

## FURTO DE USO – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Professor no CEUB e na UnB

A jurisprudência gaulesa não ficou inerte diante do fenômeno. Aliás, os Tribunais da França revelaram acuidade ímpar na aferição, notadamente axiológica dos fenômenos sociais, e sem ferir o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, têm sabido fazer com que o Código de 163 anos seja, ainda, atual e satisfaça as exigências da trepidante sociedade francesa de nossos dias.

Mencione-se que isso vem se tornando possível porque aplicam, com precisão, a chamada interpretação progressiva ou evolutiva. Sem criar norma – o que seria vedado pelo princípio da legalidade – adapta-a às transformações do fato – notadamente ao significado jurídico. Foi o que aconteceu com o furto de energia elétrica, não conhecida em 1810, cuja subtração, o judiciário francês assimilou ao crime de furto, considerando-a coisa móvel.

A jurisprudência francesa assentou que a utilização momentânea, para um passeio, com o veículo alheio, não constitui furto. Todavia, passou a punir como tal o consumo de combustível.

Na Suíça, o Código Penal não contemplou o furto de uso; aliás, incluiu no tipo do furto, a exigência do *animus* apoderar-se da coisa. A lei federal 1 – O furto de uso é crime que vem atraindo a atenção dos legisladores nos últimos tempos. Evidencia-se a influência da indústria na incorporação de novas normas por várias legislações. Em se atentando para o direito positivo dos Estados e para as respectivas jurisprudências, poder-se-á afirmar, para o tema em análise –, 1950 representa data muito importante; assinala momentos de concentração de atenções nesse assunto.

O exame de algumas legislações ensejará oportunidade para uma visão de “situação” em nossos dias. Essa digressão se faz importante a fim de, com exatidão, obter-se as linhas precisas da natureza jurídica do furto de uso e distingui-lo das figuras penais afins – tarefa, aliás, que tem levado os autores a debates da maior importância.

Começemos pelo Código Penal francês. Embora não seja o primeiro texto repressivo, porquanto, na própria França, tivemos o Código de 1793, guarda a primazia histórica de ser o mais antigo dos vigentes. Logicamente, considerada a sociedade que o inspirou o Código não arrola o furto de uso. Os fatos, entretanto, acontecem apesar de serem atípicos e chegam, às vezes, a se repetirem em quantidade que passam a generalizar perigo ou dano a bens juridicamente protegidos.

de 19 de dezembro de 1958 definiu a figura delituosa no art. 94, mencionando os objetos materiais — automóveis e bicicletas.

Na Alemanha, a reforma de 04 de agosto de 1953, incorporou o furto de uso ao Código Penal (§ 248, *b*), entretanto, perseguível por ação penal privada. Antes dessa data, desde 1932, já era punido o uso não autorizado de veículos de motor e bicicletas.

Na Austria, o furto de uso foi introduzido no Código Penal em 1954 (art. 467, *b*). Denotando influência suíça e alemã, expressamente, menciona veículos de motor e bicicletas. A sanção cominada varia em função do valor de coisa utilizada abusivamente, ou do prejuízo causado. É prevista também isenção de pena se o fato ocorre entre cônjuges, pai, mãe, filhos e irmãos.

Na Grécia, o furto de uso é castigado desde 1951, pelo Código Penal. Refere-se a um meio de transporte alheio com a intenção de utilizá-lo apenas por algum tempo. A ação penal é também privada.

O Código Penal Português prevê o furto de uso no art. 203, referindo-se ao “furto de uso de veículo”, cominando a pena de prisão até dois anos, a quem utilizar automóvel ou outro veículo motorizado, aeronave, barco ou bicicleta. Se o agente viver em comunidade de habitação com o sujeito passivo, o fato será punível. Esse texto legislativo menciona ainda, no art. 455, o “peculato de uso”, conduta do funcionário público que faz uso, ou consente que outro o faça, para fins alheios a que se destinam, de veículos ou de outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhes forem entregues.

Estas referências de Legislação Comparada, são enriquecidas por AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR — professor adjunto de direito penal na Universidade de Santiago de Compostela — in “Robo y Hurto de uso de vehículos de motor” — Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, — En Homenaje al Professor Luis Jiménez de Asúa, ed. 1970, pág. 468/472, com estudo de evolução da matéria na legislação espanhola. Analisa que a doutrina e a jurisprudência excluíam do âmbito do furto o desfrutar temporariamente de uma coisa, sob o fundamento de ausência de ânimo de lucro. Todavia, ante a subtração de veículos automotores, a jurisprudência optou por uma posição intermediária consistente em absolver por furto de veículo e punir pelo valor do combustível consumido.

