infantil.³³

Contudo, tal conclusão não significa que Eckstein tenha razão ao afirmar que a existência desse domínio sobre o objeto, quando complementado pela vontade de domínio e o dolo de posse, já fundamenta o juízo de reprovação da culpabilidade.³⁴ Eckstein, como mencionado, sustenta que a vontade de domínio e o dolo de posse completam o domínio real da posse punível, de modo que a vontade de domínio e o dolo de posse já fundamentam a dominabilidade subjetiva justificadora do reproche de culpabilidade.³⁵ No entanto, o domínio da posse somente pode conduzir ao juízo de culpabilidade se presentes os demais pressupostos gerais do injusto e da própria culpabilidade.³⁶ Embora Eckstein corretamente afirme que a punibilidade da posse se distingue tanto das puras causas objetivas de resultado quanto dos meros pensamentos subjetivos,³⁷ não há sentido em considerá-la submetida a menos exigências do que os demais delitos.

É justamente a sua relação com um desses pressupostos, a antijuridicidade, o que indica a segunda característica fundamental do tipo penal objetivo da posse. A posse como elementar da disposição típica deve ser entendida como um elemento que se enquadra entre aqueles denominados de valoração global do fato. Os elementos de valoração global do fato são elementos que caracterizam ao mesmo tempo o injusto típico e a ilicitude concreta do elemento normativo exigido pelo tipo no caso individual.³⁸ Em tais hipóteses, o legislador opta por se referir a comportamentos cuja tipicidade e antijuridicidade não podem ser valoradas de maneira separada, mas global. Assim, enquanto na generalidade dos delitos as circunstâncias objetivas fundamentam o tipo de injusto pertencem exclusivamente ao tipo e os elementos de exclusão do injusto, além da própria verificação do injusto concreto, servem para restringir a categoria da antijuridicidade, nos tipos penais compostos por elementos de valoração global do fato, pertencem ao tipo todas as circunstâncias objetivas relevantes para a avaliação da antijuridicidade, o que inclui a ausência de pressupostos de justificação.³⁹ A posse deve ser entendida como elemento de valoração global do fato por não bastar, para a configuração do tipo objetivo, que somente se apresente como domínio de alguém sobre o objeto, mas como domínio ilícito, diretamente caracterizado pela antijuridicidade. Isso significa, por exemplo, que são atípicas a posse, pelo juiz, de material de pornografia infantil juntado aos autos de processo em análise para sentença (artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente); pela autoridade policial, de drogas apreendidas numa operação (artigo 34 da Lei de Drogas); pelo dono do antiquário, que adquire mercadoria não proveniente de crime, que apesar da desproporção a menor entre o valor e o preço lhe foi vendida por mero desapego do antigo proprietário (artigo 180, § 3º do Código Penal). Não há que se falar aqui em causa apenas excludente de antijuridicidade, mas já de ausência de tipicidade por falta de um dos elementos constitutivos de seu tipo objetivo: a própria antijuridicidade. A antijuridicidade como componente do tipo fica mais clara quando há previsão de expressões como "em desacordo com determinação

³⁴ ROXIN, Claus. *Os crimes de posse*, 2013, p. 44.

³⁵ ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen und Aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen*, 2005, p. 114.

³⁶ Assim, ROXIN, Claus. *Os crimes de posse*, 2013, p. 44.

³⁷ ECKSTEIN, Ken. *Grundlagen und Aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen*, 2005, p. 114.

³⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 2006, p. 302.

³⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 2006, p. 302-303.

³¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 2006, p. 256-259.

³² ROXIN, Claus. *Os crimes de posse*, 2013, p. 41-43.

³³ ROXIN, Claus. *Os crimes de posse*, 2013, p. 43-44.

legal ou regulamentar", como, por exemplo, a contida no tipo penal do artigo 12 da Lei de Armas ou outros termos semelhantes. No entanto, que a posse deve ser considerada um elemento de valoração global do fato é uma conclusão geral, estendida a todos os tipos penais de posse, independentemente da previsão expressa de termos que remetam à antijuridicidade.

5. O que há no plano subjetivo? Os elementos subjetivos determinantes dos tipos de posse

Existem diversas maneiras de se entender o dolo no direito penal. A teoria volitiva predominante o concebe como a consciência e a vontade de praticar os elementos do tipo objetivo e propõe sua subdivisão em três espécies: a) o dolo direto de 1º grau, que gravita em torno do elemento intenção manifestado pelo fim do comportamento do autor e os meios escolhidos para realizá-lo;⁴⁰ b) o dolo direto de 2º grau, quando o autor sabe ou prevê com segurança os efeitos necessários de seu comportamento;⁴¹ c) o dolo eventual, definido basicamente como um dado anímico da esfera de consciência do autor em relação à possibilidade do resultado.⁴² O dolo também pode ser compreendido, como faz a tendência cognitiva minoritária cada vez mais crescente, como a consciência de um risco qualificado, no sentido, por exemplo, do conhecimento de um risco típico;⁴³ do conhecimento de um risco desprotegido;⁴⁴ do conhecimento de um risco idôneo ou estrategicamente racional;⁴⁵ ou do conhecimento de um risco eficiente para o resultado.⁴⁶ Entretanto, a despeito da posição adotada, se volitiva ou cognitiva, o dolo, seja como consciência e vontade, seja como consciência de um risco qualificado, deve estar voltado para os dois elementos objetivos gerais identificados na generalidade dos tipos penais de posse: o domínio sobre a coisa e a antijuridicidade como elemento global do fato. Ausente o dolo incidente sobre esses dois elementos, não se poderá falar em dolo nos delitos de posse.

