

Nelson Hungria

COMENTÁRIOS
AO
CÓDIGO PENAL

Volume VII
Artigos 155 a 196

Apêndice

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

NÉLSON HUNGRIA

Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Penal e da
missão Elaboradora dos Anteprojetos da Lei das Contravenções Penais e do
Código de Processo Penal — Ministro do Supremo Tribunal Federal

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL

(Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

VOL. VII

Arts. 155 a 196

1.ª EDIÇÃO

Edição
REVISTA FORENSE
Av. Irmão Braga, 299
Rio de Janeiro
1955

TÍTULO II

DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

1. *Generalidades.* Ao invés de “crimes contra a propriedade”, como dizia o Cód. Penal de 1890, o atual preferiu falar em “crimes contra o patrimônio”. Esta rubrica é, sem dúvida, mais adequada, pois os crimes de que se trata não têm por objeto jurídico apenas a *propriedade*, que, disciplinada pelo direito civil, significa, estritamente, o domínio pleno ou limitado sobre as coisas (direitos reais); mas, também, todo e qualquer interesse de valor econômico (avaliável em dinheiro). Para designar o complexo de bens ou interesses de valor econômico, em relação de *pertinência* com uma pessoa, o termo próprio é *patrimônio*. Compreende este: a) a propriedade material (sobre coisas físicas) e os direitos reais em geral (*jura in re*); b) a propriedade imaterial ou *sui generis* (direito autoral, privilégio de invenção, direito de marca, etc.); c) a posse (juridicamente protegida em obséquio à propriedade, de que é o exercício, real ou aparente); d) os direitos de crédito ou obrigacionais (*jura ad rem*). No tocante aos crimes contra a propriedade imaterial, o Código vigente, entretanto, diversamente do anterior, achou de bom aviso colocá-los sob título autônomo, em razão de certos aspectos particulares que apresentam. Na linguagem vulgar, é certo, o vocábulo *propriedade* tem um sentido amplíssimo, ou idêntico ao de patrimônio; mas o direito penal, que, aqui, é meramente *receptício* do direito privado, não pode eximir-se ao idioma deste, para adotar uma acepção cuja latitude não é admitida na esfera jurídica privatística.

Crimes contra o patrimônio podem ser definidos como *species* de ilícito penal que ofendem ou expõem a perigo de ofensa qualquer bem, interesse ou direito economicamente relevante, privado ou público. A nota predominante do *elemento patrimonial* é o seu caráter econômico, o seu valor traduzível em pecúnia; mas cumpre advertir que, por extensão, também se dizem patrimoniais aquelas coisas que, embora sem valor venal, representam uma *utilidade*, ainda que simplesmente moral (*valor de afeição*), para o seu proprietário. Na defesa do patrimônio, o direito penal, à parte a sua sanção específica (pena criminal) e o caráter, de regra *publicístico* e *indisponível* da sua tutela, nada tem de *constitutivo*: é apenas *sancionatório* de normas do direito privado. Como instituto jurídico, o patrimônio é conceituado e disciplinado, exclusivamente, pelo direito civil (ou comercial). Para *reforçar* a sua tutela, *recebe-o* o direito penal, sem tirar nem pôr, do direito privado. Não existe um patrimônio de direito penal diverso de um patrimônio de direito civil. Há diversidade formal, na proteção do patrimônio, entre as sanções penais e as sanções civis, e nem todo ilícito civil patrimonial é também ilícito penal ou crime patrimonial; mas, no tocante à estruturação conceitual ou tratamento normativo do patrimônio, há quase integral identidade ou coincidência entre os dois ramos de direito. O direito penal, na espécie, salvo um ou outro critério secundário (mais de forma que de substância), apenas completa o sistema de proteção do direito civil (ANGELOTTI). O objeto de lesão dos crimes patrimoniais são os mesmíssimos bens ou interesses jurídicos, ou direitos subjetivos de natureza patrimonial, já reconhecidos, definidos e regulados pelo direito privado. Ao alinhar os crimes contra o patrimônio, o direito penal não faz mais do que selecionar, na vasta órbita do ilícito civil patrimonial, aqueles fatos que mais *intensamente* ofendem a regra de moral jurídica, revelando sério desajuste do agente com a ordem social, e para os quais, por isso mesmo, as meras sanções civis (ressarcimento, execução *in specie*, *restitutio in pristinum*, anulação do ato, etc.) se apresentam como *insuficientes* (critério político ou oportu-

nístico). A específica sanção penal, isto é, a *pena* em sentido estrito, passa a ser, em tais casos, como ameaça ou execução, apenas um *quid pluris* em correspondência com o *majus* da rebeldia contra a ordem jurídico-social. É certo que o direito penal, ao incriminar as mais graves formas do ilícito patrimonial, não tem em mira apenas a proteção de direitos individuais, senão também, e principalmente, a defesa do interesse social comprometido pelo alto grau de inconformismo ou menosprezo que elas representam contra a disciplina jurídico-social, e cuida, então, com o contragolpe ou escarmento de sua reforçada sanção, de aplacar o alarma coletivo e de conjurar a eventualidade de novos ou idênticos atentados, quer por parte do autor do ilícito *in concreto*, quer por parte de seus possíveis imitadores; mas isso não importa ou exige, de modo algum, que o direito penal, em cotejo com o direito civil, apresente qualquer originalidade em tórno à noção e normatização do patrimônio como instituto jurídico: é, a tal respeito, um simples *mutuário* do direito privado.¹ Não define, nem disciplina o patrimônio diferentemente do direito civil: tão-somente lhe oferece, repita-se, nos casos em que sua lesão (efetiva ou potencial) mais avulta como contraste à ordem jurídico-social, uma sanção mais enérgica ou severa que as do direito privado. Pelo simples fato de acudir com sua reforçada tutela, o direito penal não *cria*, nem teria razão para *criar* uma noção nova do patrimônio. Nem um só dos versículos do Cód. Penal, no que concerne à tutelabilidade

¹ Rocco (Arturo), *L'oggetto del reato*, pág. 51: "...4 reati patrimoniali violano certo diritti subiettivi che con espressione sintetica potremo dire diritti subiettivi patrimoniali; diritti reali, per esempio (proprietà, possesso, ecc.), o diritti di credito, o gli uni e gli altri insieme. Ma questi diritti non esistono già in forza delle norme del diritto penale, bensì in forza dei diritti privato, civile (diritto delle cose, diritto delle obbligazioni) e commerciale; e in tanto il reato patrimoniale è violazione di un diritto subiettivo patrimoniale in quanto esso costituisce, ad un tempo, un fatto illecito privato, cioè, un delitto o quasi delitto civile. Lo stesso è dirsi dei reati contro i diritti di autore o di inventore o in genere contro i così detti Individualrechte (es.: diritto al nome, alla ditta, al marchio, ecc.)".

do patrimônio, encerra, no fundo, critério em dissonância com os do Cód. Civil. Tem-se objetado que o direito penal atribui ao patrimônio uma noção mais ampla que a do direito civil, tanto assim que reconhece crime patrimonial ainda quando se trate de coisas sem valor econômico ou de valor puramente *sentimental* (é furto a subtração, por exemplo, de um amuleto sem valor de troca ou de um *anel de cabelos* que se guarda como lembrança da pessoa amada). Ora, não é exato que tais coisas, pelo direito civil, não façam parte, *per extensionem*, do patrimônio, pôsto que se lhes não pode negar um valor de *utilidade*, embora tão-somente em relação à pessoa a que pertencem. Tirá-las arbitrariamente do *dominus* não deixa de ser ilícito civil. O direito civil não se alheia ao chamado *valor de afeição*: permite, no caso, a *reivindicatio*, e se, impossibilitada a *restitutio*, não concede a sanção do ressarcimento, vem isso da impraticabilidade de se determinar a equivalência pecuniária, e não porque considere indigno de tutela o simples valor de afeição.² Tal como no direito civil, não há em direito penal ilícito patrimonial sem um dano ou perigo de dano patrimonial *contra jus*, mas cumpre não esquecer que, *in utroque jure*, o conceito de *dano patrimonial* é mais amplo que o de *dano econômico*. É o que justamente acentua ANTOLISEI:³ "... o patrimônio não compreende apenas as relações jurídicas economicamente apreciáveis (isto é, os direitos que são avaliáveis em dinheiro), senão também as que versam sobre coisas que têm um mero valor de afeição (recordações de família, objetos que nos são caros por motivos especiais, etc.). Pôsto que também essas coisas fazem parte do patrimônio, a subtração delas representa, sem dúvida, uma *deminutio patrimonii* e, assim, constitui *dano patrimonial*, o que vem demonstrar que não existe uma perfeita, absoluta identidade entre dano patrimonial e dano econômico: o primeiro compreende certamente o se-

² FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, trad. espanhola de ROCES, págs. 40 e 254.

³ *Manuale di diritto penale*, parte especial, vol. 1.º, 1954, pág. 189.

“gundo, mas tem uma extensão maior, referindo-se também “a coisas não suscetíveis de valor de troca”. Não é diversa a lição de MANZINI: ⁴ “O conceito de valor patrimonial não corresponde necessariamente ao de *valor econômico*, e o de dano patrimonial não se identifica necessariamente com o de dano econômico. . . Se um bem moral é constituído por uma *coisa*, êle é coisa no sentido jurídico, porque o seu aprêgo moral não lhe tira o caráter físico. A matéria, em tal caso, assume uma significação ideal, que tem para o indivíduo um valor patrimonial, desde que representa uma utilidade”.

Argumenta-se igualmente que há divergência entre o direito civil e o penal, quando aquêle admite o usucapião de coisas móveis subtraídas violentamente (furto qualificado, roubo, extorsão), ainda que não transcorrido, no caso, o tempo de prescrição da ação penal. Assim, em face do Cód. Civil pátrio (art. 619), o usucapião extraordinário (independente de título ou boa-fé) opera-se, na hipótese, em 10 anos, ⁵ ao passo que, perante o Cód. Penal, a punibilidade somente se extingue, pela prescrição, ao fim de 15 anos ou mais (tendo-se em conta a pena máxima cominada *in abstracto*). Tocando nesse ponto, entende MAGALHÃES NORONHA, ⁶ para acentuar o pretendido contraste entre a lei penal e a civil, no respeitante ao patrimônio, que, proposta a ação penal já depois de consumado o usucapião, o réu, se condenado, terá de restituir a coisa móvel subtraída, embora já se tenha feito, pela lei civil, proprietário dela. Discordamos radicalmente de tal opinião. Não seria admissível semelhante conflito entre os dois ramos de direito. Deixaria êste de ser um sistema orgânico, se permitisse, em seu seio, um dissídio de tal jaez. O art. 74, II, b, do Cód. Penal ressalva, expressamente, aliás, o direito de *terceiro de boa-fé*, e o titular do usucapião extraordinário, dispensado de provar boa-fé, está, lógica e necessariamente, equiparado àquele. Assim, na hipótese formulada, a conde-

⁴ *Trattato*, vol. IX, n.º 3.227, II, c.

⁵ Pela lei n.º 2.437, de 7-3-1955 (em *vacatio* até 1-1-1956), o prazo foi reduzido para cinco anos.

⁶ *Crimes contra o Patrimônio*, vol. 1.º, pág. 22.

nação penal não pode ter como efeito a restituição da *res*, acomodando-se, dessarte, o direito penal ao direito civil. Dir-se-á que, de qualquer modo, a lei penal mantém a reação jurídica mesmo depois que desta, intercorrentemente, venha a abster-se a lei civil; mas isso resulta da finalidade própria da lei penal, que não tem em vista apenas a lesão antijurídica do patrimônio em si mesmo, senão também o indivíduo-agente, na sua personalidade anti-social, revelada *in concreto*. Não se trata, aqui, de discrepância da noção civilística do patrimônio, mas de um critério político de tratamento *penal* do agente, tão diverso do tratamento *civil*, que dêle não se eximirá ainda que restitua a *res furtiva*, com perdas e danos, ou ainda quando satisfaça *id quod interest*.

Cumprе notar que nem todos os crimes lesivos de interesses patrimoniais se acham enquadrados no título que o Código reserva aos crimes contra o patrimônio. Outros há em que também se apresenta a lesão ou perigo de lesão patrimonial e, no entanto, são classificados sob diversa rubrica. Assim, os crimes contra a propriedade imaterial, o *peculato* (que, no seu tipo fundamental, é a *apropriação indébita* praticada por funcionário contra a Fazenda Pública), o *incêndio*, a *inundação*, o *uso de moeda falsa* ou *documento falso de conteúdo econômico*, etc.⁷ É que em tais casos, ou há necessidade de disciplina especial, ou, de par com a lesão patrimonial, há ofensa a interesses outros de maior relevância (interesse da Administração pública, da incolumidade pública, da fé pública), que justificam a diversa classificação. Para a identificação da reincidência específica, porém, tais crimes não podem deixar de ser considerados da *mesma natureza* que os previstos no Título II, de acordo com o art. 46, § 2.º, que assim dispõe: "Consideram-se crimes da mesma natureza os previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentam, pelos fatos que os constituem ou por seus motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns".

⁷ Crime patrimonial típico é também o *faltmentar*, de que cuida a lei especial sobre falências (dec.-lei n.º 7.661, de 21-6-1945).

Por outro lado, há crimes que figuram entre os *patrimoniais*, apesar de, contemporaneamente, ofenderem interesses de muito maior importância, como sejam a *vida* e a *integridade física*. É o que ocorre no roubo simples ou qualificado e na extorsão qualificada pelo resultado *morte* ou *lesão corporal grave*. É que em tais casos se apresentam *crimes complexos* (formando uma unidade jurídica), em que, sob o ponto de vista lógico-jurídico, o *crime-fim* (no caso, a lesão patrimonial), e não o *crime-meio*, decide da classificação.

CAPÍTULO I

DO FURTO

Furto *Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:*

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 10.000,00.

§ 1.º *A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.*

§ 2.º *Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.*

§ 3.º *Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.*

Furto qualificado § 4.º *A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, de dois contos a doze contos de réis, se o crime é cometido:*

I — com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II — com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III — com emprêgo de chave falsa;

IV — mediante concurso de duas ou mais pessoas.

**Furto
da coisa
comum**

Art. 156. Subtrair o condômino, co-herdeiro ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

§ 1.º Sòmente se procede mediante representação.

§ 2.º Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a cota a que tem direito o agente.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* italiano, arts. 624 a 627; suíço, arts. 137 e 138; francês, arts. 379 a 381, 383, 385, 386, 390 a 399; alemão, art. 242 e lei de 9-4-1900; belga, arts. 468 a 472; português, arts. 421, 422, 425 a 431 e 441 a 444; espanhol, arts. 514 a 516, 536 a 538; holandês, arts. 310 e 311; iugoslavo, arts. 249, 250, 256 e 259; indiano, arts. 378 a 381; polonês, arts. 257 e 272; dinamarquês, arts. 276 e 286, 1 e 2; japonês (reformado em 1951), art. 235; russo, arts. 162, 163, 165 e 166; argentino, arts. 162 e 163; boliviano, arts. 621 a 626 e 628 e lei de 22-11-1916; colombiano, arts. 397 a 399; cubano, arts. 529 a 532 e 567; costarriquenho, arts. 266 a 268; chileno, art. 446 e lei de 15-5-1931; equatoriano, arts. 523 a 525 e 530 a 533; guatemalteco, arts. 401 a 403; haitiano, arts. 324, 329 e 330; uruguaio, arts. 340 a 343; venezuelano, arts. 453, 454 e 456; salvadoriano, arts. 469, 470, 473 e 493, 1.º; peruano, arts. 237 e 238; pórtorriquense, arts. 238 e 239; paraguaio, arts. 385 a 391; hondurense, arts. 512 a 515; mexicano, artigos 367, 369 e 381; nicaraguense, arts. 481, 482 e 475 a 479; panameño, arts. 350 a 352.

BIBLIOGRAFIA. CRIVELARI (G.), *Del reati contro la proprietà*, 1887; PUGLIA (F.), *Del delitti contro la proprietà*, in *Trattato di diritto penale*, de COGLIOLO, 1890, e in *Enciclopedia del dir. pen. ital.*, de PESINA, vol. 10, 1908; CARRARA (F.), *Programma*, vol. 4, 1909; DE MAURO, *Del furto*, 1886; LANZA (P.), *Reati contro la proprietà*, in *Enciclopedia giur. ital.*, 1899; PAMPALONI, *Studi sul delitto di furto*, 1894-1900; DI VICO, in *Digesto Italiano*, verb. "Furto"; MANZINI, *Trattato del furto*, 1926, e *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, p. 1.ª, 1938; GIURIATI (G.), *Delitti contro la proprietà*, in *Trattato*, de FLORIAN, vol. XI, 1913; ANGELOTTI (D.), *Delitti contro il patrimonio*, in *Trattato*, de FLORIAN, 1936; JANNITTI-PIROMALLO, in *Il codice penale ill. art. per art.*, de Ugo CONTI, vol. III, 1934; LOLLINI, *Sul reato di furto*, 1900; MAGRI,

Reati contro la proprietà, 1895; ONDEI, *Sul momento consumativo del furto*, in *Il nuovo diritto*, 1933; LUCCA, *Il furto di energia elettrica e genetica*, 1905; SEVERINO (L.), *Il furto di uso di energia e reati affini*, 1933; PALOPOLI (N.), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VI, verb. "Furto", 1938; DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, 1951; MARCIANO (G.), *Il titolo X del Codice Penale*, 1927; GUTIERREZ-ANZOLA, *Delitos contra la propiedad*, 1952; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1927; KOHLRAUCH (E.), *Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen*, in *Das Kommende deutsche Strafrecht*, de GÜRTNER, 1936; MAURACH (R.), *Deutsches Strafrecht*, 1953; OBORNIKER (A.), *Der schwere Diebstahl*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 147; NIETHAMMER (E.), *Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts*, 1950; GARRAUD (Paul e René), *Traité th. et prat. du droit pénal français*, vol. 6, 1935; GOMEZ (E.), *Delitos contra el patrimonio*, in *Tratado de derecho penal*, vol. 4, 1941; SIQUEIRA (G.), *Direito Penal Brasileiro*, parte especial, 1924, e *Tratado de Direito Penal*, 1950; CARLOS XAVIER, *Dos Crimes contra o Patrimônio*, 1948; MAGALHÃES NORONHA, *Crimes contra o Patrimônio*, 1948-1952; SOLER (S.), *Derecho Penal Argentino*, vol. IV, 1946; ANTOLISEI (F.), *Manuale di diritto penale*, parte especial, 1954; VANNINI (O.), *Manuale di diritto penale*, parte especial, 1949; RANIERI (S.), *Manuale di dir. penale*, vol. III, 1952; HAFTER (E.), *Schweizerisches Strafrecht, besonderer Teil*, 1937; BENTO DE FARIA, *Código Penal Brasileiro*, 1942.

COMENTARIO

2. *Conceito do furto.* O nosso vigente Cód. Penal primou por expungir de qualquer excrescência ou infidelidade a definição do furto (furto *simples*, ou no seu *tipo fundamental*): é o fato de "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel" (art. 155, *caput*). Foi evitada, assim, a palavrosa (e, não obstante, inexata) definição que, inspirada nas fontes romanísticas e adotada pela grande maioria dos códigos penais do século XIX, ainda persiste em vários códigos mais recentes. Excluíram-se as cláusulas relativas à "ilegitimidade da subtração ou assenhoreamento" (*contrectatio fraudulosa*), à "vontade contrária do dono" (*invito domino*) e ao "fim de lucro ou proveito econômico" (*lucri faciendi causa*). A ilegitimidade (ilegalidade, injuricidade, ilicitude jurídica) é inerente a todo crime, de modo que superlativamente ociosa, quando se define um crime, é a menção dela. A "vontade contrária do dono" é outra superfetação: se intercede o es-

pontâneo assentimento do *dominus* (bem entendido: *antes* ou *durante* o fato), de modo expresso ou tácito (*cum prohibere potuit et non prohibet*), não há subtração ilícita, apresentando-se, ao contrário, uma *doação* ou uma renúncia do direito à *res* (posto que o direito patrimonial é eminentemente renunciável ou disponível). Finalmente, quanto ao “fim de lucro”, não pode este *especificar* o dolo do furto, desde que, como geralmente se reconhece, tal crime não deixa de existir ainda quando a subtração se faça por fim não-econômico, *in exemplis*: por espírito de vingança, por mero despeito, por superstição (subtrair, para o fim de obter influência *simpática*, o objeto-*mascote* de outrem), por fanatismo religioso (subtrair uma imagem milagrosa para *prestigiar* algum oratório), por fim amoroso (subtrair, para tê-lo como *lembrança*, um objeto pertencente à esquiva mulher amada).

3. *Elementos do furto*. Para que se configure o furto, portanto, é necessário e suficiente: a) *subtração*; b) *com o fim de assenhoreamento definitivo*; c) *de coisa alheia móvel*.

Subtração não é a simples tirada da coisa do lugar em que se achava: exige, como *momento posterior*, a sujeição dela ao exclusivo poder de disposição do agente. O fim deste é ter a coisa, *definitivamente*, para si próprio (*animus rem sibi habendi*) ou para terceiro. Se a sua intenção é apenas *usar* passageiramente a coisa, seguindo-se a reposição desta, intata, sob o poder de disposição do dono, não há furto (ou qualquer outro ilícito penal). A nossa lei penal continua desconhecendo o simples *furtum usus* (veja-se n.º 6).

A subtração pode ser efetuada mediante direta apreensão manual da coisa, ou com o emprêgo de algum instrumento (mesmo um animal especialmente adestrado), ou, se se trata de *semoventes*, com o simples autodeslocamento destes, ao influxo de gestos ou vozes. Não é necessariamente clandestina: pode ser praticada *abertamente*, mesmo à vista do *dominus*, conseguindo o agente escapar à perseguição.

Coisa alheia quer dizer coisa de *propriedade* atual de outrem, esteja, ou não, na posse direta ou imediata do pro-

prietário. Em que pèse à opinião contrária (inadvertidamente defendida entre nós por influência dos autores italianos, afeiçoados ao direito positivo de seu país, diverso do nosso na conceituação do furto), a incriminação, na espécie, visa, essencial ou precipuamente, à tutela da *propriedade*, e não da *posse*. Tem-se em conta, é certo, a perda da posse, mas tão-somente porque redunde em lesão da propriedade, de que a posse é o exercício ou exteriorização prática. A posse, como mero *fato*, só por si, ou não correspondente ao direito de propriedade, embora protegida pelo direito civil, não entra na configuração do furto (isto é, no âmbito do art. 155). Nada importa, por outro lado, que a coisa subtraída se achasse na posse, ainda que legítima, de pessoa diversa do proprietário. Salvo a hipótese de possuidor a título de *jus in re* ou equiparado ao dono (usufrutuário, usucapiente), a violação (exclusão) da posse exercida por outrem que não o *dominus* (locatário, comodatário, administrador, credor pignoratício, possuidor *invito domino*, etc.) não é considerada furto por si mesma, mas porque, realizada com a *subtração* ou *assenhoreamento* da coisa, representa lesão ao direito do dono, ao titular da propriedade. Embora na posse de outrem, a coisa não deixa de *pertencer* ao *dominus*, de modo que, com a sua tirada ao possuidor não-proprietário, retendo-a o agente para si ou terceiro, está sendo desfalcado o *patrimônio do proprietário*.

Sujeito passivo do furto é o *dominus* (ou pessoa a ele equiparada), e não o *possessor* (quando diverso do dono).⁸ Vem a pêlo o caso do *ladrão que furta de ladrão*: há furto em tal caso, não porque seja penalmente tutelada a posse criminosa do primeiro ladrão (o que seria absurdo, sob o ponto de vista jurídico-penal), mas porque é *secundada* a violação do

⁸ A opinião de que o furto lesa, principalmente, a propriedade é dominante entre os autores alemães (BINDING, VON BAR, DOCHOW, HERZOG, MERKEL, SCHWARTZE, RUKTRAT, etc.).

direito do *dominus*, a tornar mais difícil a recomposição do seu desfalcado patrimônio.⁹ O mais frisante atestado de que a propriedade, e não a posse, é que é o objeto da tutela penal contra o furto, está no fato de que a subtração da coisa própria na posse de terceiro, por determinação judicial ou convenção, não constitui furto, mas o crime previsto no art. 346 do Cód. Penal (capítulo dos crimes contra a administração da justiça). O nosso legislador repeliu o paradoxo do “furto de coisa própria” (já dizia PAULO que *“rei nostræ furtum facere non possumus”*). Não vale a argumentação em contrário de MAGALHÃES NORONHA, que, depois de sustentar que o *furtum rei propriæ* e o simples *furtum possessionis* se enquadram no art. 155, não vacila em afirmar que o crime previsto no artigo 346 é uma “modalidade do delito de exercício arbitrário das próprias razões”, e, assim, o proprietário-agente há de ter, certa ou supostamente, uma *pretensão legítima* a fazer valer sobre a coisa. É manifesto o equívoco. Por ter sido inadvertidamente omitido, em rubrica lateral, o *nomen juris* da figura criminal do art. 346, não se segue que esta se confunda com a do artigo anterior, que obedece à rubrica “exercício arbitrário das próprias razões”. Para tanto, seria necessário que o texto do art. 346 figurasse em parágrafo do artigo 345. Se para a configuração do crime do art. 346 fôsse necessária, também, a existência de real ou suposta *pretensão legítima*, seria tal artigo, em face do que o precede, uma rematada superfluidade. Precisamente porque inexistente, no caso, qualquer *pretensão legítima* (verdadeira ou suposta) é que o crime foi previsto distintamente do “exercício arbitrário das próprias razões”. O que aí se apresenta, inquestionavelmente, é solução para a hipótese de subtração da *res propria*, na legítima posse de outrem (a qual, erroneamente,

⁹ MANZINI, *Trattato*, vol. IX, p.p., pág. 9: “...è altrettanto ragionevole che il diritto penale punisce come furto il fatto del terzo che ruba al ladro, perchè al primo ladro se n'è aggiunto un altro, ed è cresciuto il danno o il pericolo patrimoniale per l'originario derubato”.

o Código de 1890, no seu art. 332, considerava furto). Nem há dizer que, a ser assim, ocorreria um desconchavo: ao devedor que defrauda, mediante arbitrária alienação ou por outro modo, a garantia pignoratícia deixada em seu poder (artigo 171, § 2.º, III), é cominada a pena de reclusão por um a cinco anos e multa de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00, enquanto o devedor pignoratício que subtrai a coisa empenhada, quando transferida à pessoa do credor, fica sujeito simplesmente a pena de detenção por seis meses a dois anos e multa de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 5.000,00 (art. 346). Ora, não há nisso desconchavo algum. Basta acentuar que, no primeiro caso, há, além de um grave abuso de confiança, uma conspícua fraude, a justificar se considere o fato como variante do estelionato, para cujo escarmento, em benefício da boa-fé dos contratos, a lei entendeu, com tóda razão, de ser severa. Se a subtração da coisa alheia, como furto simples, é punida menos rigorosamente que o estelionato, não é de surpreender que este seja punido com pena superior à da subtração de coisa própria, sem abuso de confiança e sem emprêgo de fraude. Como quer que seja, porém, não se pode *negar* a lei, a pretexto de ser iníqua, e muito menos inverter os seus têrmos, fazendo-a dizer também *coisa própria* onde somente diz *coisa alheia*, para inserir a subtração daquela, quando na posse de pessoa diversa do *dominus*, no *tipo* do furto.

Se a coisa subtraída deve ser *propriedade* de alguém, segue-se que não podem ser objeto material do furto a *res nullius*, a *res derelicta* e a *res commune omnium*.

Res nullius é a que jamais teve dono, e *res derelicta* é a que, já tendo pertencido a alguém, veio a ser abandonada, renunciando o dono à respectiva propriedade. Uma e outra podem ser lícitamente adquiridas, mediante *ocupação*, pelo *premier venant*. Para interpretação da lei penal, consulte-se, aqui, a lei civil. Dispõe o Cód. Civil, art. 592: “Quem se apossou de coisa abandonada, ou ainda não apropriada, para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei. Parágrafo único. Volve a não ter dono as coisas móveis quando o seu as abandona com intenção de

“renunciá-las”. E o art. 593 explica: “São coisas sem dono e “sujeitas à apropriação: I, os animais bravios, enquanto em “tregues à sua natural liberdade; II, os mansos e domesticados que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito “de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo a hipótese do art. 596” (“Não se reputam animais de caça os “domesticados que fugirem a seus donos, enquanto estes “lhes andarem à procura”); III, os enxames de abelhas, anteriormente apropriados, se o dono da colmeia, a que pertenciam, os não reclamar imediatamente; IV, as pedras, “conchas e outras substâncias minerais, vegetais ou animais “arrojadas às praias pelo mar, se não apresentarem sinal de “domínio anterior”.