A solução, como bem observa o ilustre professor, era discutida e discutível. Por isso, a chamada Lei do Automóvel de 09 de maio de 1950, nos artigos 9º e 10º, puniu a ilícita utilização de um veículo de motor. A Lei de 24 de dezembro de 1962, definiu essa conduta e cominou a sanção respectiva, sob *nomen iuris* — Furto de Uso.

No Código Penal da Espanha — Lei de 8 de abril de 1967 — a redação definitiva dissentiu, em parte, do projeto. Este, inspirado nas leis especiais, mencionava o furto de uso. O Código, entretanto, foi além, e incluiu o *roubo de uso*. O artigo 516 estatui: “Quem, sem a devida autorização e sem ânimo de fazê-lo próprio, usar veículo de motor alheio... —”. “Se ao executar o fato empregar violência contra as coisas...”. “Se, na execução do fato for empregada a violência ou intimidação contra as pessoas...”.

O Código Penal da Argentina não prevê o furto de uso. Todavia, há escritores do país vizinho, que sustentam a perfeita adequação com o tipo do furto, e algumas decisões da jurisprudência abonam esse ponto de vista, apesar de predominar a opinião de ser conduta atípica, cujas consequências jurídicas repercutem somente no âmbito da responsabilidade civil.

Doutrina e jurisprudência conflitam na interpretação do art. 162 do Código Penal. Da mesma forma, predomina a conclusão de não ser admissível a identificação do furto simples com o furto de uso. Esse entendimento tem a prestígio-lo os estudos de SEBASTIAN SOLER, CARLOS FONTAN BALESTRA, RICARDO NUNEZ e EUZÉBIO GOMEZ.

Por seu turno, o Código Penal da Itália contemplou o furto de uso, no art. 626, n<sup>o</sup> I, prevendo a ação de quem se apodera da coisa com intuito único de fazer uso momentâneo da mesma e depois do uso restituí-la imediatamente.

No Brasil, embora ecoem vozes divergentes, o furto de uso nunca foi previsto pelas leis penais. Todavia, o Projeto Hungria, sentindo a realidade social, incluiu no Título dos Crimes contra o Patrimônio, art. 165, *in verbis*: "Se a coisa não fungível é subtraída para o fim de uso momentâneo e, a seguir, vem a ser imediatamente restituída ou reposta no lugar onde se achava". O Projeto, nessa passagem, foi acolhido pelo Código Penal de 1969, reproduzido, no art. 166.

Por esse texto, ao lado do furto simples e do furto circunstanciado passamos também a ter a figura do *furto de uso*. Aliás, esse Código introduziu, como no exemplo português, a figura do *peculato de uso*. Entretanto, ao contrário do que se deu na Espanha, silenciou quanto ao *roubo de uso*.

2 — Encerrada a excursão através da Legislação Comparada, torna-se indeclinável ligeira análise histórica do furto. Não se trata de simples interesse acadêmico. Ao contrário, é imprescindível para extrair-se, em todos os pormenores, a natureza jurídica do crime em análise. É ilusão supor que a interpretação da lei se opera somente com o texto vigente. Mesmo do ponto de vista pragmático, a visão da parte, isolada do sistema, não oferece o indispensável para a contemplação do todo. E a história constitui o roteiro seguro para fornecer ao intérprete o caminho certo para apreender a norma em sua plenitude.

O Direito Romano elaborou distinção entre três espécies de furto — *furtum rei; furtum possessionis; furtum usus*.

Essa distinção, apesar de algumas contestações, teria origem na definição de Paulo, no *Comentatio ao Edito* — *Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*.

O *furtum rei* consiste na retirada da coisa (*amotio*) da esfera patrimonial do *dominus*.

O *furtum possessionis* e o *furtum usus* compreendem espécies de *contrectatio*.

O *furtum possessionis*, embora haja discrepância de entendimento, envolve as hipóteses em que o proprietário ou terceiro (em nome próprio ou do pro-

prietário) subtraia de quem detém legitimamente a coisa, podendo opor-se inclusive ao proprietário.

O *furtum usus* envolve três acepções. No Direito Romano, entendido como a ação de quem, tendo a coisa em seu poder, por força de contrato, a usava excedendo os seus limites, como no caso do credor pignoratício que usa a coisa dada em penhor.

Em outro plano, firmou-se a concepção de que compreende o aproveitamento da propriedade alheia, sem subtrair a coisa mas com aproveitamento das utilidades que pode fornecer, de que seria exemplo, a leitura do jornal de terceiro e a utilização do espelho de outrem.