Há ainda tipos penais de posse que preveem a intenção de uso como elemento subjetivo distinto do dolo, na forma de um especial fim de agir. Como explica Lobato, tal elemento restringe a incriminação, já que o tipo penal não se basta com os elementos gerais encontrados nos planos objetivo e subjetivo da generalidade dos delitos de posse. O elemento subjetivo especial manifestado como intenção de uso é previsto expressamente na redação típica e não se refere nem a uso que deixe explícito, de maneira antecipada, o bem jurídico protegido ou dano a ser evitado. Assim, como exemplifica Lobato, o uso que o legislador pretendeu impedir com a redação do artigo 270, § 1º, do Código Penal, foi a distribuição de água potável envenenada ao se tipificar sua reserva em depósito. Contudo, embora sirva de limite à incidência do tipo penal de posse, a incriminação não deixa claro se, por meio dessa proibição de uso, a proteção se dirige à vida, lesão corporal, dano à saúde de animais,

⁴⁰ HAFI, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2004, p. 156.

⁴¹ WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2008, p. 78.

⁴² SOUZA SANTOS, Humberto. *Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado*, 2012, p. 89.

⁴³ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Rucklo*, 1983, p. 70-74.

⁴⁴ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes*, 1986, p. 249-256.

⁴⁵ PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2011, p. 89-130.

⁴⁶ SOUZA SANTOS, Humberto. *Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado*, 2012, p. 110-116.

etc.⁴⁷ Tal obscuridade é encontrada em todos os tipos penais com elemento subjetivo "intenção de uso", o que torna difícil uma identificação precisa da finalidade político-criminal predominante do legislador ao elaborar a incriminação.

Embora raros, também podem ser encontrados tipos penais de posse culposa. É um exemplo o artigo 180, § 3º, do Código Penal, que incrimina a denominada receptação culposa. Contudo, também nesses casos, subsiste a necessidade de que estejam presentes os elementos típicos objetivos do domínio sobre a coisa e da antijuridicidade como elemento de valoração global do fato. As elementares "deve presumir-se obtida por meio criminoso" referem-se somente ao tipo subjetivo, que busca estabelecer uma modalidade culposa de incriminação. No entanto, se a coisa efetivamente não é proveniente de crime, de modo a não existir, portanto, ilicitude, ou se o autor com efeito não exerce um domínio fático sobre ela, não há que se falar em tipicidade mesmo que se considere que, pela desproporção entre valor e preço ou pela condição de quem a ofereceu, fosse de presumir-se obtida por meio criminoso. Por outro lado, presentes tais elementos, ainda é preciso apurar, no caso concreto, se o autor agiu de maneira a não ter previsto o que seria exigível de qualquer pessoa.⁴⁸

6. Conclusão

Os delitos de posse ainda constituem um campo vasto para estudos. Como são elaborados com distintas finalidades político-criminais, é importante o desenvolvimento de suas modalidades para esclarecer as possibilidades interpretativas de seu texto e delimitar o alcance dos efeitos de seu tipo penal no caso concreto. Ainda que tenham uma estrutura diferenciada da grande maioria dos delitos, não é possível afirmar que sejam hipóteses de delitos sem conduta. Ao contrário, a adoção do conceito de comportamento como manifestação da personalidade esclarece que são decorrentes de uma conduta humana, como as demais espécies de tipos penais. O relevante para a análise de sua configuração típica, portanto, não é adentrar uma polêmica que parece estéril na primeira lembrança de que o conceito de ação já abandonou o movimento corporal como centro de gravidade há várias décadas, mas analisar os elementos gerais que compõem o seu tipo nos planos objetivo e subjetivo. A princípio, a identificação do domínio e da antijuridicidade como elementos do tipo objetivo demonstra grande capacidade de rendimento, em razão dos seus efeitos limitativos da força penal e de precisão das exigências que devem ser atendidas para que seja verificada a tipicidade objetiva no caso concreto. Por outro lado, os elementos típicos subjetivos, seja o dolo, a intenção de uso ou a culpa, merecem estudos mais profundos, especialmente em relação à sua vinculação às finalidades político-criminais do legislador e aos elementos objetivos gerais do tipo penal.

⁴⁷ LOBATO, José Danilo Tavares. *Panorama dos crimes de posse*, 2013, p. 110-111.

⁴⁸ SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui; et alii. *Código Penal e sua interpretação*, 2007, p. 923.