No tocante aos animais de caça e aos peixes, vejam-se arts. 594 a 602 do Cód. Civil, bem como o Cód. de Caça e Pesca, devendo notar-se que constitui *contravenção* (art. 68 do último Código) o fato de caçar em terreno alheio, sem licença do dono.

Res commune omnium é a que, embora de uso de todos, como o ar, a luz ou o calor do sol, a água dos mares e rios, não é suscetível de ocupação na sua totalidade ou conjunto natural de sua massa. Pode ser, entretanto, parcialmente captada e aproveitada como força ou energia (ar liquefeito, calor solar como força motriz, etc.), incidindo essa parte *especializada* na propriedade de alguém e, assim, tornando-se objeto adequado do furto. As águas das cisternas ou as colhidas e depositadas para uso exclusivo de alguém podem ser, como é claro, *res furtiva*. O desvio ou represamento, em proveito próprio ou de outrem, de águas correntes alheias, porém, constitui *usurpação* (art. 161, § 1.º, I, do Cód. Penal), e não furto.

Também a apropriação da coisa perdida (*res deperdita*), que não se confunde com a *coisa abandonada* (porque sua propriedade não foi renunciada), escapa ao conceito do furto: não se pode falar, no caso, propriamente, em *subtração* (pois a coisa perdida não está atualmente no poder de disposição do dono); mas o seu *assenhoreamento* não deixa de

ser ilícito penal, constituindo o crime de *apropriação indébita* (art. 169, II). Consistindo o furto numa subtração (que é apreensão, remoção e assenhoreamento), somente pode ser objeto dela a *coisa móvel*. A noção desta, em direito penal, é escrupulosamente *realística*, não admitindo as equiparações fictícias do direito civil. O furto não pode incidir senão sobre coisas *corpóreas* ou *fisicamente apreensíveis* (embora se trate daquelas que, não sendo perceptíveis pelo tato, podem ser identificadas por outro sentido, como as matérias em estado gasoso).

Sobre o furto de *energias* de valor econômico, veja-se n.º 11.

Nenhuma aplicação tem, em relação ao furto, o disposto no art. 48 do Cód. Civil, que considera *móveis* os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes, os direitos de obrigações e as ações respectivas e os direitos de autor. O direito penal não se concilia com as *fictiones* ou *presumptiones juris et de jure* do direito civil, pois é incondicionalmente *realístico*. *Direitos* e *ações* são bens imateriais, insuscetíveis de apreensão e, portanto, de furto. Também não atende a lei penal à civil quanto à equiparação de certos móveis a imóveis. Assim, não deixam de ser *móveis*, como objetos suscetíveis de furto, os imóveis *por destinação*, isto é, os empregados na exploração industrial, aformoseamento ou comodidade de um imóvel (art. 43, III, do Cód. Civil). Quanto aos imóveis *por incorporação*, entretanto, coincide o direito penal com o direito privado: se vêm a ser destacados, voltam à natureza de móveis, e sua subtração é furto (devendo notar-se que, para o reconhecimento da tentativa de furto, em tal caso, não é necessário, sequer, o efetivo destacamento, bastando a possibilidade dêste).

Igualmente não deixam de ser móveis (contra o disposto no Cód. Civil) “as apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade” (art. 44, II, do Cód. Civil), “os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele mesmo se reempregarem” (art. 46 do Cód. Civil) e os “navios” (equiparados a imóveis pelo art. 810, VII, do Cód. Civil). Dis-

semos acima que os *direitos* não podem ser objeto de furto; mas, se vêm a *materializar-se* em *documentos* ou *escritos*, legalmente adequados à sua exigibilidade, já se apresenta a possibilidade do furto. Assim, são suscetíveis de furto os *titulos ao portador* em geral. Quanto aos *nominativos*, para que sua subtração importe dano patrimonial, é indispensável ulterior *falsidade* ou *artifício fraudulento*, apresentando-se o *crimen falsi* ou estelionato, que *absorve* o furto. Não há, porém, confundir o furto de documento com o crime de falsidade previsto no art. 305 do Cód. Penal ("ocultação, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, de documento público ou particular verdadeiro"), pois, em tal caso, o que visa o agente é a fazer desaparecer o documento como *meio de prova* (em detrimento da verdade em tórno de uma relação jurídica), e não apenas lesar o patrimônio alheio (prevalecendo, no caso, para a classificação, o lesado interesse da fé pública).

É irrelevante, para a existência do furto, que a coisa esteja *extra commercium*, como a legalmente inalienável ou entregue pelo Estado ao uso público (que não se identifica com aquela sobre a qual o Estado exerce propriedade *ad instar privatorum*, a cujo respeito não pode haver dúvida que é possível o furto).

O *homem*, por isso mesmo que não é coisa no sentido jurídico, não pode ser objeto de furto. Já o mesmo, porém, não acontece com o *cadáver humano* (na sua totalidade ou em suas partes), desde que se torne disponível *imperio legis*, ou por convenção ou testamento (fora daí, sua subtração não configura furto, mas o crime previsto no art. 211 do Código Penal).

4. *Lesão patrimonial*. Trata-se de crime material, condicionado à superveniência do *eventus damni*. Não há furto sem efetivo desfalque do patrimônio alheio. Se, para o seu reconhecimento, não há indagar se o agente foi movido por fim de lucro ou se alcançou efetivamente algum lucro, é necessário, no entanto, que se apresente um *dano patrimonial*.

(ainda que de exíguo valor econômico, ou a *res furtiva* não tenha outro valor que o de afeição, interessando exclusivamente ao *dominus*). A coisa subtraída deve representar para o dono, senão um valor reduzível a dinheiro, pelo menos uma *utilidade* (valor de uso), seja qual fôr, de modo que possa ser considerada como *integrante do seu patrimônio*. O *valor mínimo* da coisa pode ser uma *minorante* do furto (art. 155, § 2.º), mas não uma *discriminante*. Sômente não se podem considerar objeto de furto as coisas de valor *juridicamente irrelevante* (ex.: um alfinete, um palito, uma flor vulgar).

5. *Elemento subjetivo*. O elemento subjetivo do furto é a consciência da injuricidade da subtração, e *especifica-se* pela intenção de fazer definitivamente sua ou de outrem a subtraída coisa alheia. É irrelevante o *animus lucri facienda*. Inexiste o dolo do furto quando o agente tomando *aliud pro alio*, supõe própria a coisa de outrem (visitante que, ao sair, leva como sendo seu, inadvertidamente, o guarda-chuva do dono da casa), ou quando fundadamente acredita que a coisa é *nullius* ou *derelecta*. Em tais casos, ocorre *erro de fato*, que é causa de exclusão de culpabilidade (art. 17 do Cód. Penal).

6. *Furto de uso*. O art. 155, como já ficou acentuado, sômente incrimina o *furtum rei*, isto é, a subtração, *com ânimo definitivo*, da coisa alheia substancialmente considerada. Foi, assim, deixado à margem o *furtum usus*. O Código de 1890, diversamente do Código do Império (art. 258), já não incluía o *furto de uso*¹⁰ na categoria do ilícito penal, rompendo, assim, com a tradição romanística (*"Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi causa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve..."*). Seguiu-lhe o exemplo o Código de 40. Como observa von LISZT, "quanto mais se desen-

¹⁰ O Projeto SÁ PEREIRA (art. 186, § 5.º) dispunha: "Não será punido vel por furto aquêle que, sem a deteriorar ou desvalorizar, restituir ao dono a coisa móvel que sômente lhe tenha tirado para uso momentâneo".

“volveu a idéia moderna do furto, tanto menos se fez compatível com o uso indevido, a que falta inteiramente a intenção de assenhoreamento”.¹¹ Ocorre o chamado *furto de uso* quando alguém arbitrariamente retira coisa alheia infungível (v. g., um cavalo, um automóvel, um terno de roupa, um livro), para dela servir-se momentânea ou passageiramente, repondo-a, a seguir, íntegra, na esfera de atividade patrimonial do dono. Tal fato, perante o nosso direito vigente, não ultrapassa a órbita do ilícito civil. É bem de ver que a coisa deve ser restituída íntata em si mesma e nos seus acessórios. Assim, se a coisa transitóriamente 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 à gasolina e ao óleo. Do mesmo modo, se o agente, antes de repor, por exemplo, a ovelha alheia de que se utilizou, digamos, para o transporte de lenha miúda, submete-a à tosquia, assenhoreando-se da lã, comete furto quanto a esta.

A *res* deve ser devolvida a local em que seja exercível o imediato poder de disposição do dono: se o agente a deixa alhures, sem qualquer aviso ao proprietário, assume o risco de que não se opere a restituição (pouco se lhe dá que esta se realize ou não), e a hipótese se equipara à do ladrão que, depois de assenhorear-se da coisa, resolve abandoná-la, o que não o exime de responder a título de furto.

7. *Consumação e tentativa.* Em torno ao momento consumativo do crime de furto, debatem-se várias teorias, umas extremadas, outras temperadas: a da *contractatio*, a da *apprehensio*, a da *amotio*, a da *ablatio*. Se para alguns basta o tocar com as mãos a coisa móvel alheia, *cum affectu furandi*, para que o furto se consume, outros, divergindo *ex diametro*, entendem que somente ocorre a consumação quan-

¹¹ *Lehrbuch*, § 129: “Je mehr aber der heutige Diebstahlsbegriff sich entwickelte, desto weniger wolte die Gebrauchsanmassung unter ihn passen, da es ja an der Aneignungsabsicht bei ihr gänzlich mangelt”.

do a *res furtiva* é levada *ad locum quo destinaverat fur*. Mas há os que buscam um meio-térmo entre tais extremos: não basta tocar com as mãos, nem tampouco segurar ou apreender a coisa, mas também não é necessário que o agente consiga transportá-la a um determinado lugar *ad quem*: é suficiente a deslocação da coisa, mas de modo que esta se transfira para a posse exclusiva do ladrão. Mas, aqui, também, há controvérsia. Que se deve entender por essa transferência de posse, ou, melhor, quando se pode dizer realizada tal transferência? Afirmam uns que surge a posse do ladrão quando este consegue afastar-se da esfera de atividade patrimonial, de custódia ou de vigilância do *dominus*, ainda que, perseguido, venha a ser imediatamente despojado. Opinião outros, entretanto, que é necessário estabelecer-se um estado *tranquilo*, embora transitório, de detenção da coisa por parte do agente. Inclino-me, decididamente, por esta última solução. Penso, aliás, que é a única aceitável perante o nosso direito positivo. O furto não se pode dizer consumado senão quando a custódia ou vigilância, direta ou indiretamente exercida pelo proprietário, tenha sido totalmente iludida. Se o ladrão é encalçado, ato seguido à *apprehensio* da coisa, e vem a ser privado desta, pela força ou por desistência involuntária, não importa que isto ocorra quando já fora da esfera de atividade patrimonial do proprietário: o furto deixou de se consumir, não passando da fase de tentativa. Não foi completamente frustrada a posse ou vigilância do dono. Não chegou este a perder, de todo, a possibilidade de contato material com a *res* ou de exercício do seu poder de disposição sobre ela. A sua *propriedade* sofreu sério perigo, mas não propriamente uma efetiva lesão: a sua posse, como exercício da propriedade, foi perturbada, mas não definitivamente suprimida. Poder-se-ia falar em perigo de dano, mas não em dano real ou concreto. Enquanto está perseguindo o ladrão, o proprietário está agindo na defesa de sua posse, isto é, do exercício prático do seu domínio. Enquanto dura a perseguição (exercida pelo proprietário diretamente ou por *assistência* de terceiro), não se pode dizer que o proprietário haja perdido a

posse da coisa, isto é, que tenha cessado a sua posse para instaurar-se a do ladrão. Não se pode chamar *posse* a simples detenção física por parte do ladrão, sem um só instante de possibilidade de disposição livre e tranqüila da *res*. O furto é uma *espoliação* da propriedade, e não é *espoliado* patrimonialmente o *dominus* que, atacado na sua posse, a defende *in continente* e a retoma. Não se pode considerar espoliação uma intercorrente detenção momentânea e *apoquentada* da coisa pelo atacante. Para que se possa falar propriamente em perda da posse, em desfalque do domínio, é indispensável que, embora passageiramente, se estabeleça a posse exclusiva e sossegada do ladrão. É preciso que este, ainda que por breve tempo, possua a coisa a salvo de hostilidade. Entendo aconselhável o seguinte critério de orientação: para que se reconheça consumado o furto, é de mister que o *dominus* (ou alguém por ele, em sua defesa) já não possa legítimamente exercer violência contra o ladrão para recuperar a coisa. Enquanto viável e legítima a retomada da coisa pelo dono (ou terceiro) *ex proprio Marte*, o furto está ainda em fase de execução ou de *tentativa*. A violência empregada para retomar a *res furtiva* só é legítima (*legítima defesa*) quando o ladrão ainda se acha na órbita de atividade patrimonial ou de vigilância do proprietário, ou, quando já fora desta, é ininterruptamente perseguido por ele (ou terceiro). Segundo a lição de VON HIPPEL, “a possibilidade de legítima defesa, em tal caso, só termina quando o ladrão consegue possuir a coisa sem ser perturbado, pelo menos por algum tempo, isto é, consegue estabelecer uma nova relação de posse”. Sem esta “nova relação de posse”, digo eu, não há furto consumado, e para que tal relação se apresente, como acentua VON HIPPEL, é necessário que seja acompanhada de um estado de *quietude* ou *imperturbação*, ainda que efêmero. Pode ser formulado outro critério prático de distinção entre o furto consumado e o tentado: se o furto consumado, no tocante à prisão legal do agente, não exclui o caso de *quase-flagrância*, é inconciliável, no entanto, com o de *flagrância plena*. Se o ladrão logra interromper a perseguição ou esquivar-se a ela, sem dúvida

consumou o furto e, em tal caso, só poderá ser legítimamente prêso, *sine mandato capiendo*, se fôr encontrado, logo depois, com a *res furtiva*, na conformidade do art. 302, IV, do Código de Proc. Penal; se, entretanto, não alcançou eximir-se à continuidade da perseguição e subsequente prisão, já agora em pleno estado de flagrância, o furto se há de considerar simplesmente tentado.

Casos há, todavia, em que o furto tem de ser reconhecido como consumado ainda quando o ladrão e a *res furtiva* permaneçam no âmbito de atividade patrimonial do lesado. É o caso, por exemplo, da criada que sub-repticiamente empolga uma jóia da patroa e a esconde no seio ou mesmo nalgum escaninho da casa, para, oportunamente, sem despertar suspeitas, transportá-la a lugar seguro. Consumou-se o furto, e por que? Porque desapareceu a possibilidade material, por parte da lesada, de exercer o seu poder de disposição da coisa, cujo paradeiro ignora.

Cumpra repetir que, em face do nosso Código, o furto é *crime material*, isto é, para sua consumação é necessária a ocorrência de um *eventus damni*, de um dano efetivo, embora seja irrelevante indagar se foi alcançado o fim último do agente, que, via de regra, é o de locupletação própria ou de outrem. A exemplo dos Códigos francês e suíço, o nosso emprega, na espécie, o verbo *subtrair* (correspondente ao francês *soustraire* e ao alemão *wegnehmen*). Conforme ensina GARRAUD, interpretando a lei penal francesa, *subtração* não é simples detenção; faz-se necessária, para que se considere completa, a exclusão da posse do dono, substituída pela do ladrão. No mesmo sentido, ao comentar o projeto definitivo do atual Código suíço, se pronuncia HAFTER: “A ação do ladrão é indicada como *subtração*: o agente faz cessar a custódia alheia e estabelece sobre a coisa seu poder de disposição”.¹² O furto, perante o nosso Código, é a subtração ilícita da coisa

¹² *Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil*, pág. 244: “Die Handlung des Diebes wird als Wegnehmen (*soustraire*) bezeichnet. Der Täter hebt den fremden Gewahrsam auf und verschafft sich die eigene Verfügungsgewalt über die Sache”.

alheia, decompondo-se, como já vimos, em dois momentos: apreensão da coisa e, a seguir, sua efetiva tirada à esfera de atividade patrimonial do proprietário (esteja, ou não, a coisa na posse direta dêste). Assim, o *summum opus* no furto está condicionado a uma efetiva lesão patrimonial, ou, seja, à perda do poder de disposição da coisa por parte do dono. Crime material que é, o furto não se pode dizer consumado com o advento de um simples *eventus periculi* ou de um dano meramente potencial. O que decide é a cessação da possibilidade prática do exercício do direito do *dominus* sobre a coisa. Suponha-se que o ladrão, em fuga e perseguido, atire de si a *res furtiva*, que vai cair em lugar inacessível à recuperação dela: o furto consumou-se, porque se efetuou a diminuição patrimonial do proprietário, nada importando que o ladrão não tenha conseguido o almejado proveito.

Há hipóteses interessantes, não infreqüentes na prática, em que, excluído incontestavelmente o reconhecimento da consumação, suscita-se dúvida sobre a existência da própria tentativa. É o caso, *in exemplis*, do indivíduo que encontra vazia a algibeira do transeunte a quem cuidava de *punguear*. Haverá, aqui, tentativa punível ou simples *crime putativo* ou *impossível*, que escapa a qualquer punição? A opinião dominante, a que adiro, é no sentido da primeira solução. Não obstante a impugnação de VANNINI, entre outros, ainda persiste a distinção carrareana entre “ausência *habitual*” e “ausência *casual* ou *transitória*” do objeto do crime. Foi meramente accidental a inexistência de dinheiro no bolso do transeunte: ou este guardava a carteira noutro bolso ou ocasionalmente não a trazia consigo. Resultou de puro *caso fortuito* o insucesso do militante propósito do agente. Perante o nosso Código, que, no seu art. 14, continua fiel à lição de CARRARA, é inelutável a solução no sentido da tentativa punível.

8. *Furto noturno*. Como um meio-térmo entre o furto simples (art. 155, *caput*) e o *furto qualificado* (§ 4.º do art. 155), o Código contempla o *furto noturno*, isto é, o furto praticado “durante o repouso noturno”. A pena é a mesma

cominada ao furto simples, mas aumentada de um terço, o que se não dá com o furto qualificado, em que a pena, além de muito mais grave do que a correspondente ao furto simples, é *autônoma*. Deve notar-se que o furto noturno, que é, *a priori*, apenado mais severamente que o furto simples, não deixa de ser furto *qualificado*; mas, considerando que se trata de um *minus* em relação às *species* a que veio a ser reservada a rubrica de “furto qualificado”, o legislador de 40 entendeu de destacá-lo como uma *tertia species*.

A majorante do “repouso noturno” nada tem a ver com a maior periculosidade do agente (a qual é critério informativo exclusivamente da *medida de segurança*, e não também da *pena* ou do *crime*), nem mesmo com a maior ou menor capacidade de delinquir revelada *in concreto*¹³ ou pelo fato criminoso considerado em si mesmo, e que apenas diz com a *medida da pena* (veja-se vol. III destes *Comentários*, ns. 1 e 2). O que o Código tem em mira, com a maior punibilidade do furto noturno, é única e exclusivamente assegurar a propriedade móvel contra a maior precariedade de vigilância e defesa durante o recolhimento das pessoas para o repouso durante a noite. Critério estritamente objetivo.

Conforme justamente ficou acentuado na Conferência dos Desembargadores (*Anais*, pág. 185), “o critério para se “aferir o repouso noturno é variável e deve obedecer aos costumes locais relativos à hora em que a população se reco-

¹³ MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., vol. 1.º, pág. 103) atribui ao Código o ter desarrazoadamente considerado *mais perigoso* o ladrão noturno que o diurno, e comenta: “Mais temíveis são os que não recelam a luz do sol para assaltar o patrimônio alheio. Menos perigosos são os ladrões que assaltam um banco durante a noite, do que os que o fazem à luz solar, como nos dão fé telegramas (só os telegramas?) e *films* (?) americanos de *gangsters*, que, com o sol a pino, conduzidos por automóveis e armados de fuzis-metralhadoras, saqueiam estabelecimentos bancários”. Sobre emprestar ao Código um critério que lhe é estranho, tal comentário confunde *furto* com *roubo*, isto é, a subtração *sub-reptícia* com a praticada à mão armada, *vi et palam*, que é uma das mais graves e alarmantes formas da criminalidade contemporânea.

“lhe, e a em que desperta para a vida cotidiana”. A expressão “durante o repouso noturno” não significa o mesmo que “durante a noite”. A *noite*, como agravante ou majorante, sempre deu margem a dúvidas, ora entendendo-se que era o tempo decorrente entre o término do crepúsculo vespertino e o comêço do crepúsculo matutino, ora que era o período em que se não distinguem pessoas e coisas senão com a luz artificial (excluídas, portanto, as noites enluaradas...). Comentando o art. 243, 7, do Cód. Penal alemão, von LISZT (de acôrdo, aliás, com a maioria dos autores germânicos) entendia que *noite* significa, não o espaço de tempo em que perdura a obscuridade, mas o período de descanso noturno, segundo o uso do lugar (“*nicht die Zeit der Dunkelheit, sondern die ortsübliche Zeit der Nachtruhe*”). É o critério chamado *psico-sociológico* (já de há muito adotado pelo Código holandês, art. 311, 3.º), em contraposição ao estritamente *físico-astronômico*. Não seguiu tal critério, porém, o *Reichsgericht* (Supremo Tribunal alemão): “Noite é o período de obscuridade, não se limitando ao tempo de repouso noturno” (“*Nachtzeit ist die Zeit der Dunkelheit, sie ist nicht auf die Zeit der nächtlichen Ruhe beschränkt*”). O nosso Código, evitando a controvérsia doutrinária e inclinando-se pelo critério *psico-sociológico*, absteve-se de empregar a palavra *noite*, substituindo-a pela expressão *repouso noturno*.

A majorante em questão não se conjuga, necessariamente, com a circunstância de ser o furto praticado em *casa habitada*. De modo contrário, entretanto, decidiu um aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo, naturalmente por influência dos comentadores do antigo Código italiano (Código de ZANARDELLI), que, expressamente (como também faz o Código alemão), exigia a simultaneidade das duas circunstâncias, para que se apresentasse, para maior punibilidade, o furto noturno. O nosso Código não distingue, sequer, se o furto noturno é praticado *intra* ou *extra muros*. Para desacreditar o aresto do Tribunal paulista (cuja crítica é exaurientemente feita por MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., págs. 155 e segs.), bastaria o argumento de que, a ser verdadeira a sua tese, não

ocorreria a majorante do § 1.º do art. 155 no caso do *abigeato*¹⁴ praticado durante as horas do repouso noturno, o que seria uma conclusão inteiramente ao arrepio da letra e do espírito do Código. O conceito de *repouso noturno* é acertadamente traçado por NORONHA: "...é o tempo em que a vida das cidades e dos campos desaparece, em que os seus habitantes se retiram, e as ruas e estradas se despovoam, facilitando essas circunstâncias a prática do crime". É, de todo, irrelevante, assim, para o reconhecimento do furto noturno, que o fato ocorra em casa habitada ou em qualquer outro lugar.

É de notar, porém, que não é reconhecível a majorante quando, não obstante o período de repouso noturno, o furto é praticado em local cujos moradores, acidentalmente, não se acham *repousados*, mas em festiva vigília, pois, em tal caso, desaparece a razão de ser da maior punibilidade.

9. *Furto privilegiado (de pequeno valor)*. Como já foi observado, o diminuto valor da coisa subtraída não exclui o furto; mas a lei não deixa de tê-lo em conta, para um temperamento da sanção penal: identifica no caso um *furtum privilegiatum*, isto é, autoriza o juiz a reconhecer no *pequeno valor*, e desde que *primário* o agente, uma atenuante especial ou minorante da penalidade cominada *quer ao furto simples, quer ao furto noturno* (abstraido o furto qualificado). Por três modos pode ser abrandada a sanção: substituição da pena de reclusão pela de detenção, redução do respectivo tempo, de um a dois terços, ou aplicação exclusiva da pena de multa

¹⁴ O Código vigente não destaca, para exasperação de pena, o abigeato (furto de gado). Nenhuma razão objetiva ou subjetiva existe, no caso, para refôrço da tutela penal contra o furto. O furto *extra muros* é até menos grave do que o *intra muros*. Nem há invocar a necessidade de maior proteção à vida agrícola, pois esta já deixou, há muito, de ser a quase exclusiva forma de atividade econômica no Brasil. Para adotar solução diversa, seria preciso que a lei penal se afeiçoasse ao ponto de vista demasiadamente unilateral e egoístico dos *pecuaristas* e *fazendeiros*, para os quais o *abigeator* é pior que o assassino...

(inconvertível em privação de liberdade e inexecutável no caso de insolvência absoluta). Tem-se indagado se, na hipótese de substituição da reclusão pela detenção, pode ainda o juiz fazer a diminuição fracionária do tempo, e a resposta deve ser afirmativa: se o juiz pode abster-se de qualquer pena privativa de liberdade, necessariamente se há de entender que lhe é facultada a redução do tempo mesmo em tal hipótese.

A *primariedade* do agente é reconhecível, *a contrario sensu* do art. 46, quando ele ainda não sofreu, em razão de outro crime, condenação anterior, transitada em julgado, no Brasil ou no estrangeiro.

Não estabelece a lei critério preciso ou objetivo para aferição do *pequeno valor* da *res furtiva*, mas como tal se deve reconhecer o valor cuja perda poderá ser facilmente suportada até mesmo por uma pessoa de escassos recursos. Quando ainda no período de *vacatio* do Código (1940-1942), foi por mim sugerido, para evitar disparidade de decisões judiciais, que se considerasse *pequeno* o valor inferior a Cr\$ 10,00, pois em tal sentido havia uma *insinuação* no próprio art. 9.º do Código, que manda *desprezar*, na fixação da pena de multa, as frações de tal quantia. Com o crescente aviltamento da moeda nacional, porém, seria, já agora, evidentemente inadequado semelhante critério. O que àquele tempo se podia adquirir com Cr\$ 10,00, custa presentemente o quíntuplo ou talvez mais. Como o *pequeno valor* não pode deixar de ser relacionado às vicissitudes da moeda corrente, segue-se que, tomado por base o algarismo por mim anteriormente preconizado, será pequeno o valor que grave em torno de Cr\$ 50,00. É claro que se não deve usar de intolerância judaica: alguns cruzeiros a mais não poderão excluir o benefício da minorante, cuja concessão é deixada ao prudente ou razoável arbítrio do juiz. O que se não pode admitir é a excessiva elasticidade que à expressão *pequeno valor* tem sido dada por certos juízes e tribunais. Argumentando-se com a gradação *ratione valoris* que, em relação ao furto, se continha no art. 330, e seus parágrafos, do Código revogado, já se tem entendido que é *pequeno valor* aquele que não atinge a Cr\$ 200,00, o

que, segundo me parece, é lançar o disco além da meta. Além de toda tolerância, porém, é ampliar o limite, como já se tem feito em sentenças de primeira instância, até Cr\$ 3.000,00 (!). Reputar pequeno o valor superior ao algarismo do salário mínimo de um operário ou dos vencimentos de um *barnabé* é positivamente empreender um vôo para fora da lei.

10. *Furto necessitado*. Desde a Idade Média, por influência do direito canônico, se reconhecia a impunibilidade do *furto famélico*, isto é, do furto praticado por quem, em estado de extrema penúria, é impellido pela fome (*coactus fame*), pela inadiável necessidade (*propter necessitatis vim*) de se alimentar. Discutiam os doutores sobre o fundamento de tal impunibilidade: ora se dizia que a necessidade excluía o dolo específico do furto, ora que fazia retornar as coisas ao primitivo estado de comunhão (*necessitas contra legem*). A Carolina expressamente isentava de pena o furto quando premido o agente pela necessidade de se alimentar a si próprio e à sua família.

Na França, ao tempo do *bon juge* MAGNAUD, o furto necessitado foi um tema rumorosamente debatido, e como o Código de NAPOLEÃO não contemplasse, como excludente de crime, o *estado de necessidade*, a isenção de pena foi admitida, em famosa decisão do Tribunal de Chateau-Thierry, porque “a fome é suscetível de privar parcialmente a todo ser humano o livre-arbítrio e reduzir nêle, em grande parte, a noção do bem e do mal”. Presentemente, o *estado de necessidade* figura nos códigos penais em geral como *discriminante*, e na sua órbita se inclui o furto famélico, o que vale dizer que este é um fato penalmente lícito.