Além disso o *furtum usus* encerra a idéia de subtração de coisa alheia para uso momentâneo e regido pela intenção de restituí-la a quem de direito.

Cumpra registrar que o furto de uso propriamente dito — e em particular para os efeitos deste trabalho — é o conceito exposto por último.

3 — A exposição da natureza jurídica do furto de uso reclama, principalmente depois que, entre nós, foi definida como infração penal, expressamente distinta do furto, o estudo de seus elementos essenciais.

O furto é definido no art. 165 do Código Penal de 1969 — “Subtrair para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. Trata-se de tipo anormal. Contempla expressamente o elemento subjetivo do injusto — para si ou para outrem. A relação de causalidade moral se compõe com o elemento subjetivo — dolo específico. O agente retira a coisa alheia móvel da esfera de disponibilidade de quem de direito, conduzido pelo desejo de tê-la para si, ou transferi-la para a posse ou patrimônio de terceiro.

Lembrando-se de que o crime não se reduz ao aspecto objetivo da ação, notadamente no Código Penal de 1969, em virtude do preceito categórico do art. 19: “Pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos, culposamente”; há de extrair-se a conclusão de inexistência desse ilícito se não estiver presente tal pormenor, no momento da subtração.

Esta ilação é extraída, univocamente, pelos comentadores do nosso texto penal de 1940, e, não se receia nenhum aspecto que possa ensejar entendimento diferente com a próxima modificação da legislação.

Observe-se entretanto, que alguns desses autores divisaram a possibilidade de subsumir à norma do art. 155 do código em vigor, de certa forma, a modalidade do furto de uso.

Assim é o caso de NELSON HUNGRIA. O saudoso penalista, expressamente, declara que o *furtum usus* foi deixado à margem do art. 155 do Código Penal (“Comentários ao Código Penal” ed. 1958, vol. VII, pág. 23). Vai além e afirma que “tal fato, perante nosso direito vigente, não ultrapassa a órbita do ilícito civil” (idem, pág. 24). Todavia, acrescenta que se a coisa transitoriamente usada é um automóvel suprido de gasolina e de óleo, e se tais substâncias são total ou parcialmente consumidas, já então se apresenta um *furtum rei*, isto é, um autêntico furto em relação a gasolina e ao óleo” (idem, pág. 24).

MAGALHÃES NORONHA ("Direito Penal", ed. 1969, vol. 2º pág. 223) toma o mesmo exemplo e extrai a mesma conclusão.

Em posição diferente, BENTO FARIA ("Código Penal Brasileiro Comentado", ed. 1961, vol. IV, pág. 18), ao mencionar a hipótese do indivíduo que tem necessidade urgente de acudir um filho vítima de desastre, e por não encontrar condução utiliza-se de automóvel alheio, sem ciência ou consentimento do dono, mandando, porém, restituí-lo ao chegar ao lugar a que se destinava, ou alguém que, para fugir a um perigo iminente, vale-se do cavalo de outrem, nas mesmas condições.

HELENO CLAUDIO FRAGOSO, ("Lições de Direito Penal", ed. vol. 1º) sustentou que na atual legislação o furto de uso é atípico.

SOLER compara várias ações que podem caracterizar o furto de uso, com o tipo de furto comum. Reconhece que, no primeiro, existe *contrectatio*. Mesmo considerando que a legislação argentina dispensa a exigência subjetiva do *animus rem sibi habendi*, não titubeia em afirmar que o agente não comete o furto se não desejava retirar a coisa da esfera de disponibilidade do proprietário, efetivamente não a retirou, ainda que haja tirado e removido o objeto. Exemplifica com a ação do médico enfermo que se encontrando no laboratório de radium de um colega, às escondidas fizesse aplicações do tubo de radium alheio, ainda que economicamente a operação representasse gasto relevante. Com esse pensamento concluiu também pela inexistência do furto, no exemplo CAENELLI: um prisioneiro, para evadir-se, simula ser um operário que trabalha no cárcere e, para tanto, toma uma escada de pedreiro ou uma de carpinteiro, e com elas no ombro consegue sair, porém, junto à porta, deixa o objeto. ("Derecho Penal Argentino", ed. 1951, Tomo IV, págs. 199-200-201).