Entre nós, o Projeto SÁ PEREIRA (última fase), inspirado no Projeto STROOS para a Suíça,¹⁵ continha, a respeito, o seguinte dispositivo (art. 186, § 3.º): “Quando objeto do furto

¹⁵ O atual Cód. Penal suíço dispõe que se a coisa é de pequeno valor e “o agente foi impellido por necessidade, o juiz pode deixar de aplicar pena” (“*Hat der Täter aus Not gehandelt, so kann der Richter von einer Bestrafung Umgang nehmen*”).

“forem coisas de pequeno valor destinadas à alimentação, não se procederá de ofício, e tal seja a situação do inculpa-do, poderá o juiz se abster de qualquer pena, ou substituí-la pela medida de segurança que as circunstâncias indicarem”. O Projeto ALCÂNTARA não facultava a exclusão de pena, nem condicionava a processabilidade à queixa do lesado, limitando-se a reconhecer no caso uma minorante idêntica à que o Código veio a conceder ao furto de *pequeno valor* em geral, quando primário o réu. Perante o Código, o furto por fome, quando razoavelmente inexigível conduta diversa do agente (estado de necessidade), não constitui crime.

11. *Furto de energia*. No campo do direito penal trava-se controvérsia, que remonta aos fins do século passado, sobre se a *energia*, em si mesma, constitui, ou não, “coisa móvel”, corpórea ou material, como objeto adequado do furto. Na Alemanha, a propósito de subtração de *energia elétrica*, o *Reichsgericht*, em famoso aresto datado de 1896, decidiu pela negativa, e, com o argumento de que a lei penal não admite aplicação analógica, declarou o fato alheio ao conceito de furto, segundo a fórmula do art. 243 do Código germânico. Tal decisão teve o apoio da maioria dos penalistas tudescos, com von LISZT à frente. É certo que OSTWALD, em substanciosa dissertação publicada na *Deutsche Juristische Zeitung*, lhe fez cerrada crítica, mas não teve eco: continuou-se a sustentar que a energia elétrica é uma utilidade especial da *matéria*, mas não propriamente uma *coisa*, com entidade material autônoma. Alarmado com a isenção penal assegurada na espécie, o legislador alemão cuidou, por lei de 9-4-1900, de incriminar como crime patrimonial autônomo a “subtração de energia elétrica” (“*Entziehung elektrischer Arbeit*”).¹⁶ O

¹⁶ Eis o texto do art. 1.º dessa lei: “*Wer eine elektrischer Anlage oder Einrichtung fremde elektrische Arbeit mittels einer Leiteres entzieht, der zur ordnungsmässigen Entnahme von Arbeit aus der Anlage oder Einrichtung nicht bestimmt ist, wird, wenn er die Handlung in der Absicht begeht, die elektrische Arbeit sich rechtswidrig zuzueignen, mit Gefängnis und mit Geldstrafe oder mit einer dieser*

mesmo critério foi adotado na Suíça, por lei de 24-6-1902, e persiste no atual Cód. Penal helvético, que ampliou o dispositivo de modo a abranger qualquer energia economicamente utilizável.¹⁷ Na França e na Itália, porém, a jurisprudência, com apoio na dominante opinião doutrinária, não duvidou que a energia é coisa móvel material e, como tal, suscetível de furto. Preocupado com a controvérsia, o Código Rocco (1930), sem tomar abertamente partido por uma ou outra das correntes de opinião, resolveu (de conformidade, aliás, com os projetos de Cód. Penal alemão de 1909 e 1911) desatar a questão com a equiparação da energia elétrica e qualquer outra de valor econômico à coisa móvel, no sentido do direito penal (*"Agli effetti della legge penale"* — diz o capoverso do art. 624 do Cód. Penal italiano — *"si considera 'cosa mobile' anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico"*). No Brasil, o Anteprojeto SÁ PEREIRA, no rumo do projeto do Código suíço, inclinava-se pela configuração de crime patrimonial *sui generis*: "Aquêle que subtrair energia a alguma instalação alheia, por meio da qual forças naturais sejam utilizadas, como, por exemplo, a uma instalação elétrica, será punido", etc. Tivemos, então, oportunidade de manifestar nossa opinião a respeito, sustentando, a propósito da energia elétrica, que esta constitui, *sub specie juris criminalis*, coisa móvel material.¹⁸ Como, porém, a fórmula

¹⁷ Assim dispõe o art. 146 do atual Código suíço: "Aquêle que indêbitamente subtrai energia a uma instalação alheia destinada à utilização de forças naturais, notadamente, a uma instalação elétrica, será punido com prisão ou multa".

¹⁸ Criticando o já citado aresto do Tribunal Imperial alemão, invocado pelos penalistas de HITLER como atestado da necessidade de suprimir-se o *nullum crimen sine praevia lege poenali*, dizíamos (em conferência realizada, em 1939, no Instituto da Ordem dos Ad-

Strafen bestraft" (isto é, "aquêle que de uma instalação ou emprêsa de eletricidade subtrai energia elétrica alheia, por meio de fios condutores, não dispostos para a regular tomada de energia, e o faz com a intenção de se apropriar illicitamente desta, será punido com prisão e multa ou com uma destas penas").

do Código italiano suprime a controvérsia, reconhecendo à energia, ainda que por *fictio juris*, o caráter de coisa móvel suscetível de furto, sem necessidade de criação de uma especial figura de crime patrimonial, não regateei, como membro da Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA MACHADO, em prestar-lhe minha modesta adesão, a fim de ser trasladada para a nossa lei penal.

Tirante a frase "*agli effetti della legge penale*", constante do art. 624 do Código italiano, é tradução dêste o § 3.º do art. 155 do Código pátrio: "Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico".

Várias são as *energias* que, além da eletricidade, têm valor econômico ou reduzível a dinheiro: a radioatividade, a energia genética dos reprodutores, as energias térmicas, so-

vogados): "...não se trata apenas de uma decisão que ficara sem eco fora da jurisprudência ou doutrina de tipo alemão, mas, também, inquestionavelmente, errônea. Já o demonstrara à sociedade OSTWALD, em artigo publicado em 1897, na *Deutsche Juristische Zeitung*. Uma coisa é matéria, sob o ponto de vista jurídico, quando tem um valor e é suscetível de apropriação. A energia elétrica é uma coisa; não se cria do nada: pressupõe outra energia; por isso, tem um valor e é uma coisa móvel. Segundo justamente observa GIURIATI, "quando a lei diz *coisa*, quer dizer *matéria*, e se se pode, filosoficamente, discutir acerca da existência da alma, não se pode negar a materialidade de uma coisa que a gente é capaz de *produzir*, de *transportar*, de *empregar*. Nem se diga que para um físico é axiomática a antítese entre *eléctron* (energia) e *íon* (matéria), porque, se ao mesmo físico perguntarmos se a energia é uma entidade *espiritual* ou *material*, terá êle, inevitavelmente, de responder que é uma entidade material. Matéria e energia de tal modo se aglutinam, que nenhum dos termos, aparentemente antitéticos, pode existir sem o outro. A eletricidade procede da matéria e contribui para sua formação". Da mesma opinião é outro ilustre autor italiano, FRASSATI: "Toda coisa que pode separar-se do mundo externo onde se produz, sem perder suas características, é corporal. A eletricidade pertence à natureza irracional, satisfaz necessidade e é apta para lograr fins humanos; pode-se dispor dela pela vontade de um indivíduo, com exclusão de outros, e existe no mundo exterior. Se nela se dão todas estas particularidades, vive materialmente e é coisa móvel, no sentido do direito penal".

noras, cinéticas, etc. É claro que somente podem ser suscetíveis de subtração ou captação as que são separáveis das substâncias de que procedem, pois só então se tornam apresáveis e assenhoreáveis. Assim, a *energia intelectual*, não obstante o seu valor econômico, não é passível de furto, porque indetachável do cérebro humano. Se vem a manifestar-se e fixar-se externamente, por exemplo, num *manuscrito*, este é que pode ser objeto de furto.

Não se deve inferir da equiparação da energia à coisa móvel, em dispositivo colocado sob a rubrica do *furto*, que sua subtração ou captação, seja qual for a sua forma, constituirá sempre o dito crime. Tome-se, por exemplo, a captação arbitrária de eletricidade. Há que distinguir várias hipóteses: a) captação da energia antes da passagem desta pelo aparelho-medidor (aplicação abusiva de fios derivativos sobre o fio condutor instalado pela empresa de eletricidade); b) desarranjo do aparelho-medidor, com rompimento do respectivo selo de chumbo ou de qualquer de suas peças, para que não seja registrado, total ou parcialmente, o consumo da energia; c) aplicação de qualquer dispositivo para que o relógio-medidor não funcione, apesar da passagem da energia, ou funcione irregularmente, em prejuízo da empresa; d) fazer retroceder o ponteiro do medidor, para diminuir o *quantum* já assinalado; e) acréscimo de lâmpadas ou da potência destas, no caso de fornecimento *à forfait*, para obtenção de energia em quantidade superior à que o agente tem direito. Nas hipóteses *sub a* e *e*, tem-se furto simples (art. 155, *caput*); na hipótese *sub b*, furto qualificado pela violência (art. 155, 4.º, I); na hipótese *sub c*, furto qualificado pela fraude (art. 155, 4.º, II); na hipótese *sub d*, finalmente, estelionato (art. 171).¹⁹

12. *Furto qualificado*. Notadamente quanto ao modo de execução, o furto pode revestir-se de circunstâncias que

¹⁹ MANZINI (ob. cit., págs. 17-18), depois de afirmar que “para subtrair uma energia é sempre necessário algum artifício material, idôneo a desviá-la ou a captá-la”, e que tal artifício, considerado em

lhe imprimem um cunho de maior gravidade, por isso que traduzem um especial *quid pluris* no sentido de frustrar a vigilante defesa privada da propriedade. Tais circunstâncias, taxativamente enumeradas pela lei, entram, então, a funcionar como "condição de maior punibilidade" (*agravantes especiais, majorantes, qualificativas*), e o furto se diz *qualificado* (art. 155, § 4.^o). Estranhas ao conceito básico do furto, tornam-se *elementares* de particular modalidade dêste, a que a lei entendeu mesmo de cominar pena autônoma, bem mais severa que a do tipo fundamental, isto é, do chamado *furto simples*. Por outras palavras: segundo o critério geral, não poderiam passar de *accidentalia* do furto, mas a lei, destacando, no caso, para apriorístico rigor de punição, uma *species* do *genus* "furto", considera-as, *ipso facto, essentialia* em relação a esta. Basta uma só dentre elas para *qualificar* o furto, mas o concurso de duas ou mais, se não altera a pena cominada *in abstracto*, pode e deve ser tomado em conta para a medida da pena *in concreto*, isto é, qualquer delas funcionará para a fixação da pena-base, enquanto as outras servirão para o cálculo da pena definitiva, como se fôsem *agravantes legais comuns* ou *agravantes judiciais* (art. 42 do Código Penal).

A exceção de *abuso de confiança*, que pressupõe particular relação *pessoal* do agente em face do sujeito passivo, as demais qualificativas do furto são estritamente objetivas; tôdas, porém, no caso de co-autoria, são *comunicáveis*, de acôrde com a regra do art. 26.

Analisemos cada qual de per si.

si mesmo, pode constituir *violência à coisa* ou *meio fraudulento* (qualificativas do furto), pondera que, como qualquer circunstância *agravante* deve consistir num fato que não seja absolutamente necessário para a execução do crime (pois, de outro modo, seria elemento constitutivo dêste), somente se devem reconhecer as ditas qualificativas no crime de furto de energia quando o artifício usado represente um *quid pluris* em relação à atividade indispensável para subtrair a energia, o que será apreciado, de caso em caso, pelo juiz. É o critério que nos parece acertado.

13. *Destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.* Corrigindo desarrazoado critério do Código de 1890, que se inspirara no Código de 1830 e no direito ibérico, o Código atual já não equipara a violência sobre a coisa à violência contra a pessoa, para substituir o título de furto pelo de roubo. A violência sobre a coisa *qualifica* o furto, mas sem mudança do *nomen juris*: o fato não extravasa do capítulo especialmente consagrado ao furto. A violência contra a pessoa, superando em gravidade todas as demais circunstâncias qualificativas do furto, foi a razão histórica para que se reconhecesse, na hipótese, uma figura criminal sob o título autônomo de *roubo*. É certo que o direito francês (divergindo do direito alemão) não cuidou dessa *diferenciação*, incluindo uma e outra das formas de violência na conceituação de *vol aggravé* (o furto mediante violência pessoal não assume título autônomo, figurando ao lado do furto “*à l’aide d’effraction*” na casuística do furto agravado). O sistema francês, porém, é lógico: desde que não distingue entre furto agravado pela violência à pessoa e furto agravado pela violência à coisa, não havia criar um *nomen juris* autônomo. O que não se compreende é admitir a equiparação e reunir as duas modalidades sob o título de *roubo*, desde que a autonomia dêste só é explicável ou justificável, sob o ponto de vista histórico ou sob o ponto de vista político-criminal, quando se considere a violência pessoal mais grave do que a violência à coisa, limitando-se àquela a noção do roubo como entidade criminal independente do furto.

O § 4.º, n.º I, do art. 155 considera qualificado o furto cometido “com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa”. As palavras “à subtração da coisa” podem ser substituídas por estas: “à sua execução”. Cumpre que a destruição ou rompimento do obstáculo ocorra em qualquer dos momentos da fase executiva do crime. O que vale dizer: para possibilitar ou facilitar tanto a *apreensão*, quanto a efetiva transferência da *res furtiva* ao poder de livre e tranqüila disposição dela por parte do agente. Enquanto o furto não está consumado, ou ainda se ache em fase de execução,

a violência contra o obstáculo é qualificativa. Assim o ladrão que, penetrando sem violência numa casa comercial e, já apreendida a *res*, tem de arrombar, para poder sair, a porta de aço intercorrentemente fechada, comete furto qualificado.²⁰ Por outro lado, não se apresenta este, por exemplo, no caso do indivíduo que, empolgada uma *valise* fechada a chave, e quando já a tem na sua livre detenção, emprega violência para abri-la e retirar o respectivo conteúdo (pois consumado o furto do *continente*, necessariamente se há de entender consumado o furto do *conteúdo*). Entende MAGALHÃES NORONHA que a violência à coisa só é qualificativa quando *anterior* ou *contemporânea* à apreensão, pois somente a esta se refere o vocábulo *subtração*, empregado no inc. I do § 4.º do art. 155. Não é exato. Se *subtração*, no sentido em que figura no *caput* do artigo, abrange a apreensão, remoção e livre detenção da coisa pelo agente, não pode, no referido inciso, ter a acepção restrita que lhe atribui NORONHA, isto é, de simples *apreensão*. Nem há lóbrigar-se redundância no texto do inciso. O *nomen juris* do crime é *furto*, e não *subtração*, representando esta, na sua progressiva materialidade, o conteúdo de fato ou processo executivo do crime. Assim, não há pleonismo algum com o dizer-se que o *furto* é qualificado quando cometido com destruição ou rompimento de obstáculo à *subtração* da coisa (isto é, ao seu *processo de execução*).

O obstáculo deve corresponder, exclusivamente ou não, ao fim de proteger a propriedade; e para vencer-lhe a resis-

²⁰ GARRAUD (*Traité*, t. 6.º, pág. 212): "*L'effraction n'est incriminée que comme moyen d'exécuter un vol: cette circonstance doit être, par conséquent, antérieure ou concomitante à la consommation du délit. C'est un point certain. Mais on a voulu en conclure que l'effraction commise pour sortir de la maison habitée, après l'enlèvement de l'objet volé, ne pouvait être considérée comme une circonstance aggravante de la soustraction. Cette opinion serait exacte si le vol était consommé par la mainmise du voleur sur la chose qu'il veut soustraire et son élèvement de l'endroit où cette chose a été placée. Mais nous avons soutenu... que le vol n'était consommé que par le déplacement*".

tência o recurso do agente deve ser o emprêgo de violência para *destruí-lo* ou *rompê-lo*. *Destruir* é subverter ou desfazer totalmente o obstáculo (derribar uma parede, despedaçar uma porta), enquanto *romper* é *abrir brecha*, é arrombar (com ou sem ofensa à substância da coisa), arrebentar, cortar, serrar, perfurar, deslocar, forçar, de qualquer modo, o obstáculo para vencer-lhe a resistência e possibilitar ou facilitar a execução do crime. Ao emprêgo de força se equipara o emprêgo de meios químicos corrosivos.

Nem sempre é preciso que o agente passe de corpo inteiro ao local onde se encontra a coisa procurada, bastando, para atingi-la e retirá-la, introduzir pela *abertura forçada* a própria mão ou algum instrumento adequado.

Não é obstáculo, no sentido legal, a resistência inerente à coisa em si mesma. Assim, não é furto qualificado a subtração da árvore *serrada* pelo próprio agente, ou da porção de pano por êle *cortada* à respectiva peça, ou do pedaço de chumbo que violentamente destaca de um encanamento. É indeclinável que haja violência exercida contra um obstáculo exterior à coisa. No caso, por exemplo, de uma coisa anexa a outra (para o fim de sua própria utilização), mas de modo a permitir o desligamento sem emprêgo de violência, a sua subtração, mediante tal expediente, não é furto qualificado. Igualmente, o simples *desparafusamento*, por exemplo, do farolete de um automóvel, para o fim da subtração, não realiza a qualificativa em questão.²¹ Os obstáculos podem ser *externos* ou *internos*, *ativos* (*offendicula*, fios elétricos de uma campainha de alarma e, em geral, dispositivos automáticos

²¹ Referindo-se a um acórdão do Tribunal de São Paulo, que não identificou furto violento no "fato de o agente haver-se apoderado de uma buzina e um dinamo fixados num automóvel, usando "para isso chaves apropriadas, com as quais retirou as porcas e os "parafusos", justamente observa MAGALHÃES NORONHA: "Entre os *consideranda* daquele aresto lê-se que, a haver roubo na espécie, "importaria apenar mais gravemente o réu do que se furtasse o automóvel. Conquanto impressione o argumento, não o julgamos decisivo, pelo único fato de que a lei, na violência, não toma em consideração o maior ou menor dano à vítima, a maior ou menor lo-

de segurança), ou *passivos* (muros, paredes, vidraças, portas, grades, rêdes ou telas metálicas, aparelhos *antifurto* de automóveis, selos de chumbo, etc., etc.).

14. *Abuso de confiança.* No antigo Código, o *abuso de confiança* era agravante genérica (art. 39, § 6.º), mas o Código atual, além de o contemplar (implicitamente) entre as agravantes comuns (art. 44, II, letras *g* e *h*), entendeu de, em matéria de furto, dar-lhe o relêvo de *qualificativa*. Consiste na traição, por parte do agente, da confiança que, resultante de certas relações intercedentes entre êle e o proprietário, faz com que a coisa (objeto do furto) tenha sido deixada ou ficasse exposta ao seu fácil alcance. O caso típico é o do chamado *famulato* (próprio ou impróprio): o empregado doméstico ou qualquer outro locador de serviço (permanente ou accidental) subtrai objeto existente no local do trabalho. Também comete furto com abuso de confiança o agente que se vale da relação de hospitalidade ou coabitação.

Cumprido que a confiança seja *necessária* ou *quase-necessária*, não se podendo ter em conta (para reconhecimento da qualificativa) a que é captada ardilosamente, pois, então, o que se apresenta é o furto qualificado pela *fraude*.

Como já ficou acentuado (n.º 12), trata-se de circunstância *pessoal*, mas que, por ser *elementar* na modalidade do § 4.º do art. 155, é *comunicável*, se há co-autoria (art. 26).

Não há confundir o furto qualificado pela circunstância em questão e a *apropriação indébita* (que pressupõe, de regra, abuso de confiança): nesta, o agente exerce desviada posse de fato sobre a coisa, que lhe fôra voluntariamente entregue ou cujo recebimento lhe tenha sido autorizado por parte do *dominus*, para determinado fim; enquanto, naquele, o agente tem *contato* com a coisa, mas não a posse dela, que

"cupletação do agente. Ela tem em vista, aqui, o meio usado por "êle; é a ação física, revelando, em regra, uma gravidade jurídica "maior do furto. Exata, para nós, é a outra razão exposta pelo "acórdão, de que a operação foi tão simples, como seria a de quem "desafivelasse as corréas de certas malas ou desabotoasse o bolso "de um transeunte, não tendo, assim, havido violência".

continua na plena esfera de posse material e vigilância do proprietário. Assim, o caixeiro-viajante que se apropria de dinheiros recebidos da clientela do patrão, comete *apropriação indébita*; mas o caixeiro *sedentário* que, iludindo a vigilância do patrão, subtrai mercadoria das prateleiras, ou dinheiro da caixa registradora ou recebido no balcão, comete *furto qualificado*.

15. *Fraude*. É o emprêgo de meios ardilosos ou insidiosos para burlar a vigilância do lesado. Não se identifica com a fraude característica do *estelionato*, isto é, com a fraude destinada, não a iludir a vigilante oposição do proprietário, mas a captar-lhe o consentimento, viciado pelo erro a que é induzido. Caso típico de furto fraudulento é o descrito por GRACILIANO RAMOS nas suas *Memórias do cárcere*: o ladrão remove com uma pinça ou estilete a chave deixada internamente na fechadura, fazendo-a cair sobre um papel estirado por debaixo da porta e trazendo-a, a seguir, com o papel, para com ela abrir a porta. Deve notar-se que o emprêgo da *chave verdadeira*, previamente subtraída pelo agente ou por este *achada*, é meio fraudulento, alheando-se à qualificativa do § 4.º, III. Outro exemplo de característico furto fraudulento é o do indivíduo que finge, digamos, de funcionário da Saúde Pública, para ter livre acesso à casa onde vem a praticar o furto. Meio fraudulento é, também, qualquer ardil no sentido de provocar a ausência momentânea do *dominus* ou distrair-lhe a atenção, para mais fácil perpetração do furto.

16. *Escalada*. É o ingresso em edifício ou recinto fechado, ou saída dele, por vias não destinadas normalmente ao trânsito de pessoas, servindo-se o agente de meios artificiais (não-violentos) ou de sua própria agilidade. Tanto é escalada o galgar uma altura, quanto saltar um desvão (exemplo: um fôss), ou passar por via subterrânea não-transitável ordinariamente (ex.: um túnel de esgoto). Se a *passagem* subterrânea é escavada adrede, o que se tem a reconhecer é o emprêgo de meio *fraudulento*.

A dificuldade de entrada ou saída pelo trajeto anormal deve ser tal que exija, para superá-la, o uso de meio *instrumental* ou de uma destreza ou esforço incomuns. Assim, se para galgar uma janela ou um muro não foi preciso mais que uma simples *enjambée*, não se pode falar em escalada. Os meios artificiais para esta (existentes no próprio local ou levados pelo agente) são todos os meios materiais que possibilitem, sem violência, a superação do obstáculo: escada, cordas, fios metálicos, andaimes, tábuas empregadas como passagem, caixotes, etc. As vêzes, tal seja a habilidade do ladrão, nem mesmo lhe será preciso munir-se alhures de meio artificial, servindo-se, por exemplo, do fio do pára-raio ou das próprias saliências da fachada do prédio, para alçar-se a uma janela ou sacada. Cumpre que o obstáculo seja *contínuo*, de modo a não oferecer brecha sem o recurso à escalada. Assim, se o muro galgado apresenta rombos que permitam a passagem de pessoas ou não rodeia todo o prédio, não existirá a qualificativa (não passando a circunstância de mero capricho ou inadvertência do agente).

A tentativa de furto qualificado pela escalada não pode ser reconhecida sem que esta já tenha sido, pelo menos, iniciada: a simples colocação dos meios artificiais, sem começo de efetiva utilização deles pelo agente, não representa mais que *ato preparatório*.

17. *Destreza*. Furto com destreza é a subtração de coisa que o *dominus* traz consigo (em lugar público ou privado), mas realizada com tal habilidade que não é por êle percebida. É o que, na gíria dos malvidentes, se chama *punga*. Não deve ser confundida com o *arrebato* de inópino, pois em tal caso não há destreza, mas *audácia*, podendo apresentar-se, ou o furto qualificado pela violência (se há *vis in rem furatam*, como, por exemplo, se, para o arrebato de uma bolsa, teve de ser rompida a respectiva alça), ou roubo (se há *vis in personam*, isto é, se resulta algum dano à integridade física do lesado: ao ser arrancado o anel, é ferido o dedo a que estava ajustado), ou furto simples (se não ocorre qualquer das referidas circunstâncias).

Há casos em que o furto tanto pode ser qualificado pela destreza como pela violência, como quando, por exemplo, o agente, com a sua especial habilidade, sem que o perceba o lesado, *corta* com uma gilete o pano do bolso em que este traz a carteira, que, assim, vai cair *suavemente* nas mãos daquele.

A destreza pressupõe, *per definitionem*, uma atividade dissimulada. Se o ladrão age abertamente, embora com invulgar ligeireza, não ocorre a majorante (pois não fica totalmente frustrada a possibilidade de defesa do lesado). Não importa que o ladrão empregue os próprios dedos ou algum dispositivo idôneo (pinça, fio de arame, etc.). Entendem alguns autores que se o ladrão é surpreendido pela vítima ou por terceiro no momento executivo do furto, não há destreza, porque, ao invés desta, o que se tem a reconhecer é a *inabilidade*. É preciso, porém, distinguir se a inabilidade é por demais grosseira ou *absoluta*, ou se é apenas accidental ou *relativa* (questão de fato a ser apreciada pelo juiz, de caso em caso), pois, nesta última hipótese, não fica excluída a qualificativa. Se a vítima vem a dar imediatamente pela falta da coisa, antes que se afaste o *punguista*, que é suspeitado e prêso, haverá simples tentativa de furto qualificado.

Não é de se reconhecer a qualificativa no caso de furto praticado contra o *dormiens*, ainda que com a suficiente *ma-cieza* para não despertá-lo, pois, então, não é reconhecível a *particular habilidade*, o *passé de mágica* que caracteriza a destreza.

18. *Chave falsa*. No sentido da lei penal, *chave falsa* é todo instrumento, com ou sem forma de chave, de que se utilize o ladrão para fazer funcionar, em lugar da *chave verdadeira* (isto é, usada por quem de direito), o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo, possibilitando ou facilitando, assim, a execução do furto. Compreende: a) a chave imitada da verdadeira; b) a chave diversa da verdadeira, mas alterada de modo a poder abrir a fechadura; c) a *gazua*, isto é, qualquer dispositivo (gancho, grampo, chave de feitiço

especial) usualmente empregado pelos gatunos, para abertura de tal ou qual espécie de fechadura ou de fechaduras em geral.

Não é reconhecível a qualificativa quando a chave empregada é a *verdadeira*, previamente subtraída ao *dominus* ou que, perdida por este, tenha sido achada pelo gatuno: em tal caso, porém, não deixa de ser qualificado o furto, porque cometido *fraudulentamente*.

Para identificação da tentativa de furto qualificado, na modalidade de que se trata, é necessário, pelo menos, que o agente já esteja a introduzir a chave falsa na fechadura. A simples posse de chave falsa, por mais suspeita que seja a atitude em que tenha sido surpreendido o possuidor, poderá constituir contravenção (art. 25 da Lei das Contravenções Penais), e não *tentativa* ou *fase executiva* de furto.

19. Concurso de agentes. A última das qualificativas enumeradas pela lei é a de ser o furto cometido "mediante o concurso de duas ou mais pessoas". Trata-se de hipótese de *crime acidentalmente coletivo*. Para o reconhecimento da majorante, tem-se de atender às regras sobre a *participação criminosa*, mas com as seguintes alterações: a) é necessária a presença *in loco* dos concorrentes, ou, seja, a cooperação deles na fase *executiva* do crime; b) não basta a adesão voluntária, mas *ignorada*, do concorrente (é indispensável que haja uma consciente *combinação* de vontades na ação conjunta). Para o cômputo do número mínimo de concorrentes (dois), não importa que um deles seja irresponsável (imbecil capaz de vida pragmática, menor de 18 anos) ou não-punível (artigos 18 e 181). Aplica-se, assim, o mesmo critério objetivo para o reconhecimento do *concursum delinquentium* em geral, isto é, a questão de responsabilidade ou punibilidade é distinta da do concurso: existe este ainda quando um só dos concorrentes seja responsável ou punível. É também indiferente que, em se tratando de dois concorrentes apenas, um deles não tenha podido ser identificado, escapando ao ulterior processo penal. O reconhecimento da qualificativa em questão

é compossível com o das agravantes genéricas do art. 45, I, II e III. No caso dêste último inciso, o partícipe *responsável* ou *punível*, se o outro fôr menor de 18 anos, responderá também, em concurso formal, pelo crime definido no art. 1.º da lei n.º 2.252, de 1-7-1954 (que, inteiramente à margem da disciplina do *concursum delinquentium*, veio a considerar crime *sui generis* o fato de “corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la”).

Se há *ajuste prévio*, mas o furto não chega, sequer, a ser tentado, não há crime algum, aplicando-se o art. 27.

20. *Furto de coisa comum*. Diversamente do antigo Código, o atual (art. 156) não identifica a subtração da *res communis* à subtração da *res aliena*, isto é, ao furto comum. A exemplo do Código italiano (art. 627), reconhece no caso um furto de natureza especial, com título autônomo (“furto de coisa comum”) e penalidade própria, sensivelmente menos rigorosa, em cotejo com a do furto no seu tipo fundamental: a pena privativa de liberdade passa a ser simples *detenção*, de seis meses a dois anos, e em *alternatividade* com a de simples multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00, ficando ao arbítrio do juiz, em face das circunstâncias, aplicar uma ou outra (art. 42, I). É manifesta a menor gravidade da subtração da coisa de que o agente é *comunheiro*, comparada com a subtração da coisa *totalmente* alheia. Na *communio pro indiviso* da propriedade de uma coisa, cada comunheiro dispõe de uma cota ideal *in toto et in qualibet parte*, e, assim, se um deles subtrai a coisa, não está subtraindo coisa *alheia*, mas, ao mesmo tempo, *alheia e própria*, em cada uma de suas partículas.

Trata-se, na espécie, de crime *próprio*, isto é, que pressupõe no agente uma particular qualidade ou condição (embora tal qualidade ou condição, como *circunstância elementar*, seja *comunicável*, de acordo com o art. 26, aos co-partícipes). O texto legal menciona como sujeito ativo do crime o *condômino*, o *co-herdeiro* ou o *sócio*. Sabe-se que a comu-

nhão da propriedade ou co-propriedade pode resultar, ou da aquisição da mesma coisa por duas ou mais pessoas (co-compradores, co-donatários, co-ocupantes, co-usucapientes), ou de sucessão hereditária (co-herdeiros, co-legatários), ou do contrato de sociedade (incluída a parceria agrícola ou pecuária), ou do casamento. Desta última hipótese, porém, não cuida o art. 156, pois a subtração praticada por um dos cônjuges em prejuízo do outro, na constância do casamento, seja qual fôr o regime de bens, está isenta de pena (artigo 181, I).

MANZINI (ob. cit., pág. 105) entende (seguido entre nós por MAGALHÃES NORONHA) que, em se tratando de *sociedade com personalidade jurídica*, o sócio que subtrai alguma coisa ao patrimônio social comete furto comum, pois tal patrimônio é da *pessoa jurídica* da sociedade, e não de seus membros em conjunto ou *pro indiviso*. Ora, o direito penal, essencialmente *realístico*, é infenso às *ficções* ou *abstrações* do direito civil ou comercial. Na realidade prática, não obstante o princípio de que *societas distat a singulis*, o patrimônio que serve ao fim social é *condomínio* ou *propriedade comum* dos sócios. E isto mesmo reconhece o nosso próprio Cód. Civil (artigo 1.373). O art. 156 (reprodução do art. 627 do Cód. Penal italiano) não distingue entre sócio e sócio. É inquestionável que, se quisesse fazer distinção, teria acrescentado à palavra *sócio* a cláusula “salvo em se tratando de sociedade com personalidade jurídica”. Não fez, nem podia fazer tal distinção, pois, de outro modo, estaria infringindo o “*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*”.

Nada têm a ver com o *furto de coisa comum* as *qualificativas* do furto comum: a ocorrência de qualquer delas não exclui aquêle, nem o agrava especialmente. Cumpre notar, porém, que se há emprêgo de violência à pessoa, o crime passa a ser o de *roubo*, sem qualquer especial atenuação da pena.

É claro que, para configurar-se o furto de coisa comum, é necessário que esta se encontre na legítima detenção de outrem (de outro condômino, co-herdeiro ou sócio, ou de terceiro): se estava sendo legitimamente detida pelo próprio

agente, a disposição que êste faça da coisa, como dono exclusivo, constitui *apropriação indébita*, e não furto.

É preciso distinguir entre coisa comum *infungível* e coisa comum *fungível*, isto é, insubstituível, ou não, por outra da “mesma espécie, qualidade e quantidade” (art. 50 do Código Civil): se a coisa é fungível e o *quantum* subtraído não excede a cota a que tem direito o agente no todo homogêneo, o fato deixa de ser punível (§ 2.º do art. 156), embora persista como objetivamente antijurídico, tanto assim que não desaparece como *ilícito civil*. A lei considera a co-propriedade do agente em relação à coisa fungível individuada em maior porção, sem indagar se esta faz, ou não, parte de um *acervo* patrimonial comum, e pressupõe que a subtração é feita de parte do todo homogêneo, em correspondência com a cota que caberia realmente ao agente ou a que êste tem direito. A entender-se de outro modo, qualquer comunheiro poderia impunemente tirar para si *todos* os bens fungíveis da *universitas* comum, desde que coubessem no seu quinhão total, proporcionando-se, arbitrariamente, o que talvez houvesse de melhor nessa *universitas*. Em lógica pura, pode não ser justificável a distinção, para diverso tratamento penal, entre a subtração da coisa comum infungível e a da porção da coisa comum fungível (pois a comunhão é essencialmente a mesma num e noutro caso), mas há que atender ao seguinte: na segunda hipótese, pode dizer-se que o agente, tirando, de coisa eminentemente *divisível*, porção equivalente à cota a que tem direito, está tirando, praticamente, aquilo que é seu, não ocorrendo dano relevante ou não se apresentando a gravidade que informa o ilícito penal patrimonial; enquanto que, na segunda hipótese, há subtração de coisa que, dada a sua *indivisibilidade* (sob pena de fazê-la desaparecer na sua individualidade), somente pode ser subtraída *por inteiro*, ficando cada qual dos demais comunheiros privado de se aquinhoar com ela, separadamente ou em comum, na futura partilha.

Se no juízo penal vem a ser suscitada controvérsia sobre o exato *quantum* da cota do agente, cumpre distinguir:

se ainda não existe ação civil em torno do caso, o juiz penal decidirá, éle próprio, a questão; caso contrário, poderá aguardar a decisão cível, na conformidade do art. 93, e seu § 1.º, do Cód. de Proc. Penal. ²² Se versar, no entanto, sobre o próprio direito a qualquer cota por parte do agente, como no caso de lhe ser contestada a qualidade de *co-herdeiro*, a controvérsia só no juízo cível poderá ser decidida (art. 92 do Código de Proc. Penal).

Conforme dispõe o § 1.º do art. 156, a ação penal, no caso, depende de *representação* (esta é condição de processabilidade, ou seja, da iniciativa do Ministério Público).

CAPÍTULO II

DO ROUBO E DA EXTORSÃO

Roubo

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena — reclusão, de quatro a dez anos, e multa, de Cr\$ 3.000,00 a Cr\$ 15.000,00.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de asse-

²² “Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior (isto é, sobre o *estado civil* das pessoas), da competência do juízo cível, e se nesta houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente... O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa”.

gurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2.º *A pena aumenta-se de um terço até metade:*

I — se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II — se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III — se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

§ 3.º *Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de cinco a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de quinze a trinta anos, sem prejuízo da multa.*

Extorsão

Art. 158. *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:*

Pena — reclusão, de quatro a dez anos, e multa, de Cr\$ 3.000,00 a Cr\$ 15.000,00.

§ 1.º *Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.*

§ 2.º *Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3.º do artigo anterior.*

Extorsão mediante se- questro

Art. 159. *Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:*

Pena — reclusão, de seis a quinze anos, e multa, de Cr\$ 5.000,00 a Cr\$ 15.000,00.

§ 1.º *Se o seqüestro dura mais de vinte e quatro horas, se o seqüestrado é menor de de-*

zoito anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha:

Pena — reclusão, de oito a vinte anos, e multa, de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 20.000,00.

§ 2.º *Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:*

Pena — reclusão, de doze a vinte e quatro anos, e multa, de Cr\$ 15.000,00 a Cr\$ 30.000,00.

§ 3.º *Se resulta a morte:*

Pena — reclusão, de vinte a trinta anos, e multa, de Cr\$ 20.000,00 a Cr\$ 50.000,00.

Extorsão
indireta

Art. 160. Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro:

Pena — reclusão, de um a três anos, e multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

DIREITO COMPARADO. *Códigos: italiano, arts. 628 a 630; suíço, arts. 139 e 156; francês, arts. 382 e 400; português, arts. 432 a 438 e 440; belga, arts. 468 a 475; alemão, arts. 249 a 256; espanhol, arts. 500 a 510; iugoslavo, arts. 251, 255, 257, 258 e 259; holandês, arts. 312, 317 e 318; polonês, arts. 258, 259 e 261; dinamarquês, arts. 288, 281 e 286; japonês, arts. 236 a 240 e 249; russo, arts. 167 e 174; indiano, arts. 357, 382, 390 a 394, 397, 369 e 383 a 389; uruguaio, arts. 344 a 346; argentino, arts. 164 a 171; venezuelano, arts. 457 a 463; boliviano, arts. 604 a 619; colombiano, arts. 402 a 407 e 293; cubano, arts. 516 a 528, 552 e 553; costarricense, arts. 269 a 272 e 277 a 280; salvadoriano, arts. 456 a 467; chileno, arts. 432 a 445; equatoriano, arts. 526 a 529 e 534 e 536; guatemalteco, arts. 387 a 400; haitiano, arts. 326 a 331; mexicano, arts. 372 a 374 e 366; hondurense, arts. 498 a 511; nicaraguense arts. 468 a 474; panamenho, arts. 353 a 358; paraguaio, arts. 389 a 395 peruano, arts. 239 a 242; pôrto-riquense, arts. 238, 239 e 456 a 465.*

BIBLIOGRAFIA. A mesma citada a propósito do furto e mais JANNITI DI GUYANGA, in *Digesto Italiano*, verb. "Rapina", vol. XX DURANTE, *idem*, vol. X, verb. "Estorsione"; CRESPOLANI, in *Enciclopedia Giur. Ital.*, verb. "Rapina"; PALOPOLI, in *Nuovo Digesto Italiano* verbs. "Rapina" e "Estorsione"; SORTI, *Sul momento consumativo della estorsione*, in *Riv. di dir. penale*, 1933; FABIANI, *Estorsione ten*

tata e estorsione consumata, idem, 1931; MELLOR (A.), Le chantage dans les mœurs modernes et devant la loi, 1937; GUIDO (G.), in Enciclopedia Giur. Ital., vol. V, verb. "Estorsione"; HERTLI, Der Tatbestand des Raubes (Os elementos do roubo), 1937; KÜHNE, Der tatbestand der Erpressung (Os elementos da extorsão), 1906; ENGELHARD, Das Chantage-Problem in gelt. und künft. deutschen Strafrecht, in Strafrechtliche Abhandlungen, fasc. 151; WOLF (J.), Die Idealkonkurrenz zwischen Mord und Raub mit Todesfolge (O Concurso Ideal entre Homicídio e Latrocínio), idem, pág. 262; CECCHI, Tentativa di estorsione, in Rivista Penale, 1934; KENNY, Outlines of criminal law, 1936; MILLER, Handbook of criminal law, 1934.

COMENTARIO

DO ROUBO

21. *Conceito e elementos.* Embora com título próprio e pena autônoma, o roubo não é mais que o furto *qualificado* pelo emprêgo de violência, física ou moral, contra a pessoa, ou de qualquer outro meio para reduzi-la à incapacidade de resistência (art. 157). A extrema gravidade do furto acompanhado de ofensa ou ataque à pessoa é que levou a contemplar-se, no caso, para especial rigor da punição, uma figura criminal independente, ao invés de uma simples *species* do *genus* "furto". A parte o meio violento ou impeditivo da resistência da vítima, coincide o roubo com o furto, pois é, também, subtração de coisa alheia móvel, com o fim de tê-la o agente para si ou para outrem, sendo desnecessário, assim, repetir-se, aqui, o que já dissemos, a tal respeito, quando tratamos do furto.

Violência física à pessoa (vis in personam) é a *vis corpore illata*, o emprêgo de força sobre o corpo da vítima. Em face do nosso Código (pelo cotejo entre o *caput* e o § 3.º do art. 157), para integrar o roubo, no seu tipo fundamental, é necessário e suficiente que ocorra lesão corporal de natureza leve, ou qualquer *via de fato* (tolher os movimentos da vítima, amarrá-la, amordaçá-la, encerrá-la), isto é, violência física sem dano à integridade corporal. Se ocorre lesão corporal grave ou morte (*latrocínio*), o roubo passa a ser *qualificado*, com exasperada pena autônoma (§ 3.º do art. 157).

Violência moral (vis compulsiva) é a *vis animo illata*, devendo concretizar-se, segundo o texto legal, em *grave ameaça*, isto é, ameaça tendente a criar no espírito da vítima o fundado receio de iminente e grave mal, físico ou moral, injusto ou não,¹ à sua pessoa, ou a pessoa que lhe seja particularmente cara, tornando-se idônea, pelo menos no caso concreto, a paralisar a reação contra o agente. A eficácia virtual da ameaça deve ser aferida tendo-se em conta a psicologia média dos indivíduos da mesma condição do sujeito passivo (MANZINI). Por isso, não se pode excluir *a priori* a idoneidade da ameaça ainda quando represente a promessa de certos *males fantásticos* (p. ex., os relacionados com práticas de magia negra ou feitiçaria), pois há pessoas, imbuídas de credences, que se deixam impressionar até o terror com semelhante espécie de ameaça.

A violência física ou moral se entende dirigida contra o detentor da coisa (seja ou não o proprietário) ou terceiro que arroste o ladrão. O sujeito passivo da violência pode ser diverso do sujeito passivo da lesão patrimonial.

Aos meios violentos é equiparado todo aquêle pelo qual o agente, embora sem emprêgo de força ou incutimento de medo, consegue privar à vítima o *poder de agir*, v. g.: narcotizando-a *à son insu* ou dissimuladamente, hipnotizando-a, induzindo-a a ingerir bebida alcoólica até a embriaguez, etc.² Pressupõe-se que o outro "qualquer meio", a que se refere o art. 157, *caput*, é empregado ardiloso ou sub-repticiamente, ou, pelo menos, desacompanhado, em sua aplicação, de vio-

¹ A ameaça de um mal a que se tem direito é, evidentemente, *antijurídica*, se exercida como meio à prática de um crime.

² CARRARA (*Programma*, parte especial, vol. 4, pág. 187) via em tais casos uma autêntica violência: "*Dalle confuse nozione della violenza è nata la incertezza nella quale cadde alcuni moderni sul definire il furto commesso al mezzo di cloro, o di datura stramonina, con cui siasi privato del sensi il proprietario al fine di derubarlo. Alcuni dissero che questo era un caso nuovo. Io niente esito a ravvisarvi un furto violento. Tutte le volte che una forza fisica ha ridotto a niente le forze individuali del proprietario onde impedirgli di opporsi al furto, ed il fine si è per tal guisa raggiunto, io non*

lência física ou moral, pois, do contrário, se confundiria com esta, sem necessidade da *equiparação legal*.

Duas são as modalidades sob as quais pode apresentar-se o roubo: da primeira cuida o *caput* do art. 157 e da segunda o § 1.º. A diferença entre elas é a seguinte: na primeira (chamada *roubo próprio*), o meio violento ou impeditivo da resistência da vítima é empregado *ab initio* ou concomitantemente à tirada da coisa, enquanto que na segunda (chamada *roubo impróprio* ou *por aproximação*), tendo sido empolgada a coisa *clam et occulte*, como no furto, o agente é surpreendido *logo depois* (isto é, antes de se pôr a bom recato) e vem a empregar violência (física ou moral) para assegurar a impunidade do crime (evitar a prisão em flagrante ou ulterior reconhecimento ou indigitação, etc.) ou a detenção da *res furtiva*. No tocante a esta segunda modalidade, o preceito legal já não menciona o emprêgo de outro *qualquer meio* impeditivo da resistência, além da violência física ou moral. Não há nisso, como pretende MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 180), uma omissão *involuntária*, mas, ao contrário, *propositada*. Como já ficou acentuado, o outro *qualquer meio* para anular a resistência da vítima deve entender-se empregado disfarçadamente ou sem emprêgo de vias de fato contra a vítima, o que não se compadece com a situação

veggo come possa dubitarsi del concorso di una violenza. La fisica azione del cloro o della datura non differisce, sotto il punto di vista giuridico, dell'azione fisica della fune con la qual il proprietario fu legato: e si l'una che l'altra di tali forze paralizzatrice della potenza di resistenza sono state poste in esercizio dalla mano del ladro a fine di furto".

O atual Código italiano (art. 628) chega a agravar a pena de roubo (*rapina*) "*se la violenza consiste nel porre taluno in stato d'incapacità di volere o di agire*". O nosso Código, entretanto, achou preferível o critério de *equiparação* (já adotado ao definir o crime de *constrangimento ilegal*, que é integrante do roubo), a exemplo do Código suíço, que define o roubo (art. 139) como o fato de "quem, "no intuito de cometer um furto ou, surpreendido na flagrância de "crime de furto, emprega violência contra uma pessoa ou a ameaça de um perigo iminente à vida ou integridade corporal, ou a "torna, por qualquer outro modo, incapaz de opor resistência".

do ladrão, que, surpreendido em flagrância ou quase-flagrância (o art. 302 do Cód. de Proc. Penal deve ser, aqui, chamado à colação), somente cuida de se *salvar* com instintiva violência e apressuradamente. Não é outra a razão por que o nosso Código, tendo tomado por modelo, nesse particular, o art. 139 do Código suíço, não lhe foi, entretanto, inteiramente fiel.

O roubo é *crime complexo*, isto é, crime que, embora juridicamente uno, apresenta na sua estrutura, como *essentialia* ou circunstâncias *qualificativas*, em relação de meio a fim, fatos vários, que, em si mesmos, constituem crimes. No seu tipo fundamental, o roubo encerra, fundidos em unidade jurídica, o *furto* (que é o crime-fim), o *constrangimento ilegal* e a *lesão corporal leve* (ou a *contravenção de vias de fato*, que, por sua vez, é *absorvida* pelo *constrangimento ilegal*), chamados *crimes famulativos*. Por isso mesmo que entre os bens jurídicos que o roubo ofende figuram a *liberdade pessoal* e a *integridade física*, que são *eminentemente pessoais*, não admite êle a *continuação*, senão quando sucessivamente dirigido contra a *mesma pessoa*. Assim, se um ladrão de estrada assalta um auto-ônibus e, de revólver em punho, ameaçadoramente, despoja os passageiros, comete, *em concurso material*, tantos roubos quantas são as vítimas.

Cumpra igualmente notar que, se pode existir *continuação* entre furto simples e furto qualificado, já o mesmo não é admissível entre um ou outro e o roubo, pois êste, no sistema legal, não é da *mesma espécie* do furto. Pode existir *continuação*, porém, entre roubo e extorsão, que são da *mesma espécie*, isto é, ambos lesivos, simultaneamente, do patrimônio e da pessoa, contemplando-os o Código, logicamente, no mesmo capítulo. A única diferença entre tais crimes é que, no roubo, a violência é empregada para que o agente, êle próprio, diretamente, subtraia o alheio, enquanto que, na extorsão, o é para coagir a vítima a entregar o que é seu.

22. Roubo especialmente agravado. É especialmente agravada a pena do roubo (acrescida de um a dois terços) quando (art. 157, § 2.º): a) a violência ou ameaça é exercida

com armas; b) há concurso de duas ou mais pessoas; c) a vítima está em serviço de transporte de valores, e o agente conhece tal circunstância.

Por *armas* se deve entender não só as propriamente tais ou em sentido técnico (especialmente destinadas ao ataque ou defesa), como qualquer instrumento apto a lesar a integridade física (ex.: uma barra de ferro, um furador de gelo, um macête, etc.). Não é preciso que a arma seja efetivamente manejada, bastando que seja portada ostensivamente, como uma ameaça implícita. A ameaça com uma arma ineficiente (ex.: revólver descarregado) ou fingida (ex.: um isqueiro com feitiço de revólver), mas ignorando o agente tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a *ratio* desta é a *intimidação* da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir. Pela mesma razão, é irrelevante indagar se o agente, ao empunhar ameaçadoramente mesmo uma arma eficaz, estava, ou não, apenas *simulando* o propósito de atacar a vítima, desde que esta efetiva e razoavelmente se intimidou.

É indiferente que o agente tenha, de caso pensado, trazido a arma consigo ou a tenha encontrado no próprio local do crime.

Sobre a *pluralidade de agentes*, reportamo-nos ao que já ficou dito a propósito do furto qualificado por essa mesma circunstância (n.º 19), cumprindo apenas acrescentar, aqui, que as várias pessoas (no mínimo, duas) devem estar *reunidas e presentes* junto à vítima, embora nem tôdas cooperem materialmente na violência.

A formulação da última agravante especial do roubo foi ditada pela frequência com que, atualmente, ocorrem assaltos a pessoas que, por dever de ofício ou mesmo acidentalmente, fazem o serviço de transporte de valores de uma localidade para outra ou, na mesma localidade, de um ponto para outro (empregados de banco, estafetas, coletores de renda, pagadores, caixeiros-viajantes, empregados de mineração, etc.). O fato adquiriu em certos países, como os Estados Unidos, notadamente por obra dos *gangsters*, uma feição verda-

deiramente alarmante, e no Brasil, embora sem a mesma frequência, tem sido êle reproduzido (é recente o caso de assalto a um *pagador* da Estrada de Ferro Central, por quadrilheiros, no Estado de São Paulo).

Os valores de que fala o texto legal tanto podem ser representados por dinheiro, como por qualquer outro *efeito* que se costuma transportar (n. b.: *transportar*, e não *portar*), como sejam: pedras preciosas, ouro em pó ou em barra, selos, estampilhas, títulos ao portador, etc. É condição da majorante a prévia ciência, por parte do assaltante, de que a vítima está a serviço de transporte de valores, pois o que a lei pretende tutelar é o interesse da segurança desse transporte. O dolo do agente deve compreender, *ab initio*, o conhecimento da referida circunstância.

23. *Roubo qualificado pelo resultado*. Dispõe o § 3.º do art. 157: “Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de cinco a 15 anos, além da multa” (que será, conforme o caso, a cominada no *caput* do artigo ou no § 2.º); “se resulta morte, a reclusão é de 15 a 30 anos, sem prejuízo da multa”.

Trata-se de condições de maior punibilidade, em razão da maior gravidade do resultado. É indiferente que este seja *voluntário* ou *involuntário* (preterdoloso). Não se configura aqui, porém, um caso de excepcional “responsabilidade objetiva pelo resultado” (*Erfolgshaftung*, do direito alemão), excogitada para o tratamento, notadamente, de crimes preterintencionais ou preterdolosos, mas desconhecida do nosso Código. “Sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu*” — diz a *Exposição de Motivos* do ministro CAMPOS — “nenhuma pena será irrogada”. No tocante aos “crimes qualificados pelo resultado”, o nosso legislador de 40 ajustou-se ao critério do Projeto de Cód. Penal alemão de 1927, no seu art. 21: “A pena agravada em razão de determinada consequência do fato somente será aplicada ao agente, se este “houver dado causa, pelo menos culposamente, a essa consequência”. É o irrestrito princípio de *nulla poena sine culpa*. Assim, os eventos “lesão corporal de natureza grave”

e “morte”, a que se refere o parágrafo acima transcrito, devem ser, para que subsistam como *qualificativas* do roubo, quando não *dolosos*, pelo menos *culposos*. Se há interferência do *casus* (isto é, acontecimento que escapa à previsão comum), não entrarão eles em linha de conta.

A lesão corporal grave (art. 129, §§ 1.º e 2.º) já é, de sua vez, um crime qualificado pelo resultado, isto é, o crime de lesão corporal qualificado por determinadas consequências, pouco importando que estas não tenham sido *queridas*, mesmo eventualmente, pelo autor da violência, desde que podiam ter sido previstas. O mesmo critério deve ser adotado quanto ao evento “morte”, na interpretação do parágrafo em questão: ainda que o agente não o tenha querido ou assumido o risco de produzi-lo, não deixará de qualificar o roubo (a que então se dá o nome de *latrocínio*), pôsto que fôsse previsível. Assim, o dispositivo abrange não só o homicídio *doloso* como o *culposo* (ex.: o agente, para abafar os gritos da vítima, tapa-lhe a boca com um travesseiro, mas procedendo tão estouvadamente que ocasiona a sua morte por asfixia; ao atemorizar com ameaças a vítima, vem esta a morrer de colapso cardíaco) ou *preterdoloso* (art. 129, § 3.º).³ O nosso Código não aceitou o critério dos Códigos italiano e alemão, de considerar, no caso de roubo violento conexo a lesão corporal ou homicídio dolosos, um concurso material ou formal de crimes, preferindo configurar, em qualquer caso, um crime complexo. Nem se diga que merece censura por haver, ainda que excepcionalmente, submetido a igual tratamento o dolo e a culpa. O *versari in re illicita*, notadamente quando a *res illicita* é a prática do roubo, justifica essa equiparação.⁴

24. Consumação e tentativa. Há que distinguir, para o reconhecimento do roubo consumado ou simplesmente ten-

³ Conf. MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., pág. 199.

⁴ Com o desastrado § 28 do art. 141 da atual Constituição federal, que restituiu à sua descontrolada soberania o Tribunal do Júri, foi obrigatoriamente atribuído a este o julgamento dos “crimes dolosos contra a vida”, e pretendeu-se que o *latrocínio* incidia sob tal

tado, entre o caso em que a violência precede ou acompanha a subtração da coisa (art. 157, *caput*) e o caso em que sucede a esta (art. 157, § 1.º). No primeiro caso, o momento consumativo é o da subtração patrimonial, aplicando-se os mesmos critérios expostos em relação ao furto (n.º 7), de que o roubo somente difere, como já se disse, pelo emprêgo de violência à pessoa. Se após o emprêgo da violência pessoal não puder o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, executar a subtração, mesmo o ato inicial da *apprehensio rei*, o que se tem a reconhecer é a simples tentativa. Já no caso de violência subsequente à subtração, o momento consumativo é o do emprêgo da violência; e não há falar-se em tentativa: ou a violência é empregada, e tem-se a consumação, ou não é empregada, e o que se apresenta é o crime de furto. A violência característica do roubo tem de ser exercida para o fim da subtração patrimonial ou para garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída. Se o agente é surpreendido e perseguido quando, sem violência pessoal, estava a apoderar-se da coisa, frustrando-se a tirada, mas vem a empregar violência contra seus perseguidores, para assegurar a fuga, não há tentativa de roubo, mas de furto, em concurso material com o crime contra

competência. Refutando o entendimento, argumentamos que o latrocínio é classificado pelo Cód. Penal, a que implicitamente faz remissão o preceito constitucional, entre os "crimes contra o patrimônio", atendendo ao critério científico segundo o qual, para a classificação do crime complexo, deve ter-se em conta o bem ou interesse cuja lesão representa o escopo final do agente (os *crimes-membros perdem sua autonomia*, para, aglutinados, formarem uma entidade criminal unitária; mas a consideração do bem ou interesse lesado pelo *crime-fim* é que prevalece para a classificação da unidade complexa, ainda que tal bem ou interesse seja inferior aos lesados pelos crimes-meios ou *jamulativos*). Por outro lado, o evento "morte", no latrocínio, tanto pode ser *corpus delicti* de homicídio doloso, quanto de homicídio culposo ou preterdoloso, e seria um desconchavo que o julgamento, conforme a hipótese, ora coubesse ao júri, ora ao juiz singular. O nosso ponto de vista é o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, e veio a ser consagrado pela vigente Lei do Júri (lei n.º 263, de 23-2-1948): a competência para o processo e julgamento dos réus de latrocínio é do juiz singular.

a pessoa. Cumpre insistir neste ponto: a violência sucessiva, para *tipicidade* do roubo, é tão-somente a exercida após a efetiva subtração patrimonial. É o que dispõe, explicitamente, o § 1.º do art. 157.