EUSEBIO GOMEZ adota a mesma posição. Depois de considerações a respeito dos elementos do furto, acrescenta essas palavras: "É certo que a objetividade jurídica do furto se encontra na posse e que a perda da mesma, em consequência da subtração, ainda que momentânea, opera a consumação do furto; mas é certo também que, faltando o ânimo expresso — o autor se refere ao ânimo de ter a coisa alheia móvel para si — falta o elemento psicológico sem o qual não se concebe a delituosidade do fato. Este elemento não consiste, unicamente, na consciência de infringir uma norma e na vontade de violá-la, requer, ademais, o *animus rem sibi habendi*" ("Tratado de Derecho Penal", tomo IV, ed. 1941, pág. 77/79).

No mesmo sentido, é o raciocínio de FONTAN BALESTRA. Afirma o consagrado autor: "Para quem requer o *animus rem sibi habendi*, a exclusão do furto de uso, da figura do art. 162 do Código Penal, resulta uma consequência lógica. Ainda com a doutrina e a jurisprudência nacionais que têm entendido que não se requer o *animus rem sibi habendi* é necessário reconhecer que o termo "apoderar-se" tem um sentido psíquico particular muito semelhante ao aceito tradicionalmente pela doutrina a esse ânimo, mas diferencian-do-se para não levar consigo o propósito de retirar definitivamente ao dono a coisa subtraída, mas a apreensão da coisa e sua utilização em forma mais ou menos diretamente acordada com a que é própria de um dano ... Os atos próprios do dano aptos para configurar o furto, são os *atos de disposição*, que

em nenhuma das formas do chamado furto de uso, e muito menos do uso abusivo, o autor tem o propósito de realizar; ao contrário, que o ato tenha essa qualificação, requer-se uma exigência negativa: que essa intenção esteja ausente da mente do autor. (“Tratado de Derecho Penal”, ed. 1969, tomo IV, pág. 452/453).

Na Espanha, RODRIGUEZ DEVESA acompanha essa linha de raciocínio. Após longo estudo do furto, concluiu: “A nota diferenciadora — referindo-se ao furto de uso — frente aos demais crimes de furto reside na ausência de ânimo de apropriar-se da coisa. Indubitavelmente, tanto na esfera real como na valorativa há importante diferença entre o que toma uma coisa com ânimo de apropriar-se e o que a toma para devolvê-la depois de fazer uso da mesma. (“Derecho Penal Espanhol”, ed. 1969, Parte Especial, pág. 371).

FERNANDEZ ALBOR não dissente. Leciona “... no furto ordinário o *animus appropriandi* é definitivo e se produz em um desejo efetivo do agente de desapossamento permanente ao diverso do furto de uso que somente desapossa da *facultas utendi* do veículo para uma utilização temporária” (obra cit., pág. 465).

Entre os autores italianos, é registrada a diferença de furto com o furto de uso; aliás, o Código Penal da Itália estatui nesse sentido, entretanto, como teremos oportunidade de sublinhar, há vários casos em que a doutrina foi convocada para solucioná-los, especialmente para a sinalização perfeita da linha divisória entre os dois crimes.

4 — O artigo 166 do Código Penal de 1969 estabelece: “Se a coisa, não fungível, é subtraída para o fim de uso momentâneo e, a seguir, vem a ser imediatamente restituída ou reposta no lugar onde se achava”.

Esse crime está incluído no Título II — Dos Crimes contra o Patrimônio.

O *objeto jurídico* é a posse. Neste ponto, observa-se distinção quanto ao furto comum. Esta infração resguarda a posse, mas estende a proteção também à propriedade. Tal conclusão encontra guarida no elemento subjetivo componente de ambos os delitos.

Se, no *furtum usus*, o agente tem em vista uso momentâneo e restituição ou reposição imediata, o domínio não corre perigo sequer. O dano ocasionado repercute somente na posse, ou seja, na privação do proprietário exercer direito inerente ao domínio — *ius utendi*.

O *sujeito ativo* é qualquer pessoa. E não se olvide — até mesmo o proprietário.

O *furto de uso* é crime autônomo. Objetiva e subjetivamente não se identifica com o *furtum rei*. Não se diga também que seja circunstância atenuante ou causa especial de diminuição da pena. Todavia, constitui uma espécie de furto. Por isso — exigência de interpretação lógica — o respectivo tipo deverá ser entendido em conexão com o artigo 165. Daí estar implícito que a coisa — objeto material — seja alheia. Se própria, a pessoa exercerá regularmente um direito.

Talvez se estranhe a afirmação de que o proprietário possa cometer o crime. Análise mais profunda, entretanto, mostrará o acerto da conclusão.