Sobre as soluções que vêm de ser fixadas, não há, nem pode haver dúvida razoável. Séria dificuldade, porém, se apresenta no que tange ao *latrocínio* (art. 157, § 3.º, *in fine*), a que é cominada pena autônoma, especialmente exacerbada. Se da violência resulta morte, conforme diz a lei, a pena de reclusão (que é de quatro a 10 anos para o tipo fundamental do roubo) passa a ser de 15 a 30 anos. Pode ocorrer, entretanto, que, embora se consuma a subtração patrimonial, a violência empregada se caracterize apenas como *tentativa de homicídio*, como também pode acontecer que da violência resulte a morte (homicídio consumado), mas não se consuma a lesão patrimonial. O Código não resolve, *expressis verbis*, nenhuma dessas hipóteses, e tem-se, então, de indagar: em qualquer delas deve ser reconhecido como consumado o latrocínio, ou apenas como tentado? Entendo que uma ou outra solução será desacertada. Nos crimes complexos, salvo expressa disposição legal em contrário, se um dos crimes-membros deixa de consumir-se, fica prejudicada a consumação do *todo unitário*, e também não se pode ter simples tentativa d'êste quando um dos crimes-membros se consumou. Certo que no caso de tentativa do crime-membro que serve de meio ao outro, não tendo sido êste iniciado ou tendo ficado igualmente em grau de tentativa, há tentativa do crime complexo; mas quando o crime-meio é apenas tentado e o crime-fim se consuma, ou *vice versa*, já não se pode falar em tentativa do crime complexo. O latrocínio, tendo-se em vista a sua unidade jurídica de crime complexo, só se pode dizer consumado ou tentado quando, respectivamente, o homicídio e a subtração patrimonial se consumam ou ficam ambas em fase de tentativa. Se se admitisse tentativa de latrocínio quando se consuma o homicídio (crime-meio) e é apenas tentada a subtração patrimonial (crime-fim) ou, ao contrário, quando é tentado o homicídio, consumando-se a subtração, o agente in-

correria, no primeiro caso, em pena inferior à do homicídio simples (!) e, no segundo, em pena superior à da tentativa de homicídio qualificado pela conexão de meio a fim com outro crime (art. 121, § 2.º, V), ainda que este "outro crime" seja de muito maior gravidade que o roubo. A solução que sugiro, nas hipóteses formuladas, como menos subversiva dos princípios é a seguinte: o agente responderá, e tão-somente, por consumado ou tentado *homicídio qualificado* (art. 121, § 2.º, V), dada a relação de meio a fim entre o homicídio consumado e a tentativa de crime patrimonial ou entre o homicídio tentado e a consumada lesão patrimonial. É verdade que na conexão do homicídio (consumado ou tentado) com outro crime (fora da órbita do crime complexo), o agente responde por aquele e por este, em concurso material; de modo que, no caso, em rigor, deveria o agente responder pelas duas infrações (uma em grau de consumação e outra em grau de tentativa); mas, como a lei define o latrocínio como uma *unidade jurídica*, cumpre que se preserve esta nas imprevistas hipóteses em questão, evitando-se que o agente, respondendo por dois crimes autônomos, com penas cumuladas, venha a sofrer uma punição maior do que a que sofreria se tivesse realizado todos os elementos da definição legal do latrocínio. É o que já sustentamos de outra feita, ao dissertarmos sobre o crime complexo, quando se apresenta a hipótese de consumação do crime-meio e tentativa do crime-fim, ou *vice versa*: "A única solução que nos parece razoável é a de, sem desrespeito à *unidade jurídica* do crime, aplicar exclusivamente a pena mais grave, considerados os crimes separadamente, ficando *absorvida* ou abstraída a pena menos grave. Tome-se, por exemplo, o crime de latrocínio (art. 157, § 3.º, *in fine*), e suponha-se que o homicídio (crime-meio) seja apenas tentado, enquanto a subtração da *res aliena* (crime-fim) se consuma: deve ser aplicada tão-somente a pena de *tentativa de homicídio qualificado* (art. 121, § 2.º, V), considerando-se absorvida por ela a do crime patrimonial. Se, ao contrário, o homicídio se consuma, ficando apenas tentado o crime patri-

⁵ Vol. I, t. II, destes Comentários, pág. 87.

monial, a pena única a aplicar-se é a do homicídio qualificado consumado”.⁶ Não está por esta solução, entretanto, o projecto MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., págs. 189 e segs.). Outra é a decisão que propõe: no caso de tentativa de morte e roubo consumado, o agente deve responder por *tentativa de latrocínio*, isto é, como incurso no próprio § 3.º do art. 157, *in fine*, combinado com o art. 12, parág. único. E argumenta: “A lei fala “se da violência resulta morte...”; ora, se da violência *resultar morte tentada*, não vemos por que não se “combinar esse parágrafo com o correspondente à tentativa”. Mas, pergunto eu, como se pode falar em *tentativa de latrocínio*, quando a lesão patrimonial se consumou? Como admitir-se tentativa de crime complexo, qual o latrocínio, quando, dos crimes-membros, precisamente o crime-fim atingiu a consumação? Haveria nisso um desconcerto. Evidentemente, a solução do caso não pode achar-se dentro do § 3.º do art. 157, conjugado à regra geral sobre a tentativa.

No caso de homicídio consumado e tentativa de subtração patrimonial, ainda menos aceitável é a solução sugerida pelo citado autor. Já, aqui, reconhece ele que redundaria ilógico o reconhecimento da tentativa de latrocínio, e propõe que se identifique um *concurso formal* de homicídio qualificado e tentativa de roubo. Para ilustrar sua argumentação, figura o caso em que o agente, quando vem de ocasionar a morte da vítima, é surpreendido e impedido de passar à subtração do dinheiro apetecido. E pondera: “...a ação é única e único o “desígnio: matar para roubar. Mas essa ação viola duas disposições de lei: uma relativa ao homicídio, outra concernente ao roubo”. Ora, mesmo reconhecida, na hipótese figurada, a *unidade de ação* (representando a ação homicida,

⁶ Preservada a *unidade jurídica*, pode mesmo sustentar-se que as hipóteses em questão continuam gravitando na órbita do art. 157, § 3.º, *in fine*, para evitar o inconveniente processual de serem atribuídas à competência do Tribunal do Júri (*ex vi* do art. 78, I, do Cód. de Proc. Penal, com a redação dada pela lei n.º 263, de 23-2-1948), enquanto o latrocínio incide na competência do juiz singular.

por si só, o comêço de execução do roubo), é indisfarçável a *duplicidade* de designios, ou, seja, de propósitos criminosos. *Designio* não é o fim último do agente: é tôda intenção diretamente orientada à lesão de um bem ou interêsse penalmente protegido. Se o agente quer conscientemente, embora com uma única ação, lesar dois bens jurídicos, a regra a aplicar-se é a do *concurso material*, conforme desenganadamente dispõe o art. 51, § 1.º, *in fine*, do Código. No caso que nos interessa, o agente obedeceu a dois designios: *quis matar* e *quis roubar* (frustrando-se o último designio); logo, não pode ter aplicação a disciplina do *concurso formal*. E o que é mais: NORONHA não figurou o caso em que, consumado o homicídio, o agente vem, por ato sucessivo, a tirar o dinheiro da vítima e só então é surpreendido e inibido de prosseguir. Nesta hipótese variante, creio que nem o próprio NORONHA teria coragem de negar a *duplicidade de ação*, excludente da identificação do concurso ideal ou formal.

Outro equívoco do ilustre autor é o de afirmar que também existe concurso formal no caso em que tanto o homicídio quanto a subtração patrimonial ficam em grau de tentativa. Ora, em tal caso, é inquestionável a *tentativa de latrocínio*, não havendo necessidade de buscar solução fora do âmbito do § 3.º do art. 157, combinado com o parág. único do art. 12. Jamais se duvidou da tentativa do crime complexo quando *haja tentativa do crime-meio*, não se consumando igualmente o crime-fim.

Em suma: a solução que defendo, embora não isenta do inconveniente, aliás remediável na prática pelo juiz, de um certo desajuste quanto ao *minimum* da pena (em cotejo com a hipótese do roubo qualificado por *lesão corporal grave*), parece-me a única viável, a não ser que se tenham de abstrair elementares critérios técnicos de direito penal.

DA EXTORSÃO

25. *Conceito da extorsão. Crimes afins.* Segundo o texto legal (art. 158), extorsão é o fato de quem constrange outrem, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito

de obter, para si ou para terceiro, indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. Ao invés da fórmula casuística que o Código de 1890 fôra buscar, principalmente, no antigo Código toscano, o Código atual preferiu uma fórmula unitária, mas suficientemente compreensiva, a exemplo do Código alemão, embora distinguindo, a seguir, para diverso tratamento, entre a extorsão *in genere* e a extorsão *mediante seqüestro*.

Há entre a extorsão e o roubo (aos quais é cominada pena idêntica) uma tal afinidade que, em certos casos, praticamente se confundem. Conceitualmente, porém, a distinção está em que, na extorsão, diversamente do roubo, é a própria vítima que, coagida, se despoja em favor do agente. Dizia FRANK,⁷ lapidariamente, que “o ladrão subtrai, o extorsionário faz com que se lhe entregue” (“*Der Räuber nimmt weg, der Expresser lässt sich geben*”). A êste descreve sumário, entretanto, não se afeiçoava VON LISZT, que, referindo-se ao caso do ladrão que aterroriza a vítima com o revólver em punho e o dilema *a bolsa ou a vida*, indagava: “Ainda que a vítima tire do bolso, ela mesma, a carteira e a entregue ao ladrão, poder-se-á negar o roubo?”⁸ Realmente, do ponto de vista prático, tanto faz que o agente tire a carteira ou que esta lhe seja entregue pela vítima; mas, se não se quer renunciar, sob o prisma técnico, a uma diferença *constante* entre extorsão e roubo, é força reconhecer que a distinção não é outra senão esta: no roubo, há uma *contrectatio*; na extorsão, há uma *traditio*. Na hipótese figurada por VON LISZT, há extorsão, e não roubo: o agente não *subtrai*, mas *recebeu* da vítima a carteira. Os outros critérios aventados para a

⁷ *Vergleichende Darstellung*, parte especial, vol. 6.º, pág. 31.

⁸ Sentindo o valor da objeção, SOLER assim se pronuncia (*Derecho Penal Argentino*, IV, pág. 268): “...la diferencia deberá recurrir a los tradicionales criterios de la actualidad inmediata de la violencia, de acuerdo con el qual resultará indiferente que el ladrón, mientras tiene atrabucada la victima, saque el mismo de los bolsillos lo que quiere, obligue a que el dueño no se mueva mientras saca el mismo las cosas de los cajones, o reciba de manos de la propia victima aterrorizada lo que le piede”.

diferenciação, ou não se conciliam com o direito positivo, ou não são exaurientes. Assim, o dizer-se que no roubo a violência e a locupletação se realizam *no mesmo contexto de ação*, enquanto na extorsão há um *lapso de tempo, ainda que breve*, entre uma e outra, é distinguir onde a lei não distingue. Tanto pode haver extorsão com violência atual e locupletação futura (e é o caso mais freqüente), quanto com violência e locupletação contemporâneas (ex.: o agente, devedor da vítima, coage esta, imediatamente, a rasgar o título de dívida ou a tolerar que ele próprio o inutilize). Tampouco se pode indicar a diferença dizendo que, diversamente do roubo, a extorsão não é um crime circunscrito à lesão da *propriedade* em sentido estrito, isto é, não visa apenas ao assenhoreamento da *coisa móvel* alheia, senão a tãda e qualquer vantagem patrimonial (aquisição de direitos de crédito, liberação de dívidas ou obrigações, abstenção de ação judicial por parte do titular de direito, afastamento de um competidor em qualquer negócio, etc., etc.): se a extorsão não representa, *necessariamente*, uma espoliação *dominical*, pode, entretanto, assumir essa feição, isto é, consistir em coagir o dono a entregar *coisa corpórea*, de modo que, em tal caso, seria insuficiente a referida fórmula distintiva. Não há sair daqui: a infalível distinção entre extorsão e roubo é que neste o agente *toma por si mesmo*, enquanto naquela *faz com que se lhe entregue*, ou *se ponha à sua disposição*, ou *se renuncie a seu favor*.

Parentesco próximo também existe entre a extorsão e o estelionato: quer numa, quer noutro, a vantagem econômica (*sensu lato*), auferida pelo agente, é concedida pela própria vítima. A diferença é apenas a seguinte: na extorsão, a vítima é *coagida* (seu consentimento é viciado pela *violência*), enquanto no estelionato é enganada (seu consentimento é viciado pelo *erro*). Numa, o meio executivo é a *violência* (física ou moral); noutro, é a *fraude*. Ainda, porém, que a coação e o engano se conjuguem para obtenção da vantagem, o crime a reconhecer-se é o de extorsão. *In exemplis*: o agente *finge* de autoridade policial e, sob ameaça de prisão ou de

futuro procedimento penal, faz com que o adelo lhe entregue um objeto de valor, a pretexto de se tratar de coisa proveniente de furto, ou lhe dê dinheiro em troca de seu silêncio. A vítima cedeu pela *coação*, embora para a eficácia desta haja contribuído decisivamente um *engano*.

Com a extorsão tem igualmente certa semelhança o violento “exercício arbitrário das próprias razões”, do qual aquela se distingue porque, neste, a vantagem pretendida pelo agente é, em si mesma, *legítima*, ou supostamente tal.

Também existe afinidade entre a extorsão e a *concussão*, distinguindo-se esta daquela porque o seu sujeito ativo há de ser, necessariamente, *funcionário público (crime próprio)*, e a vítima cede, exclusivamente, *metus auctoritatis causa*.

Finalmente, há notar que a extorsão não é mais do que uma *species* do *genus* “constrangimento ilegal” (art. 146): é o constrangimento ilegal qualificado pelo fim de indébita locupletação e que, por isso mesmo, é trasladado para a órbita dos crimes contra o patrimônio.

26. *Elementos da extorsão.* São elementos da extorsão: a) emprêgo de violência física ou moral (grave ameaça); b) coação, daí resultante, a fazer, tolerar ou omitir alguma coisa; c) intenção de obter, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica.

Acêrca do elemento *sub a*, vale o que já foi dito, a propósito do roubo, sôbre os meios “violência física” ou “grave ameaça” (n.º 21). Também aqui a *vis corporalis* ou a *vis compulsiva* tanto podem ser exercidas contra a pessoa cujo patrimônio se pretende lesar, quanto contra outra pessoa a que essa esteja ligada por afeição tal, que não vacile em sacrificar-se para salvá-la de mal atual ou futuro. Tampouco é indispensável a identidade entre o coagido e o lesado (o que se dá, por exemplo, no caso do empregado que é constrangido a entregar ao extorsionário os valores confiados pelo patrão).

O meio mais comumente empregado para a extorsão é a *grave ameaça*, e, tal como no roubo, não há distinguir se o *mal prometido* é, em si mesmo, injusto, ou não. Não há con-

fundir o *crime de ameaça* (art. 147) com a ameaça como meio executivo de crime: no primeiro caso, é necessário que o mal ameaçado seja *injusto*; no segundo, é indiferente que possa ser, ou não, infligido *secundum jus*. Ainda que se tenha direito à infligência de um mal, a ameaça de exercê-lo torna-se obviamente *contra jus* quando empregada como meio à prática de um crime. É preciso, porém, não confundir o caso em que o mal é, em si mesmo, justo e injusta a vantagem pretendida, e o em que, injusto o mal, é justa a vantagem pretendida: no primeiro, há extorsão;⁹ no segundo, não, apresentando-se o crime de violento “exercício arbitrário das próprias razões” (art. 345). Assim, será este o crime cometido, *v. g.*, pelo proprietário que obtém do ladrão, sob ameaça de morte, a restituição da *res furtiva*, já na sua posse tranqüila. Existe extorsão ainda quando o agente, tendo alguém sob coação legítima, lhe exija vantagem para fazer cessá-la, *ex.*: o particular que prende um criminoso em flagrante, exige dê-lo, a seguir, a entrega de dinheiro para libertá-lo.

Os bens ou interesses visados pela ameaça podem ser a *vida*, a *integridade física*, a *honra*, a *reputação*, o *renome profissional* ou *artístico*, o *crédito comercial*, o *equilíbrio financeiro*, a *tranqüilidade pessoal* ou *familiar*, a *paz domiciliar*, a *propriedade de uma empresa*, em suma: todo bem ou interesse cujo sacrifício represente, para o respectivo titular, um mal maior que o prejuízo patrimonial correspondente à vantagem exigida pelo extorsionário.

Uma das mais freqüentes formas de extorsão é a praticada mediante ameaça de revelação de fatos escandalosos ou difamatórios, para coagir o ameaçado a *comprar* o silêncio do ameaçador. É a *chantage*, dos franceses, ou o *blackmail*,

⁹ HAFTER (ob. cit., pág. 290): “Não é necessário que a ameaça “do extorsionário seja ilegítima em si mesma, mas, sim, que seja contrária ao direito a vantagem que ele se faz proporcionar ou a outrem.” (“Die Drohung der Erpresseres braucht nicht rechtswidrig zu sein, wohl aber der Vorteil, den er sich oder einem andern gewären lässt, unrechtmässig sein”).

dos ingleses.¹⁰ Como é claro, não importa, para a existência do crime, em tal caso, que os fatos sejam *verdadeiros*, isto é, a extorsão por tal meio não é excluída pela *exceptio veritatis*.

A violência, física ou moral, deve ser de molde a criar para a vítima, em relação de causa a efeito, um estado de *coação* atinente a um *facere* (ex.: depositar em certo lugar determinada quantia), ou a um *pati* (ex.: tolerar que um título de crédito seja inutilizado pelo agente, seu devedor, a quem fôra entregue para resgate), ou a um *omittere* (ex.: deixar de propor uma cobrança judicial; abster-se de competir nalguma empresa ou negócio).

A expressão “alguma coisa”, usada pelo texto legal, como *correspondente* (em nexo causal) da coagida ação, *tolerância*

¹⁰ Esta modalidade de extorsão é muito freqüente nos Estados Unidos, constituindo uma alarmante espécie de *criminalidade profissional*. O Cód. Penal de Nova Iorque assim a define, cominando pena que pode ir até 15 anos de prisão (art. 856): “A person who, knowing the contents thereof, and with intent, by means thereof, to extort or gain any money or other property, or to do, abet, or procure any illegal or wrongful act, sends, delivers, or in any manner causes to be forwarded or received, or makes and parts with for the purpose that there may be sent or delivered, any letter or writing, threatening:

1. To accuse any person of a crime, or;
2. To do any injury to any person or to any property;
3. To publish or connive at publishing any libel;
4. To expose or impute to any person any deformity or disgrace”.

A nossa atual Lei de Imprensa (lei n.º 2.083, de 12-11-1952) avocou a incriminação da *chantage* “jornalística”, para cominar-lhe pena irrisoriamente leve (art. 9.º, letra i): “Obter favor ou proveniência indevida, mediante a publicação ou ameaça de publicação de escrito ou representação figurativa desabonadoras da honra ou da conduta de alguém: pena — detenção de seis meses a um ano para o autor do escrito ou da ameaça da publicação ou representação, e multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 4.000,00 para qualquer dos responsáveis subsidiários”. E note-se que a ação penal prescreverá em dois meses... É, positivamente, o estímulo à *extorsão* por meio da *subimprensa*.

ou *omissão*, tem o sentido genérico de *qualquer fato*. É o *aliquid* latino, o *quelque chose* francês, o *something* inglês, o *qualche cosa* italiano. O Código alemão, ao invés de empregar verbos, preferiu *substantivar* a casuística do modo da extorsão, referindo-se, lacônicamente, a “uma ação, tolerância ou omissão”.

O fim do agente deve ser uma “indevida vantagem econômica”, em seu benefício ou de terceiro. *Indevida* quer dizer contrária ao direito. Se a vantagem é legítima, ou supostamente tal, o crime, como já foi acentuado, passa a ser outro (“exercício arbitrário das próprias razões”). Deve tratar-se de vantagem econômica: não constitui extorsão, por exemplo, o coagir alguém à confissão de um crime (o que em tal caso ocorre é o crime de *constrangimento ilegal*, ou, se o agente é funcionário *in officio*, *violência arbitrária*).

Não é necessário que a vantagem seja exigida imperativamente ou de modo explícito: basta que seja insinuada, de modo iniludível, a sua concessão.

Conforme já dissemos, o objeto da extorsão é muito mais amplo que o do roubo (e, portanto, do furto): não apenas a *coisa móvel corpórea* de outrem, mas tudo quanto represente um interesse ou direito patrimonial alheio. Trata-se de crime contra o *patrimônio em geral*, e não contra a *propriedade* (*stricto sensu*). Qualquer que seja a vantagem patrimonial obtida ou procurada pelo agente, em detrimento da vítima, está preenchido um dos requisitos da extorsão.

27. *Extorsão qualificada pelo modo*. São agravantes especiais da extorsão a *pluralidade de agentes* (dois ou mais) e o *emprego de arma*. Uma e outra, como já vimos, figuram entre as qualificativas do roubo e, assim, é escusado repetir o que já ficou explanado a respeito, no comentário ao § 2.º, I e II, do art. 157 (n.º 22).

28. *Extorsão qualificada pelo resultado*. Como ocorre em relação ao roubo, a extorsão é qualificada (cominando-se-lhe exacerbadas penas autônomas, tal e qual no roubo qua-

lificado pelo resultado) quando da violência resulta *lesão corporal grave* ou *morte* (§ 2.º do art. 158). Nada há a acrescentar ao que já foi dito acerca do § 3.º do art. 157 (n.º 23).

29. *Extorsão mediante seqüestro (ricatto, kidnapping)*. Não é outra coisa que a extorsão qualificada pelo caráter especial do fato constitutivo da violência ou do meio empregado para tornar premente ou eficaz a ameaça. Já aqui, a extorsão não tem como lastro o constrangimento ilegal na sua forma simples (art. 146), mas o *seqüestro* de pessoa (artigo 148). *Seqüestro* é a arbitrária detenção ou retenção, precedida ou não de rapto, de uma pessoa em lugar ignorado ou oculto. Se este é recinto fechado, o seqüestro adquire o nome de “cárcere privado” (veja-se a respeito o vol. VI destes *Comentários*, ns. 159 e 160). Não importa que seja promovido pela violência, pela sedução ou mediante ardil. A vítima pode ser a própria pessoa de quem se pretende a vantagem econômica, ou pessoa que lhe seja particularmente cara (já decide o direito romano que “*nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur*”). A vantagem é exigida como *condição* ou *preço* do *resgate*, isto é, como corresponsivo da liberação do seqüestrado. O art. 159 fala em “qualquer vantagem”, sem dizê-la expressamente *indevida*, como faz quanto à extorsão *in genere*, pois seria isso supérfluo, desde que a sua ilegitimidade resulta de ser exigida como preço da cessação de um crime. Se o seqüestro visa à obtenção de vantagem *devida*, o crime será o de “exercício arbitrário das próprias razões” (art. 345), em concurso formal com o de *seqüestro* (art. 148).

A forma de extorsão de que se trata foi inspirada pelo antigo uso de guerra, de exigir-se um preço pelo resgate de prisioneiros, e constitui, atualmente, pela sua freqüente prática em certos países, notadamente os Estados Unidos, um motivo de alarme para todo o mundo civilizado. Justifica-se, assim, o rigor da pena cominada no art. 159: superior, no mínimo, à da extorsão qualificada pelo modo (art. 158, § 2.º) e à da extorsão qualificada pelo resultado “*lesão corporal de natureza grave*”.

30. *Agravantes especiais.* Pena autônoma, sensivelmente agravada (reclusão por oito a 20 anos e multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 20.000,00), é a cominada à extorsão mediante seqüestro, se éste “dura mais de 24 horas”, ou é exercido contra *menor de 18 anos*, ou é cometido por bando ou quadrilha (§ 1.º do art. 159). O seqüestro, como crime autônomo (art. 148), é especialmente agravado quando a privação de liberdade da vítima dura mais de 15 dias (art. 148, § 1.º, III); mas, para condição de maior punibilidade da extorsão por êsse meio, basta que seja por tempo superior a 24 horas. Compreende-se a *ratio* da majoração da pena: a atribulação e alarma provocados pelo seqüestro, na espécie, bem como o sofrimento da vítima, aumentam à proporção que as horas passam.

A circunstância de ser a vítima *menor de 18 anos* (isto é, que ainda não completou tal idade) também justifica a agravção especial, porque torna mínima, quando não nenhuma, a possibilidade de eximir-se ao seqüestro, ao mesmo tempo que é infringida a incolumidade especialmente assegurada à criança e ao adolescente.

Finalmente, a qualificativa de ser o crime cometido por *bandoleiros* ou *quadrilheiros* (isto é, indivíduos associados para o fim de cometer crimes, o que, em si mesmo, já constitui crime, *ut* art. 288 do Cód. Penal) teve a sugeri-la a assustadora atividade dos *gangs* norte-americanos (cujo exemplo tende a difundir-se universalmente), organizados para a prática de *kidnappings*,¹¹ atestando um aberrante recrudescimento da criminalidade violenta na época moderna.

31. *Qualificação pelo resultado.* Dispõe o § 2.º do artigo 159 que, “se do fato resulta lesão corporal de natureza

¹¹ Outra forma de extorsão habitualmente praticada pelos *gangsters* (justamente cognominados *mad dogs*) era o *racketeering*, isto é, extorsão a comerciantes, a pretexto de *proteção* dos respectivos estabelecimentos e sob a ameaça de brutais represálias (tantas vêzes exercidas contra os recalcitrantes).

grave”, a pena será “reclusão, de 12 a 24 anos, e multa, de Cr\$ 15.000,00 a Cr\$ 30.000,00”, e o § 3.º declara que, “se do fato resulta morte”, a pena será “reclusão, de 20 a 30 anos, e multa, de Cr\$ 20.000,00 a Cr\$ 50.000,00” (a mais grave das penalidades cominadas pelo Código). Já não se fala, como no roubo e na extorsão qualificados pelo resultado, “se da violência resulta...”, mas “se do fato resulta...”, o que vale dizer: os eventos “lesão corporal de natureza grave” e “morte” podem resultar tanto dos maus tratos acaso infligidos ao seqüestrado, quanto da própria natureza ou modo do seqüestro. Também aqui é irrelevante se tais eventos tenham sido ocasionados dolosamente ou se decorreram de culpa *stricto sensu*, ou preterdolosamente.

32. *Consumação e tentativa da extorsão em geral.* Não obstante a estreita contigüidade que existe entre o roubo e a extorsão, há entre esta e aquêla, relativamente ao momento consumativo, em face do nosso Código, sensível diferença: enquanto o roubo é *crime material*, exigindo para sua consumação um efetivo dano patrimonial, a extorsão, em qualquer de suas modalidades (arts. 158 e 159), é *crime formal* ou “de consumação antecipada”, integrando-se com a só ação, tolerância ou omissão imposta coativamente à vítima, ou com o seqüestro da pessoa para cujo resgate é exigida a vantagem ilícita. Filiou-se o Código, nesse particular, ao direito alemão, cujo rigor lhe pareceu mais adequado à repressão dêsse grave malefício, de crescente e alarmante prática na época atual.¹² E não há iludir o texto legal com o invocar-se dou-

¹² O Código alemão assim define a extorsão (*Erpressung*), no seu § 253: “Aquêla que, para (isto é, com o fim de) proporcionar-se “ou a terceiro uma ilegítima vantagem patrimonial, constringe ou “trem, mediante violência ou ameaça, a uma ação, tolerância ou “omissão... será punido, a título de extorsão”, etc. (“*Wer, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, einem anderen durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, ist wegen Erpressung mit Gefängnis... zu bestrafen*”). Comentando êste artigo, diz BERNER (*Lehrbuch des Strafrechts*, ed. 18.ª, pág. 458): “A extorsão é consumada com a coagida ação, tolerância ou omissão; não é necessário

trina afeiçoada aos Códigos francês, suíço e italiano, que, neste ponto, não coincidem com o nosso.¹³

Quer na extorsão *in genere*, quer na extorsão mediante seqüestro, é irrelevante, para o *summatum opus*, que sobrevenha efetivamente a lesão patrimonial ou que o agente não consiga a vantagem pretendida: na primeira modalidade,

¹³ O Código francês (alterado por lei de 16-7-1935, que só na modalidade especial de *chantage* equipara à extorsão consumada a simplesmente tentada) exige para a consumação a efetiva locupletação (art. 400): "*Quiconque aura extorqué par force, violence ou contrainte...*". É o mesmo critério do Código suíço (art. 156): "Aquêle que, usando de violência ou grave ameaça contra uma pessoa, ou depois de tê-la, por outro modo, reduzido à incapacidade de resistir, *constrange-a a proporcionar-lhe* uma indevida vantagem pecuniária...". Conforme o comentário de HAFTER a êsse dispositivo (ob. cit., pág. 290), "sômente com a obtenção da vantagem, isto é, com a efetiva locupletação, é que o crime se consuma". Idêntico é o critério do Código italiano: "*Chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare od a omettere qualche cosa, procura a sè o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno...*" (sômente quanto à extorsão mediante seqüestro — *ricatto* — é que a lei italiana configura um crime formal). GENNARO MARCIANO, impugnando tal critério, assim disserta (ob. cit., pág. 228): "*In diritto razionale a me pare che, per la consumazione del delitto, non occorre il fatto dell'apprensione per parte dell'agente. Colui che, sotto l'impulso del timore, deposita la propria cosa in un sito che è fuori la sfera della sua attività patrimoniale, subisce una violazione della sua libertà personale e del suo diritto di proprietà, indipendentemente dal possibile ricupero delle cose, che potrà verificarsi in seguito per mancata apprensione del colpevole. L'essenza giuridica del reato sotto questo punto di vista deve dirsi perfetta*".

que o agente obtenha a vantagem a que visava". No mesmo sentido, LISZT-SCHMIDT (ob. cit., pág. 680): "A consumação opera-se com a ação, abstenção ou tolerância coagida" ("*Die Vollendung tritt mit der erzwungenen Handlung, Duldung, Unterlassung ein*"). Também FRANK (ob. cit., pág. 413) acentua que não é necessário que sobrevenha realmente a lesão patrimonial, bastando que a conduta coagida a torne objetivamente possível ("*...braucht die Vermögensbeschädigung nicht eizutreten, es genügt, wenn das Verhalten nach dem objektiv möglichen und vom Täter beabsichtigten Lauf der Dinge eine Vermögensbeschädigung nach ziehen kann*").

basta, como já se disse, qualquer dos efeitos imediatos à coação previstos no texto legal (o *facere*, o *pati* ou o *omittere* por parte do coagido); na segunda, é suficiente o seqüestro da pessoa-refém.