O objeto jurídico, foi anotado, é a posse. Este instituto jurídico confere ao respectivo titular o direito de uso por parte de terceiro, ainda que o dono. Poderá, por isso, opor que outrem utilize a coisa. Imagine-se a hipótese de objeto dado em garantia pignoratícia. O devedor — proprietário da coisa — enquanto em vigor o mútuo, não poderá usá-la sem o consentimento do credor.

Dessa forma, para o delito em exame, é *coisa alheia* a que se encontra na posse legítima de alguém.

Nesta passagem, não cabem as dúvidas que a literatura enfrenta para responder se o proprietário pode ser agente do crime de furto. As divergências residem, antes de tudo, no elemento subjetivo — quando o sujeito ativo atua com o desejo de ter a coisa para si, ou para outrem; em outras palavras, o agente pretende tornar-se o dono da coisa. As discordâncias são conhecidas, entre MANZINI, BENTO DE FARIA, CARLOS XAVIER, MAGALHÃES NORONHA e NELSON HUNGRIA.

Não resta dúvida que o credor pignoratício é lesado em seu direito de ter a posse direta da coisa empenhada, principalmente para tornar efetiva a garantia.

O *sujeto passivo* é o titular da posse, ainda que não seja o proprietário. As considerações a respeito do sujeito ativo ensejam extrair as respectivas conclusões.

O *elemento material* implica inúmeras considerações.

A conduta tem o seu núcleo na subtração. Nesta altura são pertinentes as considerações relativas ao furto comum. Reproduzem-se as digressões a respeito do ciclo vital dessa ação, o que é muito importante para a análise do momento consumativo. Parece-nos que o entendimento de retirar a coisa fora da esfera de disponibilidade do possuidor é o raciocínio perfeito. Preferível à referência — esfera de vigilância. Pode ocorrer que a coisa ainda esteja na esfera de vigilância, porém fora da disponibilidade do sujeito passivo. É o caso de alguém que, ao lado, nos limites da vigilância, tomasse uma bebida ou saboreasse um doce, sem o consentimento necessário. Apesar da vigilância, deixou de ter a disponibilidade do líquido ou do manjar.

A coisa — objeto material — há de ser *móvel e alheia*.

O conceito de mobilidade é próprio do Direito Penal. Não se confunde com a acepção do Direito Civil. Esse atributo é constatado em todas as coisas que possam ser deslocadas de um lugar para outro; assim, as janelas de uma casa, imóveis para o Direito Privado porque incorporadas ao edifício, enquanto removidas são tidas como coisas móveis. Dessa forma, embora pareça estranho, em Direito Penal, uma casa, desde que retirado o material de construção, de um lugar para outro, pode ser objeto do crime de furto.

O caráter de *alheia* foi mencionado no item do sujeito ativo.

O artigo 166 acrescenta que deve ser *não fungível*. Rigorosamente, essa qualificativa é dispensável. É da essência do furto de uso que a coisa mesma deva ser restituída. A evolução histórica do instituto e a estrutura da infração penal repelem que a coisa seja fungível. Não se trata de substituição de uma coisa por outra. O furto de uso não se confunde com a reparação do dano. Se

o agente retirasse uma coisa e a substituísse por outra, na realidade não se trataria de *animus utendi*, mas de *animus abutendi*. MAGGIORE ("Diritto Penale," ed. 1934, vol. II, pág. 539) escreve: — "Deve ser restituída a mesma coisa subtraída, não o *tantundem*".

Não se olvide que se a coisa for consumível, quando usada, o dano não se restringirá à posse, mas à propriedade, pormenor incompatível com o *furtum usus*.

No tocante às características da coisa, a lei brasileira — a vigorar — é mais ampla do que outras legislações. Entre nós, a exigência é tratar-se de *coisa não fungível*. Na Suíça, a referência é a *automóveis e bicicletas*. Na Alemanha, *veículos de motor e bicicletas*. Na Áustria, também, *veículos de motor e bicicletas*. Em Portugal, a lei menciona *automóvel ou outro veículo motorizado, aeronave, barco ou bicicleta*. A coincidência é com o Código Penal da Itália, cujo artigo 626, n.º 1, se refere genericamente a *coisa*. Todavia, pelas razões expostas, está implícita a característica de infungibilidade. Essa conclusão é quase pacífica entre os escritores peninsulares, ressaltando-se o entendimento vencido de PISAPIA.

A subtração da coisa não fungível leva o destino de uso momentâneo para, a seguir, vir a ser imediatamente restituída ou reposta no lugar onde se achava.

Em que consiste o *uso momentâneo*? Será um critério simplesmente temporal? Estará vinculado à natureza da coisa?