Casos há em que a ação, tolerância ou abstenção da vítima importa, em si mesma, um imediato prejuízo patrimonial (ex.: destruição ou entrega de um título de dívida subscrito pelo coator); mas, ainda que tal não ocorra, o crime se tem por consumado com a simples conduta constrangida da vítima, nada importando que, por uma eventualidade qualquer, o agente não consiga realmente a indevida vantagem, isto é, que a vítima não venha a sofrer, efetivamente, dano patrimonial algum. Basta, como diz FRANK, que a conduta a que é coagida a vítima torne praticamente possível a indébita locupletação. Por outras palavras: basta que a vítima tenha corrido sério ou concreto perigo de dano. Suponha-se, *verbi gratia*, que, sob a pressão da carta ameaçadora que lhe enviou o extorsionário, a vítima deposite no lugar determinado a quantia exigida, e que aquêle, intercorrentemente prêso por outro crime, não alcança apoderar-se do dinheiro, que vem a ser recuperado pela vítima no mesmo lugar em que o deixara: tem-se de reconhecer, não obstante o insucesso final do agente, que a extorsão se consumou. Outra hipótese: seqüestrado o filho da pessoa de quem se exige a vantagem, consegue êle fugir e voltar à casa paterna antes de consignado o preço do resgate. Consumou-se, aqui, a extorsão mediante seqüestro.

No tocante à extorsão no seu tipo fundamental (artigo 158), objeta GIURIATI que o efeito imediato da coação, como, por exemplo, a consignação da *res*, é um ato da vítima, e não do extorsionário, de modo que, a considerar-se o crime como formal, dever-se-ia remontar ao emprêgo do meio coativo o momento da consumação. Ora, agindo sob coação, a vítima não é mais que uma *longa manus* do extorsionário, e, assim, não há despropósito algum em que se reconheça o efeito imediato da coação como momentó consumativo.

Apesar de se tratar de crime formal, a extorsão admite tentativa, pois não se perfaz *unico actu*, apresentando-se um *iter* a ser percorrido. Assim, toda vez que deixa de ocorrer a pretendida ação, tolerância ou omissão da vítima, não obstante a idoneidade do meio de coação, ou, no caso de extorsão mediante seqüestro, deixa este, já em execução, de se ultimar (por circunstância alheia à vontade do agente), não se pode reconhecer senão a tentativa. Há que se identificar a tentativa punível ainda no caso, não muito infrequente, em que a vítima, vencendo o temor incutido, comunica a ameaça à polícia, e esta predispõe as coisas de modo a surpreender o extorsionário no ato de se apoderar da coisa fingidamente consignada ou quando se apresenta no lugar indicado para recebê-la. Uma decisão do Supremo Tribunal (que ficou isolada) reconheceu no caso mero *crime putativo*, mas é evidente que houve confusão, seja-nos lícito dizê-lo, com a hipótese de *arranjo* de crime por obra de *agente provocador*, em que tudo, *ab initio*, não tem caráter de seriedade.

O que decide, para o reconhecimento da tentativa, em qualquer caso, é a idoneidade do meio coativo empregado, e diz-se idôneo, *a priori*, o meio executivo da extorsão quando seja capaz de intimidar o *homo medius*, o homem comum. Se o meio se apresenta, razoavelmente ou segundo *id quod plerumque accidit*, adequado ao fim a que visa o agente, não deixa de ser considerado como tal quando, no caso concreto, não logre êxito, em razão de excepcional resistência ou bravura da vítima ou outra circunstância alheia à vontade do agente. Assim, no caso de ameaça que, de regra ou segundo *sæpius fit*, se reconheça eficiente, mas acontecendo que o ameaçado vence o temor inspirado e deixa de atender à imposição quanto ao *facere*, *pati* ou *omittere*, preferindo arrosar o perigo ou solicitar, confiantemente, a intervenção policial, é inquestionável a existência da tentativa de extorsão.¹⁴

¹⁴ MANZINI (Trattato, vol. IX, pág. 363): "Non dirado accade che il soggetto passivo dell'imposizione finga l'esecuzione voluta del colpevole. Se il primo accorda con l'Autorità, così che, mercè l'intervento di questa, la consumazione dell'estorsione divenga assoluta-

Suponha-se, agora, que o efeito da coação seja a emissão de um título de dívida, mas que o coagido é um menor de 16 anos ou o título não reveste a forma prescrita em lei, como quando, por exemplo, é omitida a assinatura. Aqui, sim, inexistente extorsão, quer consumada, quer tentada, pois que, absolutamente nulo o título, não houve, sequer, perigo de dano patrimonial: responderá o agente apenas pelo crime de constrangimento ilegal (ou, na hipótese do art. 159, pelo crime de seqüestro) e pelo correspondente à violência corporal, se esta tiver ocorrido. Semelhante hipótese é equiparável, como observa GARRAUD, ao de *falsificação* de um documento carecedor de qualquer mérito jurídico. Dever-se-á, entretanto, reconhecer a extorsão quando o título, ainda que nulo *pleno jure*, permita induzimento em erro sobre sua validade (REUTER) ou possa fornecer vantagem econômica diversa da pretendida, pelo agente (ex.: servir de *comêço de prova* por escrito). Também não exclui a extorsão a simples *anulabilidade* do título obtido, pois, em tal caso, a invalidade pode gerar dúvida, não ser denunciada pelo coagido ou não ser reconhecível em juízo, por eventual deficiência de prova. Obviamente, não se leva em conta a nulidade decorrente da própria coação para obter o título, pois, de outro modo, o agente teria garantida, de antemão, a impunidade.

33. *Extorsão indireta.* É o *nomen juris* com que o Código, no art. 160, incrimina o fato de “exigir ou receber, como “garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que possa dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro”. Trata-se de uma ofensa ao interesse jurídico da normalidade das relações entre credor e devedor. Com a sua incriminação, a lei quer proteger o *economicamente fraco* em face do *economicamente forte*. Estranho à nossa antiga legislação penal, o crime em questão tem o seu precedente histórico no art. 197 do Projeto SÁ PEREIRA, que, obedecendo à mesma rubrica “extorsão indi-

mente impossibile, è manifesto che può aversi soltanto tentativo d'estorsione”.

reta", assim dispunha (redação final): "Aquêle que, sabendo, devendo, ou podendo facilmente saber: I, não dispor o devedor de fundos no estabelecimento contra o qual pretender sacar; II, não ser verdadeira a assinatura ou firma de terceiro, com que se proponha o devedor a garantir-lhe a dívida; exigir ou aceitar o cheque, ou qualquer outro documento em tais condições, será punido", etc. Menos prolixo, porém mais genérico, é o texto adotado pelo Código, pois compreende não apenas a exigência ou consciente recebimento de cheque sem fundos ou documento com firma falsificada, mas de qualquer documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro. A respeito do art. 160, assim disserta a *Exposição de Motivos* do ministro CAMPOS: "Destina-se o novo dispositivo a coibir os torpes e opressivos expedientes a que recorrem, por vezes, os agentes da usura, para garantir-se contra o risco do dinheiro mutuado. São bem conhecidos êsses recursos, como, por exemplo, o de induzir o necessitado cliente a assinar um contrato simulado de depósito ou a forjar no título de dívida a firma de algum parente abastado, de modo que, não resgatada a dívida no vencimento, ficará o mutuário sob a pressão da ameaça de um processo por apropriação indébita ou falsidade". Não deve êste trecho levar a equívoco ou ser invocado para restringir onde o texto legal não restringe: a extorsão indireta não é crime próprio dos usurários ou agiotas, podendo ser cometido por qualquer pessoa que, para assegurar-se o pagamento de dívida de dinheiro, ainda que sem juros ou não usurária, resultante de qualquer contrato (e não apenas de mútuo), abuse da necessidade do outro contratante, para exigir ou receber dêle o documento a que se refere o art. 160. O crime é praticado notadamente pelos onzenários, mas não é peculiar a êstes. Se pode servir ao êxito da usura, não é, entretanto, uma forma de usura. Nada tem êle a ver com a usura em si mesma, que, pecuniária ou real, é atualmente incriminada pelo art. 4.º, letras a e b, da lei n.º 1.521, de 26-12-1951 (referente aos crimes contra a economia popular). Sua existência não está, de modo algum, su-

bordinada a que a dívida, de cuja garantia se trate, encerre *usura*. A *Exposição de Motivos*, quando se refere, no tocante ao sujeito ativo da extorsão indireta, está apenas *exemplificando*, pois, do contrário, seria evidente a sua infidelidade ao irrestrito texto legal. De todo inadmissível, assim, é a *condicionalidade* que MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., págs. 275 e segs.) pretende estabelecer en're a extorsão indireta e a usura. Se esta se alia àquela, haverá um *concurso material* de crimes, e não um *crime complexo*.

São *essentialia* da extorsão indireta: a) exigência ou recebimento de documento que possa dar causa a processo penal contra a vítima ou terceiro; b) abuso da situação de necessidade do sujeito passivo; c) intuito de garantir ameaçadoramente o pagamento de dívida.

Acêrca do elemento *sub a*:

A lei equipara a *exigência* ao *recebimento*, devendo êste, como é claro, ser acompanhado da ciência e consciência de que o documento (particular ou público) pode dar lugar a processo penal. No primeiro caso, há a imposição de uma condição *sine qua non*; no segundo, há a aceitação de uma proposta ou a formação de um pacto de iniciativa do próprio devedor (que a lei protege contra si mesmo), segundo o qual é entregue e aceito o simulado *corpo de delito* representado pelo documento. É preciso ficar bem acentuado o caráter de *simulação* do *corpo de delito*: a vítima, com a formação do documento, presta-se a *fingir* um *corpus delicti* (cheque sem fundos, título de dívida em que se falsifique a assinatura de terceiro como emitente, fiador ou avalista, título de depósito imaginário como *prova* para futura acusação de apropriação indébita, etc.). Não há, por parte da vítima, o *animus delinquendi*, senão, exclusivamente, o propósito de, à falta de outra garantia, colocar nas mãos do credor uma espécie de *espada de Dâmocles* contra si próprio, no caso em que a dívida não seja paga no vencimento. Na posse do documento, o credor está habilitado a provocar um processo penal contra o devedor, pouco importando que êste, conseguindo provar a simulação, seja reconhecido isento de culpa e pena. A lei se

contenta com a possibilidade *in abstracto* do procedimento penal, sem indagar se, *in concreto*, a prova da extorsão eximirá de crime o devedor. Possibilidade de instauração do processo não se confunde com a certeza ou possibilidade de *condenação*, devendo notar-se, aliás, que, muitas vêzes, a prova da extorsão indireta sòmente pode ser produzida no curso do processo instaurado, e, o que é mais: poderá mesmo acontecer que sobrevenha a condenação da vítima, e só em grau de revisão possa esta vir a produzir a prova do que realmente ocorreu.

Cumprе insistir: comprovada a extorsão indireta, nenhum crime pode ser imputado ao devedor, ainda mesmo que, circulável o título, tenha sido transferido a terceiro *bona fide*: tão-sòmente o credor originário é que responderá criminalmente, tanto pela extorsão indireta, quanto pela transferência do título, que sabia simulado (uso de documento falso ou estelionato). Quem finge um corpo de delito contra si próprio não comete o crime que a si mesmo inculca, notadamente em relação à pseudovítima (no caso, o credor), plenamente ciente da simulação. E, se, por malícia do credor, vêm a ser prejudicados terceiros *bona fide*, em contrário ao propósito que presidiu à simulação, não há reconhecer participação ou qualquer crime do devedor (para quem a transmissão do título a terceiros é *res inter alios acta*).

A *potencialidade* do documento no sentido de ulterior processo penal é referível tanto ao próprio devedor quanto a terceiro que, ciente da simulação (isto é, também agindo sem *voluntas sceleris*), e com o *placet* ou conhecimento do credor, haja contribuído para a formação do documento (por exemplo: falsificando a assinatura de alguém como fiador ou avalista), ou que figure falsamente no título, como quando o devedor imita a assinatura, digamos, de seu próprio pai, no cheque contra um banco, onde sabe que êle não dispõe de provisão, ou no título artificial de depósito.

Sòbre o elemento *sub b*:

O agente deve proceder com o que se chama *dolo de aproveitamento*, isto é, com a consciência de estar abusando da

situação de apertura econômica da vítima. Não é preciso que tal situação se identifique com a *necessidade extrema* (condição de quem não dispõe, sequer, de recursos para alimentar-se e à família): basta que o agente saiba que a vítima, *seja por que motivo fôr* (ainda que, por exemplo, para satisfazer o empolgante vício do jogo ou do uso de entorpecentes), se encontra em situação, mesmo transitória, de *precisão*. O dolo de aproveitamento, aqui, aliás, *inest in re ipsa*: ninguém pode duvidar que somente em caso de pressão das circunstâncias um homem normal se disponha a garantir o credor com um documento capaz de lhe acarretar processo penal. Pouco importa que se trate de dívida a contrair-se (para cuja garantia se exige ou recebe, contemporaneamente, o documento sob a censura legal) ou de dívida cujo vencimento se prorrogue ou se prometa prorrogar.

Sobre o elemento *sub c*:

O documento deve ser exigido ou recebido como *garantia de dívida*. A *garantia* (o termo não é, aqui, empregado no sentido técnico-jurídico) está na ameaça que ele representa contra o devedor, de ser utilizável como *corpo de delito* contra este.

Dívida, na acepção do art. 160, é qualquer prestação de dinheiro a que se obrigue alguém. Não importa a natureza do contrato a que se prenda a obrigação: mútuo, compra e venda (dívida pelo preço), locação (dívida por aluguéis), etc. Desde que a *garantia* cubra uma *dívida de dinheiro*, há o *quantum satis*.

34. *Consumação e tentativa da extorsão indireta*. Na modalidade de *exigência*, a extorsão indireta se consuma ainda mesmo que não sobrevenha a *traditio* do documento a que se refere o dispositivo penal. A exigência, para garantia de dívida, de um documento que pode sujeitar o devedor a processo criminal, é tão gravemente contrária ao curso normal dos negócios e tão abusiva da necessidade de outrem, que a lei entendeu de considerar *consumada* a extorsão ainda quando apenas *tentada*, isto é, quando se apresenta simples pe-

rigo de lesão, criando, na espécie, um crime tipicamente formal ou “de consumação antecipada”.

Já na modalidade de *recebimento* (a que não precede imposição do credor) o crime é, *per definitionem*, “material”: antes da efetiva entrega do documento, isto é, antes que a posse do documento pelo credor coloque o devedor na opressiva situação de ficar, a arbitrio daquele, sujeito a processo penal (pouco importando que este venha a ser, realmente, provocado), o que poderá haver é simples *tentativa*. Assim, se no momento da entrega do documento surge causa impeditiva do recebimento, alheia à vontade do credor (ex.: intervenção da autoridade policial), não se pode identificar senão *tentada* extorsão indireta.

CAPÍTULO III

DA USURPAÇÃO

Alteração
de limites

Art. 161. Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

Pena — detenção, de um a seis meses, e multa, de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 5.000,000.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem:

Usurpação
de águas

I — desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias;

Ebulho
possessório

II — invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 2.º Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

§ 3.º Se a propriedade é particular, e não há emprêgo de violência, somente se procede mediante queixa.

Supressão
ou alteração
de marca em
animais

Art. 162. Suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebanho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade.

Pena — detenção, de seis meses a três anos, e multa, de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 5.000,00.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* italiano, arts. 631 a 634; suíço, arts. 256 e 268; francês, arts. 389, 456 e 483, n.º 8 (lei de 27-8-1948); belga, arts. 545 e 546; português, arts. 445 e 446; alemão, arts. 274, 2, e 370, 1; espanhol, arts. 517 e 518; dinamarquês, art. 295; uruguaio, arts. 354 a 356; argentino, arts. 181 e 182; holandês, art. 333; venezuelano, arts. 473 e 474; salvadoriano, arts. 474 a 477 e 544; mexicano, art. 395; hondurense, arts. 516 e 517; nicaraguense, arts. 494 e 495; panamenho, arts. 372 e 373; paraguaio, arts. 409 e 410; peruano, artigos 249 a 251; porto-riquense, arts. 520 e 531; chileno, arts. 457 a 462; equatoriano, arts. 555 e 556; guatemalteco, arts. 406 e 407; haitiano, art. 375; boliviano, arts. 685 a 690; colombiano, arts. 424 e 425; cubano, arts. 533 e 534; costarriquense, arts. 299, 301 e 303.

BIBLIOGRAFIA. Além da já citada anteriormente: CONSENTINO, *Il reato di usurpazione nel Codice Penale italiano*, 1900; DEL GIUDICE, in *Digesto Italiano*, XXIV, verbs. "Usurpazione" e "Danneggiamento"; GREGORI (J.), *Usurpazione di cosa immobile e deviazione di acque*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1937; PALOPOLI (N.), *Usurpazione, rimozione o alterazione di termini e Deviazione di acque*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vols. 12, 1.ª parte, e IV; PALAZZO, *Il delitto di deviazione di acque*, in *Riv. Penale*, 1931; PIVANO (S.), *Il delitto di deviazione di acque*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, 1916, vol. I, pág. 167; NOÉ AZEVEDO, in *O Novo Código Penal*, vol. 2.º.

COMENTARIO

35. *Usurpação.* Sob a genérica rubrica de *usurpação*, cuida o Código de certos fatos que, na legislação anterior, ou eram classificados como modalidades do crime de dano (§§ 1.º e 2.º do art. 329 da Consolidação das Leis Penais), ou escapavam à incriminação (salvo quanto à *vis physica* à pessoa ou coisa, de que se revestissem): "alteração de limites". "usurpação de águas", "esbulho possessório" e "supressão ou alteração de marca em animais". Nas três primeiras *species*, o objeto da tutela penal, diversamente do que ocorre em relação ao furto e ao roubo, é a inviolabilidade do patrimônio *imobiliário*, que, embora não suscetível de *subtração* (*immobilia non contrectantur*), pode ser arbitrariamente *invadido* ou *ocupado*, com detrimento do direito do *dominus* ao seu

livre gozo ou imperturbada posse; e na última *species*, ainda que protegida a propriedade de coisas móveis (semoventes), prescinde-se da subtração material, bastando a *fraudação* dos sinais indicativos do domínio alheio, a fim de que este não seja reconhecível e possa o agente inculcar-se proprietário (se há precedente subtração, que se procure, dessarte, dissimular, o crime continuará sendo tão-somente *furto* ou *roubo*, tornando-se penalmente *indiferente* ou *irrelevante* a dita *fraudação*).

36. *Alteração de limites*. É a entidade criminal prevista no art. 161, consistindo no fato de “suprimir ou deslo-car tapume, marco, ou qualquer sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia”. Remonta aos mais antigos tempos a proteção penal aos sinais de delimitação da propriedade imóvel. No direito romano a *termini amotio* constituía, a princípio, crime *sacrilego* (ofensa aos deuses Lares), sendo punida com a *sacratio capitis* e, posteriormente, veio a ser incluída na órbita do *crimen falsi*, condenando-se o agente, segundo sua qualidade social, *ad metallum*, *ad opus publicum* ou com a relegação e o confisco parcial. No direito intermédio, o crime passou a ser considerado *patrimonial*, embora as legislações penais de tipo germânico continuassem, como até hoje, reconhecendo-o como lesivo da *fé pública*, sob o fundamento de que os sinais divisórios estão abrangidos no conceito lato de *documento* como prova pré-constituída de direitos (a este critério se afeiçoava o Projeto SÁ PEREIRA). Entre nós, desde as Ordenações do Reino, o crime em questão sempre se reputou contra a propriedade, mas como *species* de *dano*, ainda no caso em que a intenção do agente fôsse a de apropriar-se, total ou parcialmente, do imóvel alheio. Havia nisso uma indisfarçável dissonância, pois semelhante intenção ou elemento subjetivo é incompatível com o crime de dano; e daí a adoção, pelo Código atual, inspirado no modelo italiano, do critério de configurar no caso, sob especial *nomen juris*, uma

das modalidades criminais que obedecem ao adequado título geral de *usurpação*.

São elementos integrantes da *alteração de limites*: a) existência de tapume, marco ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória; b) sua supressão ou deslocamento; c) fim de apropriar-se da coisa imóvel alheia (dolo específico).

Tapume, no sentido estrito que lhe atribui o art. 161, *caput*, é toda cerca (sebe viva ou seca, cerca de arame, tela metálica, etc.) ou muro (de pedra, tijolos, adobes, cimento armado) destinado a assinalar o limite entre dois ou mais imóveis.

Marco é toda coisa corpórea (pedras, piquetes, postes, árvores, tocos de madeira, padrões, etc.) que, artificialmente colocada ou naturalmente existente em *pontos* da linha divisória de imóveis, serve, também, ao fim de atestá-la *permanentemente* (ainda que não *perpétuamente*). Não somente o tapume e o marco servem ao objetivo de indicação de limites, pois outros meios podem ser empregados ou utilizados, como, por exemplo, valas, regos, sulcos, trilhas, cursos d'água, etc. Daí a cláusula genérica da lei: "ou outro qualquer sinal indicativo de linha divisória".

Não importa que os sinais de confinação sejam, ou não, contínuos (os marcos são, de sua natureza, descontínuos, isto é, distanciados uns dos outros), definitivos ou sujeitos a revisão, perceptíveis *ictu oculi* ou discretos (mesmo que encobertos pela erva, ou rebatidos até abaixo do solo, desde que facilmente localizáveis). É também irrelevante que sua fixação tenha resultado de decisão judicial ou de convenção, escrita ou verbal: basta o reconhecimento tácito dos interessados.

A ação integrante do crime é a *supressão* ou o *deslocamento* dos sinais divisórios. *Supressão* é o *fazer desaparecer*, seja por que meio for. O efeito da ação deve ser o de *apagar* completamente a assinalação da linha divisória, na extensão que convenha ao agente. Assim, se este, por exemplo, se li-

mita a arrancar os paus de uma cêrca, sem tapar os correspondentes buracos no solo, ou a cortar uma sebe de bambus, deixando os tocos, não se apresenta o crime de alteração de limites (mas o de *dano*, ou de *furto*, se há subtração do material destacado).

Deslocamento é o remover de um lugar para outro: os tapumes, marcos, etc., não desaparecem, mas são removidos para outros pontos, fazendo supor uma linha divisória diversa da real. Não importa que os sinais possam ser facilmente restituídos ao *statu quo ante* ou substituídos por outros na mesma posição. A colocação de novos sinais, a avançarem pela propriedade alheia, *sem supressão dos antigos*, escapa à tipicidade do crime, não passando de ilícito civil (molestação de posse).

Finalmente, o escopo de "apropriar-se, no todo ou em parte, de imóvel alheio" é que especifica o dolo do crime em questão. Deve o agente visar à invasão e ocupação *sine jure* do imóvel confinante (seja privado ou público), em tódia a sua área ou parte dela, para aí comportar-se *uti dominus*. Se o seu intuito é satisfazer pretensão legítima (ex.: suprimir limites arbitrariamente assinalados pelo proprietário vizinho) ou supostamente tal, o crime será o de "exercício arbitrário das próprias razões" (art. 345). Excepcionado, no próprio juízo penal, o direito que se arroga o agente, o juiz criminal poderá, êle mesmo, dirimir a controvérsia; se esta, porém, já é objeto de ação no juízo cível, aplicar-se-á o disposto no artigo 93 do Cód. de Proc. Penal. Se vem a seguir-se a invasão, com violência a pessoa, ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, o crime a identificar-se é o "esbulho possessório" (art. 161, § 1.º, II), que *absorverá* a *alteração de limites*. Se o tapume, marco, etc., é destruído sem o propósito de lhe suprimir a função de sinal divisório, mas apenas para causar um prejuízo ao proprietário, o crime será o de *dano* (art. 163). Se são destacados os sinais divisórios para subsequente subtração do respectivo material, o que se apresenta é o crime de *furto*. Se a ação é praticada para "inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou ad-

“ministrativo, o estado de lugar, com o fim de induzir a erro “o juiz ou perito”, o crime será o de “fraude processual” (artigo 347).

Sujeito ativo da alteração de limites somente pode ser (à parte o caso de co-participação de outrem) o proprietário do prédio contíguo àquele cuja ilegítima apropriação é colimada. É claro que, se a supressão ou deslocamento dos sinais divisórios atende ao objetivo de emprestar à pretendida apropriação uma aparência de legitimidade, não será isso viável senão quando o agente tenha a possibilidade atual de simular maior extensão a prédio que possua em contigüidade ao que pretende usurpar. É o que, justamente, já acentuava CARRARA. Refutando tal ponto de vista, CRIVELLARI (ob. cit., pág. 626) assim se pronuncia: “Não creio que de tal circunstância deva fazer-se um elemento constitutivo do crime, “pois pode acontecer que alguém remova o limite sem ser “*atualmente* vizinho do terreno que pretende usurpar, mas “tendo a intenção de, mediante ulterior contrato, tornar-se “proprietário de terreno que seja contíguo àquele, e procurando, nesse meio tempo, ocultar o ato da remoção, a fim “de que o proprietário do solo em que se achava o sinal divisório não dê pela coisa”. Ora, a possibilidade de usurpação subordinada à futura aquisição de imóvel vizinho é uma possibilidade *condicionada*, incompatível com o crime de alteração de limites. Quando a lei se refere ao fim de apropriação, evidentemente está a exigir que a êle corresponda a possibilidade de uma apropriação imediata, e não sujeita a condição futura, pois, de outro modo, estaria considerando como realidade atual um simples e mesmo incerto projeto.

O que a lei protege com a incriminação da alteração de limites (como em tôdas as outras formas de usurpação) é a *propriedade*, e não a *posse*. Esta é protegida como um meio de proteção à propriedade (porque faz presumir o domínio por parte de quem a exerce). Assim, se o agente é *proprietário* de, ambos os prédios contíguos, estando arrendado um deles, não comete usurpação, ainda que o fim seja o de diminuir a área arrendada (o fato não será mais que um ilí-

cito civil, isto é, um atentado possessório não-penalmente reprovado). É necessário que o possuidor do prédio que se pretende usurpar exerça a posse *ut dominus* ou, pelo menos, a título de exercício de um direito real (usufruto, enfiteuse, anticrese). No mesmo caso de arrendamento de um dos prédios contíguos, sendo êstes pertencentes ao mesmo dono, não existirá o crime, se a alteração de limites é praticada pelo locatário, para o fim de aumentar a área locada, pois não há intenção de usurpar a *propriedade*, mas apenas a posse. Com maioria de razão, inexistirá o crime se tanto o agente quanto o possuidor do prédio adjacente sejam meros locatários. Será, porém, reconhecível o crime no caso em que o agente seja condômino do prédio que pretende invadir e ocupar para seu exclusivo domínio, pois aí já se apresenta o *animus usurpandi fundi*.

37. *Consumação e tentativa*. A alteração de limites se consuma com o simples fato da supressão ou deslocamento dos sinais divisórios, pouco importando que o agente não logre efetivamente a pretendida apropriação. Se no tocante a esta o crime tem cunho *formal* (bastando a *tentativa* de apropriação), não deixa de assumir caráter *material* quanto à supressão ou deslocamento dos limites. Assim, se o agente é surpreendido no momento mesmo da supressão ou deslocamento, e impedido de prosseguir, o que se apresenta é simples tentativa do crime.

38. *Usurpação de águas*. No § 1.º do art. 161, que obedece à rubrica lateral *usurpação de águas*, é incriminado o fato de quem "desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias". Visa a lei penal, na espécie, à tutela da utilização das águas por quem de direito, isto é, pelo proprietário, titular de direito real, usucapiente (ainda que sem sentença declaratória), possuidor *ut dominus*, concessionário (no caso de águas públicas) ou povo (no caso de águas públicas de uso comum). Não se trata de tirada de água a uma maior porção (*aquæ haustus*), mas de desvio ou repre-

samento de águas na totalidade de sua massa ou na sua condição jurídica de coisa imóvel.

Tanto podem ser usurpadas as águas particulares quanto as públicas.¹ Não importa que sejam *correntes* ou *estagnadas*, *perenes* ou *temporárias*, *nascentes* ou *pluviais*. Até mesmo as águas *subterrâneas* podem ser objeto do crime, desde que sobre elas exista direito alheio.

A ação constitutiva do crime consiste em *desviar* ou *represar* as águas. *Desviar* é mudar o leito das águas (sejam correntes ou estagnadas); *represar* é conter o curso das águas, para a formação de lagos, reservatórios ou açudes. Em qualquer caso, deve ficar impedida a utilização das águas por quem de direito. É indiferente o *modo executivo* do desvio ou represamento: escavação, canalização, rompimento ou construção de diques ou vedações, emprêgo de bombas, etc.

Objeto material do crime são as *águas alheias*, isto é, que não sejam de propriedade do agente. Assim, se o desvio ou represamento é praticado pelo proprietário das águas, ainda quando arrendado a outrem o terreno em que se encontrem, inexistente o crime (haverá no caso mero ilícito civil). No caso, porém, de águas *comuns*² ou em condomínio, poderá ser sujeito ativo do crime qualquer dos proprietários das terras atravessadas ou banhadas pelas águas ou qualquer dos condôminos, desde que, com o desvio ou represamento, seja impedida a utilização pelos demais proprietários ou condôminos.

O específico elemento subjetivo do crime é o *lucri facienti animus*, isto é, o fim de obter, para si ou para outrem, um proveito patrimonial ou econômico. Se o agente é movido, *in exemplis*, por vingança ou despeito, o crime será o de *dano*; se para satisfazer pretensão legítima ou supostamente tal, *exercício arbitrário das próprias razões*; se para inovar artificialmente, em processo judiciário ou administrativo, o es-

¹ O Cód. de Águas (dec. n.º 24.643, de 10-7-1934) subdivide as águas públicas em “águas de uso comum” e “dominicais”, e as particulares em águas que atravessam ou banham vários prédios particulares (águas comuns) ou exclusivas de um só dêles.

² V. arts. 71 e segs. do Cód. de Águas.

tado de lugar, com o fim de induzir a erro o juiz ou perito, *fraude processual*. Se do desvio ou represamento resultar, culposamente ou com dolo eventual, inundação de perigo comum, haverá concurso formal entre o crime de que se trata e a inundação culposa ou dolosa (art. 254). É escusado dizer que não haverá crime se ocorre *estado de necessidade* (tão freqüente no sertão nordestino).

39. *Consumação e tentativa*. O crime se consuma com o só ato do desvio ou represamento das águas, pouco importando que o agente alcance, ou não, efetivamente, o proveito econômico pretendido. Se o agente é surpreendido e obstado no *iter criminis*, isto é, na execução, por meios idôneos, do desvio ou represamento, não vindo um ou outro a operar-se, haverá apenas tentativa.

Trata-se de crime *instantâneo com efeito permanente*, mas passa a ser *permanente* quando a *continuidade* do arbitrário aproveitamento das águas depende da *continuidade* da ação, como no caso do desvio por meio de bombas. Neste último caso, o momento consumativo se protraí no tempo (e, enquanto dura, está o agente em *flagrante delito*).

40. *Esubulho possessório*. É a derradeira modalidade de usurpação de propriedade imóvel. Consiste no fato de quem “invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante o concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório”. Como se vê, o *nomen juris* “esbulho possessório” não tem, aqui, a mesma amplitude que lhe é atribuída no direito privado. Somente quando o imóvel invadido *não pertença* ao invasor e haja emprego de violência corporal ou grave ameaça, ou concurso de mais de duas pessoas, é que se configura o “esbulho possessório” no sentido penal. O § 1.º, II, do art. 161 inovou em nossa legislação penal, inspirando-se no Código italiano (art. 634), mas sem imitação servil: enquanto o Código Rocco fala em *turbação* de “pacífica posse alheia de imóveis”, o nosso fala, restritamente, em *invasão* “de terreno ou

edifício alheio, para o fim de *esbulho* possessório". Sòmente a invasão para o fim de ocupação permanente ou *uti dominus* (e não qualquer invasão), e quando o terreno ou edifício não seja *propriedade* do agente, é que constitui elemento do crime que o nosso Código chama "esbulho possessório".

São *essentialia* do crime: a) invasão de prédio (terreno ou edifício) alheio; b) emprêgo de violência (bastando *vias de fato*) ou grave ameaça, ou concurso de mais de duas pessoas; c) fim de esbulho possessório.

Quanto ao elemento *sub a*:

Invasão é penetrar, é fazer incursão. Prédio *alheio* (particular ou público, rural ou urbano) é o que não pertence, total ou parcialmente, ao agente. Assim, não comete o crime o proprietário-locador que invade o terreno ou edifício locado para excluir a posse do locatário (haverá, em tal hipótese, ilícito civil ou "crime contra a economia popular", mas não o crime de esbulho possessório), nem o condômino de prédio indiviso que invade a parte possuída por outro condômino.

Quanto ao elemento *sub b*, isto é, quanto às integrantes circunstâncias modais da execução, reportamo-nos ao que já dissemos a propósito do roubo especialmente agravado (n.º 22), com a só diferença de que, tocante ao *concurso de agentes*, o número mínimo destes, aqui, é de *três*.

Quanto ao elemento *sub c*: o fim do agente, como já ficou acentuado, deve ser o de ocupação (total ou parcial) do terreno ou edifício alheio, para aí comportar-se *ut dominus*. A invasão sem tal escopo será mero ilícito civil, salvo no concernente à violência (contra a pessoa ou contra a coisa), se houver. Se o agente procede para satisfazer pretensão legítima ou putativamente tal, o crime será o de exercício arbitrário das próprias razões. Se o réu defender-se com tal pretensão, o próprio juiz penal poderá resolver a controvérsia ou, se já tiver sido provocado o juízo cível, aguardar a decisão deste (art. 93 do Cód. de Proc. Penal).

41. *Consumação e tentativa*. Consuma-se o crime com o simples fato da invasão (exercida nas condições e com a fi-

nalidade previstas no dispositivo penal). Trata-se de crime *instantâneo*, mas, com a efetiva e continuada ocupação, sempre presentes o agente ou seus mandatários, adquire o cunho de *permanente*. Haverá mera tentativa se a invasão é impedida por “desfôrço *in continenti*” do proprietário ou possuidor, ou terceiros (policiais ou não).

42. *Emprêgo de violência a pessoa.* O § 2.º do artigo 161, extensivo às três formas de usurpação de imóveis, dispõe: “Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada”.

Violência, cumpre insistir, quer dizer a empregada sobre o corpo da vítima (*vis corporalis*), resultando lesão corporal ou homicídio.³ Toda vez que o Código usa o termo *violência* desacompanhado da alternativa *ou grave ameaça*, está a indicar apenas a violência física, excluindo a violência moral (*vis compulsiva*). O dispositivo em questão, como já se disse, aplica-se a todas as modalidades da usurpação de imóveis, inclusive o “esbulho possessório”, não obstante a violência física já funcionar como seu elemento constitutivo. CARLOS XAVIER (ob. cit., pág. 150) e NOÉ AZEVEDO (dissertação in *O Novo Código Penal*, vol. 2.º, pág. 95) fazem-lhe cerada crítica. O primeiro increpa-o de falta de clareza, parecendo-lhe uma repetição do inc. II do § 1.º do art. 161, ou uma violação de sistema, de vez que, depois de ter configurado, no dito inciso, um crime complexo (como no roubo e na extorsão), passa o § 2.º a dizer que, se ocorre a violência, haverá um concurso material de crimes. NOÉ AZEVEDO, de seu lado, argumenta que o § 2.º só se refere à “alteração de limites” e à “usurpação de águas”, pois, de outro modo, seria ilógico: no caso de “esbulho possessório”, o agente “terá de usar necessariamente de violência”, e haveria, assim, um *bis in idem*. Não assiste, entretanto, razão alguma aos ilustres críticos. Não há a argüida obscuridade, quebra de sistema ou

³ As simples “vias de fato” são também *violência*, mas não se destacam para punição autônoma, segundo a regra de que a *contravenção* é sempre absorvida pelo crime, de que é *pedissequa*.

de lógica. No inc. II do § 1.º (“esbulho possessório”), não se apresenta *crime complexo* (no sentido da unificação entre a usurpação e a violência) precisamente porque o § 2.º determina que, no caso de emprêgo de violência (física), deve reconhecer-se um *concurso material*, aplicando-se cumuladamente as penas da modalidade de usurpação e a correspondente à violência. É o mesmo critério adotado, por exemplo, na “violência arbitrária” (art. 322) e na “resistência” (artigo 329): qualquer desses crimes não existirá sem o emprêgo de violência, mas, a seguir, a lei manda que a pena própria do crime contra a Administração pública e a correspondente à violência sejam aplicadas cumulativamente, como no concurso material. Assim, no caso de “esbulho possessório” mediante *vis corporalis*, haverá um concurso material entre o crime de usurpação e a lesão corporal ou homicídio que resultar da violência. Seria verdadeiramente espantoso que, resultando da violência uma lesão corporal ou homicídio, a pena aplicável fôsse tão-somente a do inc. II do § 1.º, isto é, detenção por um a seis meses (afora multa de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 5.000,00).

Não há incoerência alguma entre os dois dispositivos. Jamais se duvidou que a violência pode ser condição da existência de um crime e, ao mesmo tempo, crime punível à parte. A *Exposição de Motivos* claramente explica: “O emprêgo “de violência contra a pessoa, na modalidade da invasão possessória, é *condição de punibilidade*, mas se dêle resulta “outro crime, haverá um concurso material, aplicando-se, “somadas, as respectivas penas (art. 161, § 2.º)”. MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 384) demonstra, à saciedade, a sem-razão da formulada crítica: “...para o Código há três espécies de esbulho: o violento, o praticado por meio de ameaça e o executado mediante o concurso de pessoas. Como “dissemos linhas atrás, no estudo do conceito da violência, “por esta só se há de entender a *vis corporalis*, distinta da “*vis compulsiva* (ameaça) e da presunção de violência (con-

“curso de pessoas).⁴ Logo, parece-nos menos certo dizer-se “que “não pode haver esbulho sem violência” ou que este “tem de ser necessariamente caracterizado pela violência, “por isso que pode haver esbulho com ameaça ou concurso “de pessoas. São essas as três espécies que taxativamente “previu o legislador ao definir o crime do dispositivo imediatamente anterior. Ora, se o crime pode verificar-se por “três modos, não há contradição se a lei, considerando o mais “grave, mande somar as penas, quando este constituir “crime”.

43. *Ação penal.* Segundo dispõe o § 3.º do art. 161, “se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa”. Também este dispositivo recebeu a crítica de NOÉ AZEVEDO (loc. cit.): “Não “compreendemos também a hipótese do § 3.º, que dá ação “somente mediante queixa quando se trate de propriedade “particular. Estes parágrafos (isto é, os §§ 2.º e 3.º) só podem ser entendidos se se reportarem exclusivamente à alteração de limites e ao desvio de água. Mas, neste caso, estão tão mal colocados. Deveriam ter sido postos logo depois da “disposição genérica do art. 161. Postos como estão, hão de “necessariamente trazer confusão”. É manifesta a improcedência da crítica. O dispositivo do § 3.º também se aplica, sem dúvida alguma, à hipótese de esbulho possessório. A violência, integrante deste, tanto pode ser a que represente crime contra a vida ou a integridade física, quanto a que consista em simples “vias de fato”, e somente no primeiro caso é que a ação penal não dependerá de queixa. Assim, não há dizer que o esbulho acompanhado de violência há de importar sempre, necessariamente, ação pública: tal não ocorrerá se a violência limitar-se a *vias de fato*.⁵ Completo desar-

⁴ Entendemos que a circunstância do concurso de pessoas não é uma *presunção de vis corporalis*, mas de *vis compulsiva* (representa uma grave ameaça tácita).

⁵ A *contravenção de vias de fato* dá lugar à ação pública, mas, quando *famulativa* de um crime, segue a sorte deste, para todos os efeitos.

ranjo teria acarretado, isto, sim, a colocação do dispositivo do § 3.º logo depois do *caput* do art. 161. Não encerra êste “disposição genérica”: o que aí se define é um crime de usurpação com o especial *nomen juris* de “alteração de limites”, de que não são *modalidades*, mas entidades criminais *afins* a “usurpação de águas” e o “esbulho possessório”. Se houvesse a transposição pretendida por NOÉ AZEVEDO, o preceito do § 3.º só seria aplicável ao crime de “alteração de limites”.

44. *Supressão ou alteração de marca em animais.* É êste o *nomen juris* da derradeira modalidade de usurpação, consistente no fato de “suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebanho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade” (art. 162). Já aqui, diversamente das anteriores *species* de usurpação, não se protege a propriedade de bens imóveis, mas a de *semoventes*, isto é, animais em gado ou rebanho. O dispositivo do art. 162 deita raízes no Projeto SÁ PEREIRA, que, na sua primeira fase, considerava *species* de furto o fato de quem “ferra, contraferra, assinala ou contra-assinala animal alheio” (art. 217), passando ulteriormente o dispositivo a ter a seguinte redação (art. 186, § 2.º): “Co-meterá furto o que ferrar ou contraferrar animal alheio com “outra marca, que não a do próprio dono, salvo se o tiver feito “a seu mando, ou de seu preposto”. Ao que parece, o Projeto ter-se-ia inspirado no Cód. Penal paraguaio, que equipara aos agentes de abigeato: “1.º, los que desfiguran o borran las marcas de animales vivos...; 2.º, los que marcan o señalan em campo ajeno sin consentimiento del dueño animales orejanos (ainda não submetidos à ferra); 3.º, los que marcan o señalan animales orejanos a sabiendas de ser ajenos, aun que sea en campo propio; 4.º, los que marcan o contraseñalan animales ajenos en cualquier parte, sin derecho para el efecto”. O Projeto ALCÂNTARA também incriminava o fato nos termos em que o fazia o Projeto SÁ PEREIRA na sua última fase, mas classificando-o como variante da *apropriação indebida*. A Comissão Revisora, porém, entendeu mais adequado incluir o crime no quadro da *usurpação* e cuidar de res-

tringir o seu conceito, limitando-o à supressão ou alteração de marca (ou sinal indicativo de propriedade) em animais de gado ou rebanho alheio. Deixou de ser abrangido o fato de marcar animal desmarcado, e a incriminação ficou subordinada à condição de se tratar de animal integrante de gado ou rebanho. Teve-se em conta que somente quando burlada a precaução do proprietário pelo assinalamento dos animais e se apresente maior o perigo de *confusão* acêrca da propriedade dêles, é que o fato devia ser considerado ilícito penal. Dificilmente poderá ocorrer tal confusão quando se trate de animal não-componente de manada e, por isso mesmo, facilmente identificável, apesar da supressão da marca ou sinal.

Apresenta-se, aqui, um crime formal típico: basta, para sua consumação, o mero perigo de lesão ao patrimônio alheio, isto é, a possibilidade de vir a ser atribuída ao agente a propriedade dos animais (possibilidade esta que a lei presume no fato de supressão ou alteração da marca ou sinal). Diferencia-se êle do furto, porque não há subtração da *res*; da apropriação indébita (ainda quando o gado ou rebanho esteja confiado ao agente), porque ainda não há efetiva apropriação; do estelionato, porque à fraude, que o informa, não se segue a efetiva captação de lucro ilícito. Se a supressão ou alteração da marca ou sinal é meio para dissimular o furto anterior, ou assegurar o continuado êxito de uma apropriação indébita, ou tiver servido como ardil num estelionato, qualquer dêsses crimes absorverá o de que ora se trata, segundo a regra *uñi major minor cessat*. A ação caracterizadora do crime consiste em *suprimir* ou *alterar* a marca ou sinal indicativo de propriedade. *Suprimir* é, de qualquer modo, fazer desaparecer a marca ou o sinal, enquanto *alterar* é desfigurá-los, total ou parcialmente, tornando-os irreconhecíveis. *Marca* é o assinalamento a ferro candente ou substância química. *Sinal* é todo distintivo artificial, diverso da marca (ex.: argolas de determinado feitio nos chifres ou focinho dos animais).

O dec. n.º 7.917, de 24-3-1910, e o dec.-lei n.º 4.854, de 21-10-1942, dispõem sôbre a feitura e o registro das *marcas*

de animais, mas é de notar que, para a existência do crime em questão, é indiferente que a marca seja irregularmente feita ou não esteja registrada, pois o que se protege penalmente, aqui, não é a marca em si ou por si mesma, mas como sinal indicativo de propriedade. Cumpre insistir que se deve tratar de animais integrantes de *gado* ou *rebanho*. Por *gado* ou *rebanho* se entende toda pluralidade gregária de quadrúpedes que costumam ser criados ou mantidos em pastos, campos, *retiros* ou currais. Quando os animais são de grande porte (bois, cavalos, muares), fala-se em *gado*; quando de pequeno porte (carneiros, cabritos, porcos, etc.), prefere-se o termo *rebanho*. Deve o gado ou rebanho ser *alheio*, pouco importando que esteja em terras do proprietário, do próprio agente ou de terceiro. Basta que a supressão ou alteração da marca ou sinal se opere em um só que seja dos animais, e ainda que tal animal haja tresmalhado, saindo das terras do dono ou do lugar onde se encontre o gado ou rebanho. A supressão ou alteração deve ser feita *indevidamente*. O emprêgo dêste advérbio, no texto do art. 162, não é de todo supérfluo (como parece a MAGALHÃES NORONHA): com êle, quis o legislador significar que não é protegida a marca ou o sinal em si mesmos, mas a propriedade que indicam, tanto assim que, se alguém adquire animais e vem a suprimir ou alterar a respectiva marca ou sinal, não comete crime algum.

O dolo distintivo do crime é o propósito de ocasionar a incerteza da propriedade e criar a possibilidade de ulterior apropriação do animal ou animais.

Na primitiva redação do Projeto revisto, o texto do artigo 162 continha a seguinte cláusula final: “para dêle (isto é, do gado ou rebanho) se apropriar, no todo ou em parte”. A própria *Exposição de Motivos* refere-se a tal cláusula,⁶ percebendo-se o ministro CAMPOS de que fôra suprimida, na

⁶ Els o trecho da *Exposição de Motivos*: “Também constitui crime de usurpação o fato de suprimir ou alterar marca ou qualquer sinal indicativo de propriedade em gado ou rebanho alheio, para dêle se apropriar, no todo ou em parte”.

última fase de *mondagem* do Projeto. E a supressão justificava-se: fazia a cláusula supor que o fim do agente fôsse a imediata apropriação efetiva dos animais, quando, na realidade, o pensamento da Comissão Revisora era que bastava o fim de *criar a possibilidade* ou *perigo* de usurpação da propriedade dos animais.

CAPÍTULO IV

DO DANO

Dano

Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00.

Parág. único. Se o crime é cometido:

I — com violência a pessoa ou grave ameaça;

II — com emprêgo de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;

III — contra o patrimônio da União, de Estado ou de Município;

IV — por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena — detenção, de seis meses a três anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 10.000,00, além da pena correspondente à violência.

Introdução ou abandono de animais em proprie- dade alheia

Art. 164. Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo:

Pena — detenção, de quinze dias a seis meses, ou multa, de Cr\$ 200,00 a Cr\$ 5.000,00.

Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico

Art. 165. *Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:*

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 20.000,00.

Alteração de lugar especialmente protegido

Art. 166. *Alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei:*

Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 20.000,00.

Ação penal

Art. 167. *Nos casos do art. 163, do n.º IV do seu parágrafo e do art. 164, somente se procede mediante queixa.*

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* italiano, arts. 635, 636, 638, 733 e 734; suíço, art. 145; francês, arts. 437, 444 e 445; alemão, artigos 303 a 305; espanhol, arts. 528 a 531 e 534; português, arts. 472 a 474 e 479 a 481; polonês, arts. 263 e 272; dinamarquês, art. 291; japonês, art. 261; russo, art. 175; holandês, arts. 350 e 354; iugoslavo, art. 257; uruguaio, arts. 358 e 359; argentino, arts. 183 e 184; venezuelano, arts. 475, 477, 480 e 481; salvadoriano, arts. 519 a 523; mexicano, arts. 397 a 399; nicaraguense, arts. 519 a 525; panamenho, artigos 374 a 376; hondurense, arts. 555 a 559; paraguaio, arts. 411 e 412; peruano, art. 259; porto-riquense, arts. 511 e 517; boliviano, artigos 661 a 680; colombiano, arts. 426 a 428; costarricense, arts. 305 e 306; cubano, art. 565; chileno, arts. 484 a 487; equatoriano (somente cuida de certos danos como contravenções); guatemalteco, arts. 401 a 403; haitiano, arts. 358 e 361 a 374.

BIBLIOGRAFIA. Além da já citada: PINTO (M.), *Del danneggiamento*, 1908; MICELA (G.), *Trattato sul danneggiamento*, 1900; DEL GIUDICE, in *Digesto Italiano*, vol. XXIV, verb. "Danneggiamento"; PALOPOLI, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IV, verb. "Danneggiamento"; UHLMANN, *Zur eifachen Sachbeschädigung (Sôbre o Dano Simples)*, 1893; LEUTZ, *Die Sachbeschädigung*, 1914; MOLL, *Die strafrechtliche Behandlung der Sachbeschädigung (O Tratamento Penal do Dano)*, 1924; GOYENA (I.), *Obras Completas*, vol. IV; VON PRAZYNSKI, *Das Verhältniss der Sachbeschädigung zur Aneignung (A Relação entre Dano e Apropriação)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 88.

COMENTARIO

45. *Dano (história e conceito)*. O dano causado arbitrariamente à coisa alheia é incriminado desde as mais antigas legislações. Em Roma, com o plebiscito aquiliano, recebeu tal crime o nome de *damnum injuria datum*, limitando-se, no seu objeto material, às coisas imóveis (salvo o dano em animais, já punido desde a lei das XII Tábuas), e era punível quer a título de dolo, quer a título de culpa. O direito intermédio seguiu, mais ou menos, a tradição romana, mantendo mesmo a indistinção (persistente no Cód. Penal francês) entre o dano e os crimes de perigo comum. Só modernamente é que o conceito do crime passou a abranger, de par com o dano aos bens imóveis, o infligido aos bens móveis em geral, e veio a ser abolido, quanto ao elemento subjetivo, o critério da lei Aquília, para considerar-se ilícito penal tão-somente o dano intencional ou doloso, ficando o dano simplesmente culposos confinado à órbita do ilícito civil. Por outro lado, foi o dano inteiramente separado dos crimes de perigo extensivo, deixando estes o quadro dos crimes patrimoniais, para constituírem uma classe autônoma, sob a rubrica especial “crimes de perigo comum” ou “crimes contra a incolumidade pública”.

No seu art. 163, o nosso Código define o crime de dano no seu tipo fundamental: é o fato de “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia”. A pena cominada é alternativa: detenção, de seis meses a um ano, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00. É o dano um crime patrimonial que se caracteriza essencialmente pela total ausência do intuito (pelo menos direto) de locupletação: ¹ o *damnum dans* não visa a fim ou proveito econômico, mas apenas a lesar a propriedade alheia. Não impele o agente o *animus lucrandi*, mas o ódio, a vingança, o despeito, a inveja, o capricho, quando não o mero espírito de maldade (vandalismo, erostratismo, desprezo pela propriedade alheia). É certo que o dano, às vezes,

¹ Também no furto é irrelevante o *animus lucrandi*; mas, no dano, tal *animus*, quando direto, desnatura o crime.

não é alheio a um fim de proveito econômico, mas este se apresenta como uma consequência eventual, indireta ou mediata. Assim, por exemplo, no caso do ferreiro que destrói o alambique do fabricante de açúcar, na esperança de obter a encomenda de outro; ou no do *aficionado do turf* que envenena o cavalo favorito, para aumentar a probabilidade de êxito do cavalo em que apostou; ou mesmo no do indivíduo que corta a árvore secular do prédio vizinho para proporcionar melhor vista e, portanto, maior valor ao próprio prédio. O proveito econômico, em tais casos, não é correlato ao dano como tal ou em si mesmo, mas a um acontecimento outro, embora por ele provocado.

Desde que o dano deixa de ser um fim em si mesmo, passando a ser *meio* de outro crime, perde a sua autonomia, apresentando-se a unidade jurídica de um crime complexo ou progressivo. É o que ocorre no furto qualificado pela violência à coisa (art. 155, § 4.º, I), na *sabotagem* (art. 202, *in fine*), na destruição de tapumes (art. 161), na violação de sepultura com violência à coisa (art. 210), na destruição de prova documental (art. 305),² na inutilização de livro ou documento oficial (art. 314), no exercício arbitrário das próprias razões com violência à coisa (art. 345),³ etc. Por outro lado, se o dano é praticado por meio que acarrete perigo co-

² No Código de 1890, a destruição ou inutilização de documentos (como *meio de prova*) constituía dano, se o agente não visava a proveito próprio ou de outrem (caso contrário, o fato só podia ser punido como modalidade de furto — art. 333). O Código atual, porém, trasladou o fato para a classe dos crimes contra a fé pública (art. 305).

³ Num recurso de *habeas corpus*, versando o caso de um indivíduo denunciado por crime de dano, por haver mandado destruir certa construção que alguém levantara em terreno que considerava de sua propriedade e posse, tendo os mandatários obtido a *passividade* do construtor mediante grave ameaça, o Supremo Tribunal Federal apoiou, unânimemente, o seguinte voto que proferi como relator do feito, desclassificando o crime para “exercício arbitrário das próprias razões”:

“Tenho para mim que o caso de que se trata não foi devidamente apreciado, *data venia*, quer pelo acórdão recorrido, quer pelo

mum (incêndio, explosão, inundação, desmoronamento), passa a integrar crime contra a incolumidade pública. Se o dano é causado mediante incêndio ou importar depredação, de modo a suscitar terror, com o fim de atentar contra a segurança do Estado, o crime passa a enquadrar-se no artigo 4.º, II, da Lei de Segurança (lei n.º 1.802, de 5-1-1953). Finalmente, se o dano é realizado para evitar a prova de autoria de outro crime patrimonial (ex.: destruição da *res furtiva*), praticado pelo mesmo agente, deve entender-se *absorvido* pelo crime anterior (o dano é sempre *absorvido*, *nunca absorvente*).

advogade do recorrente ou pelos ilustres signatários dos pareceres juntos aos autos. Preocupados exclusivamente em afirmar ou negar a existência do crime de dano, perderam de vista outros aspectos do caso. Em face da própria denúncia, esclarecida, no que tem de reticente, pelas informações do Dr. juiz processante, e dos próprios termos do acórdão recorrido, o que se apresenta, na espécie, não é o crime de dano, mas o de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no art. 345 do Cód. Penal. Não existe crime de dano senão quando este é fim em si mesmo, embora, às vezes, não seja incompatível com um *indireto* fim econômico. Tendo por móvel o ódio, a vingança, o despeito, quando não o simples espírito de maldade, o crime de dano encontra a sua autonomia em ser crime que em si mesmo exaure a própria finalidade. Desde que o dano é meio ou escala para outro crime, perde a sua autonomia e passa a ser elemento de crime complexo ou progressivo. É o que ocorre, por exemplo, no furto qualificado pela violência à coisa, na destruição de tapumes e no exercício arbitrário das próprias razões acompanhado de violência à coisa. Desde que o dano é praticado para satisfazer uma pretensão legítima, ou supostamente tal, e, em se tratando de questão possessória, não se venha a provar o “*desfôrço in continenti*” (que, quando regularmente exercido, é *descriminante*), o crime passa para o quadro dos crimes contra a administração da justiça, ou, mais precisamente, passa a constituir elemento do exercício arbitrário das próprias razões. Não há um só autor que discrepe de tal conclusão. Assim MANZINI (*Trattato*, vol. IX, 1.ª parte, pág. 451, ed. de 1938): “*Il fine di esercitare un preteso diritto... rende punibile il danneggiamento soltanto per il titolo di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulla cosa*” No mesmo sentido: DE MARSTOC (*Delitti contro il patrimonio*, página 165), ANGELOTTI (*Delitti contro il patrimonio, in Trattato de*

46. *O evento no crime de dano.* Segundo o texto legal, o evento ou resultado de fato do dano é a *destruição, inutilização ou deterioração* da coisa alheia. Na *destruição*, a coisa cessa de subsistir na sua individualidade anterior, ainda mesmo que não desapareça a matéria de que se com-

FLORIAN, pág. 261), MAGALHÃES NORONHA (*Crimes contra o Patrimônio*, vol. 1.º, pág. 437).