Estas indagações, certamente, colocam-se no cerne da infração penal. Indiscutivelmente, são os pontos essenciais da questão.

MANZINI ("Diritto Penale", ed. 1952, vol. 9º pág. 322) leciona. "Momentâneo não deve ser entendido no sentido de *instantâneo*, isto é, que deva durar um breve instante somente. Aquela expressão deve ser interpretada com referência ao uso útil e para a qual a coisa se presta. Se ela, para ser usada utilmente, reclama um certo tempo, é natural que se deve guardar o tempo mínimo necessário para ser feito uso conforme à natureza ou destinação da coisa. O automóvel, por exemplo, é usado não apenas para nele subir-se e nem para colocá-lo em movimento, mas para transporte de lugar para outro".

Assim, o *imediatamente*, expresso no artigo 166 do texto pátrio, indica que a restituição será em seguida ao uso, com as características de momentâneo.

Conseqüentemente, o uso está condicionado à natureza da coisa, ao destino a que serve e que se restringe ao tempo necessário à respectiva utilidade.

MAGGIORE (ob. cit., pág. 538) conceitua o uso como o gozo da coisa a qualquer título, permanecendo intacta a substância. Essa observação é de grande importância e fundamental para solução de algumas questões relativas ao crime.

Em se partindo do conceito de uso, há de enfrentar-se um tema tratado por escritores nacionais e estrangeiros, isto é, o consumo de combustível, no uso do automóvel, caracteriza furto comum? O agente comete *furtum usus* quando se desloca com o veículo, o *furtum rei* ao consumir a gasolina e o óleo, resultante dos movimentos do motor?



Entre nós, HUNGRIA e MAGALHÃES NORONHA, como vimos, respondem afirmativamente. A posição desses comentadores brasileiros resulta do entendimento de MANZINI (ob. cit., pág. 327), distinguindo quando a restituição é, ou não, com a gasolina e o óleo.

Tal como o festejado escritor italiano, aqueles autores nacionais concluem no sentido de que se o agente ao repor o carro, reabastecê-lo, de maneira a apresentar a mesma quantidade de gasolina e óleo, inexistente a infração penal.

O entendimento dos renomados autores que honram a literatura penal talvez mereça ser analisado.

Observa-se identificação de dois institutos jurídicos que não podem ser confundidos: *Consumação* e *Reparação do Dano*.

A reparação do dano é ato posterior à consumação. Onde há reparação, houve consumação (ou tentativa). E a reparação não descaracteriza a consumação. Quando muito, repercute na fixação da pena.

É certo, a coisa deve ser devolvida como foi retirada. Todavia, não se confunda restituição de coisa como foi retirada com o dano sofrido pelo sujeito passivo com a retirada da coisa.

O furto de uso é crime de dano: por isso, acarreta prejuízo ao titular do bem juridicamente protegido. Não há *furtum usus* sem dano. Maior ou menor, não importa. Não é delito de perigo. Observe-se, entretanto, que o dano decorrente há de ser exclusivamente o indispensável para que o agente possa fazer uso da coisa, consoante a sua natureza ou destino.

Restituir a ovelha tosquiada, ou a vaca depois de ordenhada, evidentemente, estar-se-á diante de furto comum. O agente não terá se restringido ao uso, mas à retirada de coisa alheia — a lã e o leite. Diferente seria se tivesse se valido desses animais para transporte ligeiro de pessoas ou coisas.

No que tange ao automóvel — frisamos a posição de MANZINI — é objeto cuja natureza o torna próprio para o transporte de coisas e pessoas.

Esse mesmo autor fundamenta a conclusão de que a restituição do carro reabastecido elimina a criminalidade porque, nesse caso, a restituição é completa; a coisa é restituída de modo a não sofrer dano algum, senão o inerente ao uso momentâneo da coisa por parte do réu (MANZINI, ob. cit., pág. 327).

O autor, como se vê, identifica dano inerente ao uso da coisa, com reposição do dano inerente ao uso da coisa. Isso constitui jogo de palavras, mas indicação de dois institutos jurídicos distintos.

A afirmação de MANZINI, registra-se, influiu em HUNGRIA e MAGALHÃES NORONHA. Este aduz considerações paralelas e fornece exemplos comparativos.

Não nos parece que a caracterização do crime esteja na ausência de reparação do dano, ou condicionada ao valor desse dano.

Importante e fundamental é ponderar que o automóvel não pode ser utilizado conforme sua natureza e destinação sem o consumo de combustível.

Logicamente, o gasto do mesmo somente pode ser recebido como *dano inerente ao uso da coisa*.

FERNANDEZ ALBOR (ob. cit., pág. 481) esclarece que o uso constitui a conduta básica comum e pressupõe o movimento do veículo movido pela energia de seu próprio motor. A necessidade de que o veículo se ponha em marcha, movido por sua própria força motriz, exclui por atípicas algumas condutas, por exemplo, subir ao carro com o único fim de dormir ou por curiosidade, ou para proteger-se ou ainda para ouvir rádio.

Essa observação se destina a ilustrar que o consumo da gasolina e do óleo são inerentes às coisas movidas a motor que dependam da energia desses combustíveis. Como usá-las sem acionar o motor? Como acionar o motor sem combustível? De outro lado, se o consumo do combustível caracterizasse o furto comum, como, depois da reposição da gasolina e do óleo passar a ser definido como furto de uso? Logicamente, não há resposta.

PISAPIA ("Instituzioni di Diritto Penale", ed. 1965, pág. 481) aduz: "Discute-se na doutrina se é aplicável a norma em exame a respeito das coisas que mediante o uso se deterioram, ou sejam consumidas ou se transformam. A letra da lei, que fala de "restituição da coisa", sem outra especificação, não obsta a aplicação também nessas hipóteses: a menos que a coisa mude a própria destinação ou seja deteriorada de modo a tornar-se inservível. Portanto, se é restituído um automóvel sem pneumáticos, não poderá aplicar-se a norma em exame; enquanto que seria aplicável se os pneumáticos resultassem normalmente consumidos, ou também furados, sempre que — entenda-se — o carro seja subtraído apenas para ser usado.

Restituição da mesma coisa, entenda-se, o objeto, respeitadas as suas características, ou seja, em outras palavras, a sua individualidade.

O automóvel não perde a sua individualidade se retirada a gasolina; o combustível *não define* o automóvel — é necessário para movimentá-lo. Diferente será se a restituição for promovida sem um acessório, fundamentalmente para tornar o veículo infungível.

A coisa, ademais, deve ser "imediatamente restituída ou reposta no lugar onde se achava" (art. 166).

A lei emprega dois verbos para indicar a obrigação do agente de, cessado o uso, devolver a coisa à posse do sujeito passivo — restituir e repor. Ambos, os verbos, exprimem idéia de devolução, entretanto, como as palavras no texto legal não se presumem sinônimas, cumpre realçar a diferença que espelham.

Nesta passagem, o Código Penal brasileiro se apartou do italiano, que se contentou em dizer que a coisa deve ser "imediatamente restituída".

A reposição significa a recolocação do objeto no local de onde fora subtraído. A restituição, por sua vez, tem alcance maior; compreende a devolução da coisa à disposição de quem possuía a posse, antes de haver sido subtraída. Envolve a reposição. Desnecessária se faz a pluralidade preferida pelo legislador pátrio, visto ambas as acepções conduzirem ao mesmo conceito. Entretanto, daí decorrem efeitos jurídicos.

Na literatura e jurisprudência italianas entende-se que a restituição deve ser promovida diretamente ao sujeito passivo ou a quem o representa (MANZINI, ob. cit., pág. 327).

Essa conclusão é válida também para o texto brasileiro. Operada a reposição, a coisa é recolocada no local de onde foi retirada, e o agente com isso a coloca novamente à disposição de quem de direito. A restituição não implica a coincidência de lugar, mas significa recolocar a coisa à disposição do sujeito passivo. É certo, recolocar à disposição não é a mesma coisa que comunicar onde o objeto se encontra. Assim, esconder a coisa e comunicar sem precisão de dados, onde foi colocada, obriga a vítima a desenvolver esforços para encontrá-la. Nesse caso, e enquanto não encontrar a coisa, esta não estará a disposição de quem de direito. Observa-se que a subtração se completa quando a coisa é retirada da esfera de disponibilidade do sujeito passivo; a restituição só se realiza quando se renova a situação anterior. Enquanto isso não ocorrer, a coisa continuará fora da esfera de disponibilidade. Se o agente não suprir essa exigência, incidirá nas penas do furto comum.

Há um pormenor que chamou a atenção dos estudiosos. Se a coisa não for restituída por motivo de força maior ou caso fortuito persistirá a figura do furto de uso?

Os autores respondem negativamente, sob o fundamento de que a não restituição deixa em aberto um dos elementos da definição legal do ilícito. E a conclusão seria a configuração do furto comum. Examinem-se PISAPIA, MANZINI e MAGGIORE.

Este problema, em nosso entender, merece análise também.

Cumpra, por isso, distinguir duas hipóteses. Quando o agente assume o risco de criar uma situação que não permitirá restituir a coisa, empregando-a em atividade perigosa. Nesse caso, concorda-se; o agente responderá por *furtum rei*. Todavia, uma vez presente o caso fortuito ou motivo de força maior, reputamos que se impõe outra conclusão; notadamente em face do Código Penal de 1969, cujo artigo 18 estatui: "Não há crime quando o fato resulta de caso fortuito ou força maior". Então perguntar-se-á: como ser viável em nossa legislação, o entendimento dos ilustres escritores italianos? Se o agente for condenado por furto comum, porque, em virtude do caso fortuito ou força maior não restituir ou repuser a coisa onde se achava, não estará em contraste flagrante com a norma do art. 18? Não estaremos punindo um fato que resultou de caso fortuito ou força maior?

Ainda sob a rubrica — elemento material — são pertinentes algumas considerações a respeito da tentativa. Antes, como esta é a não consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente, faz-se necessário fixar o momento consumativo do delito. Acontece no instante da *subtração*, repita-se, quando a coisa infungível é retirada da esfera de disponibilidade do possuidor. Não há de se confundir com o instante da restituição ou da reposição. A devolução é apenas condição elementar para o configuração — no aspecto objetivo — da norma especial.

MANZINI, mais uma vez, nega a possibilidade do crime imperfeito (ob. cit., pág. 329) porque o delito pressupõe a restituição, cuja opinião é subscrita

por VANNINI ("Manuale de Diritto Penale", ed. 1946, págs. 265/266). O primeiro autor noticia, porém, posição diferente de LORETO SEVERINO (idem, nota de rodapé).

*Elemento subjetivo* — Evidencia-se o dolo específico. A subtração é informada pela intenção de ser a coisa, após o uso momentâneo, restituída ou reposta.

Nesse passo, mais uma vez, há coincidência com o Código Penal da Itália. Ao contrário da legislação espanhola, cuja norma se satisfaz com o dolo eventual, visto o artigo 516 estabelecer que o delito surge na conduta de quem, sem a devida autorização e sem ânimo de tê-lo como próprio, usar veículo de motor, alheio.

A lei não contemplou a modalidade culposa.

Um problema inerente ao elemento subjetivo é o que diz respeito ao ânimo de lucro. Essa questão agitou a literatura especializada. Formou-se uma corrente, no sentido de que onde houver ânimo de lucro não pode ocorrer furto de uso. Constituiriam dois institutos inconciliáveis. Essa conclusão peca por visão de perspectiva. Nada obsta a que o agente atue com a vontade de lucro. Do ponto de vista moral, em face do nosso texto, o que distingue o *furtum usus* do *furtum rei* é que, no primeiro, o sujeito ativo manifesta *animus utendi*, ao passo que no segundo, é exigido o *animus rei sibi habendi*. Todavia, seja para usar a coisa, como tê-la para si, nada impede o ânimo de lucro. Tome-se esta expressão no significado verdadeiro, não limitada a um valor aferível economicamente. Aliás, também nada impede. Há ânimo de lucro, quando o agente subtrai o carro para conduzir alguém, mediante remuneração; da mesma forma, no comportamento do agente que subtrai um quadro para garantir sua casa, em dia de festa, ou monta o cavalo alheio para simples passeio.

O furto de uso, como anotamos, é crime material; sempre acarreta um dano ao possuidor, pelo menos representado pela impossibilidade de utilizar a coisa, durante o período em que perdeu a posse.

No plano psíquico, a diferença, relativamente ao furto comum, reside no motivo do comportamento, e não nas conseqüências materiais da conduta.

Atente-se, entretanto, para um pormenor de capital importância. O lucro auferido pelo agente não pode extrapolar os limites decorrentes do próprio uso. Se outro for almejado ou obtido, descaracteriza-se esse crime. MANZINI ensina: "o proveito a que o réu se propõe, deve consistir exclusivamente o inerente ao uso momentâneo da coisa" (ob. cit., pág. 330).

Ademais, a vontade de uso momentâneo da coisa deve acompanhar a ação em todos os seus atos (SANTORO, "Manuale di Diritto Penale", ed. 1968, vol. V, pág. 387).

De outro lado, a restituição ou reposição deve ser voluntária, isto é, desde que não imposta por terceiro. A voluntariedade pode ser informada por motivo nobre, ou moralmente censurável. Satisfaz a condição de lei quem promover a devolução a pedido ou conselho de outrem.