O paciente teria determinado a destruição ou demolição (que é destruição, quando se trate de coisa *composta*) da construção que se estava fazendo em anexo a uma casa existente na praia da Tabatinga, para não permitir a continuidade de uma invasão da posse que se atribui, justa ou injustamente, no local. Ao invés de embargar judicialmente a obra ou mover ação possessória (como veio a fazer, aliás, posteriormente), já que passara a oportunidade para o *desfôrço imediato*, fêz justiça por suas próprias mãos. Não há indagar se a pretensão do paciente ao edifício e terreno em questão é legítima ou não, bastando que ele a supusesse tal. O fato se enquadra no art. 345: "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite". Ora, o crime de exercício arbitrário das próprias razões, quando praticado sem violência física à pessoa, é de ação privada, isto é, só mediante queixa se promove a ação penal. É o que dispõe o parágrafo único do art. 345. É certo que o art. 103 do Cód. Penal dispõe que, "quando a lei considera como elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes de um crime fatos que, por si mesmos, constituem crime, cabe a ação pública em relação àquele, desde que em relação a qualquer destes se deva proceder por iniciativa do Ministério Público", mas é também inquestionável que, no caso de exercício arbitrário das próprias razões, a lei criou uma exceção a essa regra: somente cabe ação pública quando ocorre o emprego de violência física à pessoa. Nem se diga que, no caso concreto, houve *ameaça grave*, que é uma *violência moral*. O nosso Código sempre distingue entre *violência* e *grave ameaça*, para deixar claro que aquela é a *vis corporalis*, a *vis physica*. A *vis compulsiva* ou, seja, a violência moral, a intimidação, não se inclui, perante o Código pátrio, no termo *violência*, ainda quando exercida por meio de armas. O *emprego de violência*, a que se refere o parág. único do art. 345, redundando em concurso material com o crime contra a administração da justiça, é o emprego de força material sobre a pessoa, de que resulte crime contra a integridade física ou contra a vida.

Assim, o processo contra o paciente é nulo *ex radice*, por incompetência do Ministério Público quanto à iniciativa da ação penal".

põe (ex.: matar uma rês, reduzir a cacos uma vidraça, cortar uma árvore). Em se tratando de coisas *compostas* (ex.: uma casa, uma ponte), sua *demolição* ou *derribamento* é destruição. Como tal também se entende, por força de compreensão, o fazer desaparecer uma coisa, de modo a tornar inviável a sua recuperação (ex.: atirando-a a um abismo impraticável). A destruição parcial, desde que acarrete a total imprestabilidade da coisa, é equiparada à destruição completa. Na *inutilização* (no sentido restrito com que a lei emprega o vocábulo), a coisa não perde inteiramente a sua individualidade, mas é reduzida, ainda que temporariamente, à inadequação ao fim a que se destina (ex.: desarranjar as peças de um maquinismo, dispersar os tipos de uma caixa de composição). Finalmente, com a *deterioração*, a coisa sofre um *estrago* substancial, mas sem desintegrar-se totalmente, ficando apenas diminuída na sua utilidade específica ou desfalcada em seu valor econômico (exemplo: mutilar os olhos a um cavalo, partir um *solitário*, tirar os ponteiros a um relógio). Com a deterioração não se confunde a simples *conservação*, desde que, bem entendido, não afete a individualidade ou substância da coisa. Quem borra a fachada de uma casa, atirando-lhe *stercora* ou pixe, não comete dano (senão, conforme o caso, *injúria real*, infração de postura municipal ou simples ilícito civil); já o mesmo, porém, não acontece se, por exemplo, é enodada uma tela artística ou poluído o vinho de uma pipa. Desde que indene a substância e utilidade, não constitui dano, como entidade criminal, a simples ofensa à *estética* da coisa.

47. *Objeto material, sujeito ativo e execução do dano.* Objeto material do dano é a coisa imóvel ou móvel, devendo tratar-se, obviamente, de coisa corpórea ou no sentido realístico, pois somente esta pode ser danificada por ação física. Deve tratar-se de *coisa alheia*, isto é, que pertença atualmente a outrem (veja-se n.º 2). A *res nullius* e a *res derelicta* não podem ser objeto do crime. Salvo os casos dos arts. 165 e 166, não pode ser sujeito ativo do crime o próprio dono da coisa, ainda que na posse legítima de terceiro. Aquêles que

destrói ou *danifica* a coisa própria em poder de outrem, por determinação judicial ou convenção (depositário, credor pignoratício ou anticrético, locatário, comodatário, vendedor com reserva de domínio, etc.), não comete crime de dano, mas o previsto no art. 346. Poderá ser sujeito ativo do crime, porém, o titular da nua-propriedade ou do domínio direto em face do usufrutuário ou enfiteuta. Dadas certas circunstâncias objetivas ou subjetivas, a destruição da própria coisa é também criminosa em outros casos, mas nunca a título de dano. Assim, aquele que destrói ou inutiliza, sem autorização legal, a própria coisa, consistente em matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de determinar alta de preços, comete o crime previsto no art. 3.º, I, da lei n.º 1.521, de 26-12-1951; aquele que destrói, total ou parcialmente, coisa própria, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro, comete estelionato (art. 171, § 2.º, V, do Cód. Penal). A exclusão do crime de dano em tais casos teria de ser, aliás, reconhecida, porque a destruição ou inutilização da coisa não se apresenta como um fim em si mesma. Ainda mesmo, porém, que a destruição ou danificação da própria coisa não obedeça a fim ulterior, não deixará de ser crime, se o meio empregado (incêndio, inundação, explosão) acarrete *perigo comum*: será, então, crime contra a incolumidade pública, mas não crime de dano.

Não deixa, entretanto, de cometer crime de dano o condômino que destrói, inutiliza ou deteriora a *coisa comum*, salvo se, sendo esta fungível, fôr atingida somente a parte correspondente à cota a que tem direito o agente (como acontece no caso de *furto da coisa comum*), pois, em tal hipótese, não há, praticamente, prejuízo patrimonial dos demais comunheiros.

O dano pode ser praticado tanto por *ação*, quanto por *omissão* (o administrador da fazenda, por ódio ao proprietário, deixa de regar a plantação, que vem a ressecar e morrer). É indiferente o *processus* da danificação: pode esta ser praticada por meios mecânicos, pelo fogo (desacompanhado de

perigo comum), pelo emprego de substâncias corrosivas ou desintegrantes.

O dano praticado em *estado de necessidade*, quando este não tenha sido provocado pelo dono da coisa, não exclui a responsabilidade civil do agente (art. 1.519 do Cód. Civil), embora com direito regressivo contra o culpado do perigo (art. 1.520); mas, ainda em tal caso, nenhuma consequência penal acarreta.

48. *Consumação e tentativa.* Crime material, o dano só se consuma com a efetiva destruição, inutilização ou deterioração da coisa. Se a destruição parcial, quando torne imprestável a coisa ou a *deteriore*, basta como elemento de fato do dano, não importa, para a consumação, que o intuito do agente fôsse a destruição total. A tentativa somente deve ser reconhecida quando não chegue a ocorrer estrago algum ou estrago relevante, *in exemplis*: o agente é surpreendido ao desferir o primeiro golpe de machado no grosso tronco da árvore alheia, que pretendia derribar; perde-se o tiro com que o agente pretendia abater o animal pertencente ao vizinho.

49. *Elemento subjetivo.* O crime de dano só é punível a título de dolo (o dano culposo, como já foi acentuado, não ultrapassa a órbita do ilícito civil). O dolo, aqui, é a consciência e vontade de destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa alheia, especificando-se pelo *animus nocendi*, isto é, pelo fim de causar um prejuízo patrimonial ao dono. É necessário o concomitante propósito de prejudicar o proprietário. Tanto é inseparável do dolo, na espécie, o *animus nocendi* que, se o agente procede *jocandi animo*, contando com a tolerância do *dominus*, não comete crime de dano (por isso mesmo que falha, em tal caso, o ânimo de prejudicar). Conforme justamente pondera GIURIATI (ob. cit., pág. 466), o elemento subjetivo do dano não se exaure com o dolo genérico, pois é preciso também que "*il colpevole nella sua azione concepisca il rapporto fra il patrimonio e il proprietario, anche ignoto, anche indeterminato, e intenda con una diminuzione del*

primo, infliggere un nocumento al secondo". E exemplifica o mesmo autor (pág. 483): "O vândalo noturno que arranca "a tabuleta de uma casa comercial e a atira ao rio, não age "com o só escopo de ver sobrenadar a tábua, mas pensando "na confusão e mágoa que experimentará, na manhã seguinte, o negociante. Quem quebra lâmpíões da iluminação pública, age pelo estúpido prazer de ver *lesado* um serviço público. Ao contrário, não poderia ser considerado "agente de crime de dano o meu amigo que, sem ânimo hostil, tenha cortado, para *pregar-me uma peça*, os fios da "campainha elétrica de minha casa".

50. *Dano qualificado*. O dano é *qualificado* por certos *modos de execução*, por *especial qualidade da coisa*, pela natureza dos *motivos* ou pela *gravidade objetiva* do prejuízo ocasionado à vítima. Segundo dispõe o parágr. único do artigo 163, a pena passa a ser detenção de seis meses a três anos, e multa de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 10.000,00 (sem a *alternatividade* permitida no caso de dano simples), "se o crime é cometido: I, com violência à pessoa ou grave ameaça; II, com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não "constitui crime mais grave; III, contra o patrimônio da "União, de Estado ou de Município; IV, por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima".

Quanto à circunstância de "violência à pessoa ou grave ameaça", veja-se n.º 21. Também aqui, a lei ressalva a aplicação autônoma e cumulativa da pena correspondente à violência física à pessoa.

Quanto ao emprego de "substância inflamável ou explosiva":

Substância inflamável é toda aquela que se caracteriza pela facilidade e violência com que se acende e comunica o fogo (ex.: petróleo, benzina, nafta, etc.).

Substância explosiva é todo corpo capaz de produzir, pela decomposição, um violento deslocamento ou desintegração de coisas adjacentes. Os *explosivos* são variadíssimos, e freqüentemente se inventam novas composições e novos pro-

cessos, cada vez com maior poder de destruição (culminando, na atualidade, com a bomba atômica e a bomba de hidrogênio, cujo segredo de fabricação continua preservado pelos governos que o possuem). Podem ser *detonantes* (dinamite, belite, melinite, ruturite, lidite, crisilite, tolite, chedite, fulminatos, explosivos TNT, explosivos à base de ar líquido, etc.) ou *deflagrantes* (pólvora negra, pólvora pícrica, pólvora sem fumaça, algodão-pólvora ou piroxilina, ácido pícrico, balistite, cordite, etc.). É indiferente o modo pelo qual são dispostos, ou o meio de se determinar a explosão. O texto legal faz a seguinte ressalva: "se o fato não constitui crime mais grave". É um exemplo de *subsidiariedade expressa*. O crime de dano é excluído pelo crime mais relevante, de que seja subsidiário, e a lei assim o declara, adiantando-se ao intérprete. Assim, se o fato é acompanhado de *perigo comum*, o crime único a reconhecer-se será o de *incêndio* (artigo 250) ou o de *explosão* (art. 251). Se o fato representa "devastação ou depredação, de modo a suscitar terror, com o fim de atentar contra a segurança do Estado", o crime será o do art. 4.º da Lei de Segurança (lei n.º 1.802, de 5-1-1953). É de notar-se que a simples posse de explosivos com intenção criminosa ou, quando não, sem licença da autoridade competente, é incriminada pelo art. 16, e seu parág. único, da mesma lei, podendo apresentar-se um concurso material entre tal posse e o crime de dano.

A razão da especial agravação da pena, no caso, vem de que maior é o alarma provocado pelo dano praticado com os meios em questão e muito freqüente é a difusão do estrago a outras coisas, além da visada pelo agente.

Quanto à qualificativa de ser objeto do dano coisa pertencente ao patrimônio da União, Estado ou Município, cumpre esclarecer que o vocábulo *patrimônio* não tem, aqui, o sentido restrito do art. 66, IV, do Cód. Civil: abrange todos os bens públicos, quer os *dominicais*, quer, com maioria de razão, os de uso público especial e os entregues ao uso co-

rum do povo ou *in usu populi*.⁴ Estão igualmente compreendidos, como é claro, os bens das *autarquias*, cujo patrimônio seja desdobramento do da entidade de direito público em cuja órbita gravitem. Mesmo os bens das *sociedades de economia mista* (ex.: o Banco do Brasil), de cujo acervo a Fazenda Pública é comunheira (não prevalecendo, em direito penal, a ficção de que *societas distat a singulis*), gozam da especial proteção penal. Se o bem público está sob a administração militar, o crime passa a ser *militar* (Cód. Penal Militar, arts. 211 a 215). Se além do caráter de *publicidade*, o objeto do dano reveste as qualidades e condições referidas nos arts. 165 e 166, haverá concurso formal de dano qualificado e os crimes aí previstos.

A *ratio* da agravação especial, aqui, é manifesta: os bens atingidos estão afetos ao interesse público.

Quanto à qualificativa do “motivo egoístico”:

Motivo egoístico, no sentido do texto legal, não é o que se liga à satisfação de qualquer sentimento pessoal (ódio, inveja, despeito, prazer da maldade, desprezo pela propriedade alheia, etc.), pois, de outro modo, não haveria como distinguir entre o dano qualificado em tal caso e o dano simples (sempre informado de algum sentimento pessoal na sua motivação). *Egoístico* é o motivo quando se prende ao desejo ou expectativa de um ulterior *proveito* pessoal *indireto*, seja econômico, seja moral. Exemplo: o *ás* automobilístico, na esperança de assegurar-se o prêmio do *Circuito da Gávea* ou manter a sua reputação esportiva, destrói o carro em que iria correr um competidor perigoso.

Finalmente, quanto à especial agravante de “prejuízo considerável para a vítima”:

O caráter de gravidade objetiva, como se depreende da letra da lei, é referível à condição de fortuna da vítima (um prejuízo patrimonial que não tenha maior relêvo para um homem abastado, pode ser *considerável* para um operário). Para que seja reconhecível a agravante, é necessário que o

⁴ Conf. MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., n.º 139).

“prejuízo considerável” seja abrangido pelo dolo (direto ou eventual) do agente. Como dizia GAUTIER (quando da elaboração do Projeto de Cód. Penal suíço, em que, neste ponto, se inspirou o nosso Código), faz-se mister que o agente tenha “*causé à dessein un dommage considérable*”.⁵

51. *Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia.* No art. 164 é incriminado como hipótese especial de dano o “introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que do fato resulte prejuízo”. *Introduzir* é fazer penetrar ou dar causa à penetração; *deixar* é não retirar, abandonar. No primeiro caso, os animais são propositadamente tangidos, ou propositadamente se lhes cria ensejo para incursão na propriedade alheia; no segundo, tendo os animais invadido a propriedade alheia à revelia do dono ou encarregado deles, este intencionalmente não os faz sair. Com o vocábulo *animais* (no plural), o texto legal quer apenas designar o *genus*, e não uma indispensável *pluralidade*: basta a introdução ou abandono de um só animal que seja. De outro modo, poderia ser iludida a incriminação, cuidando o agente de evitar que nunca estivesse introduzido ou abandonado, em vêzes sucessivas, mais de um animal. Os animais podem ser de grande ou pequeno porte (desde que, como é óbvio, sejam capazes de causar dano).

Como a proteção penal, na espécie, visa, principalmente, à incolumidade de plantações ou vegetações úteis, a propriedade invadida será, as mais das vêzes, terreno rural, mas o próprio terreno urbano, desde que contenha plantações (horta, jardim, pomar), não fica excluído.

A introdução ou abandono deve ocorrer “sem o consentimento de quem de direito”. Não se trata de uma cláusula supérflua: quer significar que o consentimento descriminante tanto pode ser dado pelo dono do terreno (ou mandatário autorizado) quanto pelo possuidor legítimo, seja ou não titu-

⁵ *Protokoll der 2ten. Expertenkommission*, vol. II, pág. 330.

lar de direito real (locatário, comodatário, depositário judicial, usufrutuário, enfiteuta, credor anticrético, promitente-comprador imitado na posse, etc.), e mais que, outorgado o consentimento, não haverá ilícito *penal*, por mais insólito ou grave que tenha sido o dano.

É condição objetiva do crime a superveniência de *prejuízo*. Se êste não ocorre, não se poderá reconhecer, sequer, *tentativa*, pois, diversamente do dano no seu tipo fundamental, não é exigido, aqui, o *animus nocendi*. A intenção do agente há de ser outra que não a de causar dano por amor ao dano, como, *in exemplis*, a de pôr os animais em trânsito pela propriedade alheia, ou a de lhes proporcionar maior amplitude de vagueação. Se há o fim exclusivo de causar dano, o crime passa a ser o previsto no art. 163. Por outro lado, se o agente visa diretamente a alimentar os animais com a vegetação forrageira do terreno alheio, já não se apresentará o dano como um fim em si mesmo, mas autêntica subtração da coisa alheia, e o crime será o de furto.

O prejuízo, na maioria dos casos, será referível a plantações ou vegetações, mas compreende o relacionado a qualquer coisa suscetível de ser danificada ou consumida pelos animais (cêrcas, frutos colhidos e amontoados a céu aberto, sal dos cochos, etc.). Também aqui, o objeto da tutela penal é a *propriedade*, e não a *posse*. Não pode ser sujeito ativo do crime o próprio dono do terreno, ainda quando na posse legítima de terceiro, e as plantações ou vegetações (ou outras coisas danificadas ou consumidas) sejam pertencentes a êste. No último caso haverá, conforme as circunstâncias, dano comum (art. 163) ou furto. A mesma solução deve ser dada no caso de ser o agente condômino do terreno invadido e o prejuízo resultar de dano a plantações ou coisas de exclusiva propriedade do condômino-possuidor.

No caso de parceria agrícola, se as coisas atingidas pelos animais introduzidos ou abandonados pelo dono da terra forem da ajustada comunhão, sòmente poderá ser reconhecido ilícito civil.

A ação penal, na espécie, é privada (art. 167), mas o direito de queixa caberá tanto ao proprietário quanto ao possuidor não-proprietário, e este será o único titular de tal direito se as coisas destruídas, estragadas ou consumidas forem só a êle pertencentes.

52. *Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico.* A propriedade, atualmente, já não reveste o cunho romanístico de direito soberano e discricionário, compreensivo até mesmo de quase ilimitada *facultas abutendi*. Foi-lhe reconhecida, até certo ponto, uma como *função social*, não podendo o direito correspondente ser exercido contra o interesse coletivo. No sentido de vinculá-la ao *bonum commune omnium*, criaram-se-lhe múltiplas restrições, que chegam a assumir, por vezes, o caráter de autênticas *servidões legais*. Entre tais restrições se inclui a concernente aos bens de relevante valor estético ou histórico, sejam produzidos pelo homem, sejam naturais. Em todo o mundo civilizado, a partir, principalmente, do começo deste século, operou-se um crescente movimento de opinião no sentido da especial tutela de tais bens, cuja preservação atende ao interesse geral da educação e do culto às coisas belas. Até mesmo um interesse *econômico* coletivo se reconhece na espécie, pois a curiosidade ou atração provocada pelas obras de arte, antiguidades e belezas naturais, fomenta, em cada país, e internacionalmente, o pródigo turismo.

No Brasil, a Constituição de 34 (art. 10) teve a iniciativa de atribuir expressamente à União e aos Estados a proteção das "bezas naturais" e dos "monumentos de valor histórico ou artístico". A Constituição de 37 (art. 134) também dispunha: "Os monumentos históricos, artísticos ou naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atendidos contra eles cometidos são equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional". Este dispositivo, que submetia os bens em questão a uma verdadeira *dicatio ad*

patriam, veio a ser regulado pelo dec.-lei n.º 25, de 30-11-1937, cujo art. 1.º, com um critério ampliativo permitido pelo artigo 122, n.º 14, da própria Lei Básica, assim prescreve: “Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis ou imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da História do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”. E o § 2.º acrescenta: “Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento, os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana”. A Constituição atual, no seu art. 175, manteve o princípio da tutela especial e com a latitude que o dec.-lei n.º 25 (em pleno vigor) já lhe emprestara: “As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do poder público”.

O Cód. Penal de 1940, inspirado, aliás, no Código italiano (arts. 733 e 734), entendeu de contribuir com a sua reforçada sanção para essa tutela, imprimindo o cunho de ilícito penal ao “dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico” e à “alteração de local especialmente protegido”. Diferenciando-se, entretanto, do seu modelo, que vê nesses casos meras *contravenções*, cujo sujeito ativo somente pode ser o próprio dono da *res* especialmente protegida, o nosso Código preferiu configurar *crimes* e sem indagar se a coisa é do próprio agente ou alheia (sujeito ativo pode ser qualquer pessoa).

A primeira dessas figuras criminais é a prevista no artigo 165, de que agora vamos tratar: “Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico: pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de “Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 5.000,00”.

Este dispositivo, que não distingue entre bens particulares e bens públicos, tem sido objeto, em cotejo com o art. 163, parág. único, III (dano qualificado pela natureza pública da coisa), de uma estranha confusão. CARLOS XAVIER (ob. cit., pág. 142) entende que ele “poderia ser dispensado, porquanto se acha abrangido pelo art. 163, parág. único, n.º 3, que “agrava o crime quando praticado contra o patrimônio da “União, do Estado ou do Município”. MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., n.º 159) replica, com toda razão, que o art. 165 compreende tanto os bens públicos quanto os particulares; mas, a seguir, incorre também em equívoco, dizendo que aí não estão abrangidos os bens públicos *tombados* pelo seu valor artístico, arqueológico ou histórico, pois, a entender-se de outro modo, o dano contra eles seria, absurdamente, punido com pena menos grave do que a cominada ao dano de coisas públicas desprovidas desse valor. Ora, se o objeto do dano é, ao mesmo tempo, coisa pública e *tombada* em virtude do dito valor, o que se apresenta é um *concurso formal* entre dano qualificado (art. 163, parág. único, III) e o crime do art. 165, aumentando-se a pena mais grave (que é a do dano qualificado) de um sexto até metade, na conformidade do § 1.º do art. 51. Chega a ser inexplicável que se gaste papel e tinta para defender solução diversa. E igualmente haverá concurso formal entre dano qualificado e o crime de que se trata se ocorre qualquer das agravantes dos incs. I, II e IV do parágrafo único do art. 163, e a coisa *tombada*, objeto do dano, é particular.

O crime definido no art. 165 só se diferencia do dano no seu tipo fundamental pela circunstância de ser *tombada*, pelo seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a coisa atingida. O *tombamento* (que pode ser *de ofício*, *voluntário* ou *compulsório*, *definitivo* ou *provisório*, concernente a coisa móvel ou imóvel) é regulado pelos arts. 4.º a 10 do decreto-lei n.º 25. Competente para determiná-lo é o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e, no caso de tombamento compulsório, haverá recurso para o Conselho Consultivo do mesmo Serviço. Não é vedado, entretanto,

ao juiz penal (em face ao disposto no art. 141, § 4.º, da Constituição) reconhecer e declarar, se fôr o caso, o caráter arbitrário ou ilegal do tombamento, de modo a excluir a criminalidade do fato, se o agente é o próprio dono da coisa. Cumpre igualmente notar que o tombamento da coisa é um elemento objetivo do crime a que deve corresponder o conhecimento do agente, e, assim, se é por este ignorado, o dolo será excluído por *error facti* (art. 17), ficando isento de pena o agente, se não se tratar de coisa alheia. O tombamento, no que respeita ao crime em questão, é o que concerne a coisas *vinculadas a fatos memoráveis da História do Brasil* ou que representem *excepcional valor arqueológico ou artístico*. O art. 1.º do dec.-lei n.º 25, de 1937, fala, também, em coisas de valor *etnográfico* ou *bibliográfico*, mas, para que estas sejam objeto material do crime do art. 165, é preciso que apresentem, ao mesmo tempo, valor arqueológico ou artístico. Atualmente, no Brasil, há uma excessiva preocupação em se transformarem *idades mortas* ou *escombros* mais ou menos inexpressivos em *monumentos nacionais*. Difundiu-se um verdadeiro *culto à ruína*. É bem de ver, porém, que o juízo penal não está adstrito à eventual *elasticidade* de critério da autoridade administrativa incumbida do tombamento.

O art. 17 do dec.-lei n.º 25 dispõe que “as coisas tombadas não poderão ser, sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, reparadas, pintadas ou restauradas”. É de advertir, entretanto, que se a *reparação, pintura ou restauração* não importar anulação ou diminuição do valor especial da coisa, não haverá crime. Sobre o evento “destruição, inutilização ou deterioração”, veja-se n.º 44.

53. *Alteração de local especialmente protegido*. Com esta rubrica o art. 166 incrimina o fato de “alterar, sem licença da autoridade competente, o aspecto de local especialmente protegido por lei”. É manifesto o íntimo parentesco existente entre esta entidade criminal e a prevista no art. 165 (no tocante ao dano contra coisas de valor artístico). Também aqui se protegem coisas que merecem conservação pelo

seu cunho de beleza, e o próprio *dominus* pode ser sujeito ativo do crime (isto é, as coisas são protegidas contra o próprio *jus abutendi* do titular da propriedade, que sofre, no caso, igualmente, uma limitação reclamada pelo interesse geral). Há, porém, diferenças sensíveis: as coisas tuteladas, no art. 166, são sempre ou necessariamente *imóveis*, e sua beleza é produto da natureza, espontâneo ou *retocado* pela mão do homem. Além disso, para o *eventus sceleris*, basta a simples *alteração de aspecto*, ainda que desacompanhada de *destruição*, *inutilização* ou *deterioração* sob o ponto de vista material ou substancial. O simples *prejuízo à forma*, embora indene a *substância*, já concretiza o crime. Assim, o fato de erigir uma construção qualquer que intercepte ou limite a perspectiva ou visão panorâmica ou *quebre* a beleza do local é o *quantum satis* para que o crime se apresente objetivamente. A própria colocação de *cartazes* que, pelo seu tamanho ou disposição, produza tais efeitos, pode ser infração do art. 166.

Como já vimos, o dec.-lei n.º 25, de 1937, equipara aos bens que especialmente protege, sujeitando-os igualmente a *tombamento*, os “sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana”. Por sua vez, o Cód. Florestal (dec. n.º 23.793, de 23-1-1934) coloca sob especial tutela as “florestas que servirem para proteger sítios que por sua beleza mereçam ser conservados” (incluídas tais florestas entre as denominadas *protetoras*, *ut* artigo 4.º, letra f), e também a “vegetação das encostas dos morros que sirvam de moldura a sítios e paisagens pitorescas dos centros urbanos e seus arredores” (art. 22, letra h). Em tais casos, a existência do crime não depende de prévio *tombamento*, mas a *classificação* pela autoridade administrativa (Ministério da Agricultura ou mesmo autoridades estaduais ou municipais, nos limites de sua jurisdição territorial, *sub censura* do dito Ministério) deve ser notificada aos interessados. É indispensável, para integrar o dolo do crime, que o agente tenha conhecimento da especial proteção do local, salvo se esta decorre de lei *ad hoc* (cuja ignorância não pode

ser alegada), individuando, ela própria, o imóvel. Assim, em se tratando de “parques nacionais, estaduais ou municipais”, que o Cód. Florestal (art. 9.º) considera “monumentos públicos naturais”, é suficiente lei ou decreto executivo que os consagre como tais. É certo que o referido Código dispõe que as *classificações* devem ser também notificadas ao Registro imobiliário (art. 107), para a respectiva *averação*, mas isso apenas tem por fim assegurar a *servidão legal* que elas importam para o imóvel. O crime pode ser reconhecido ainda que omitida a *averação* (desde que a classificação tenha sido notificada aos interessados ou conste de lei ou decreto especial).

Dispõe ainda o Cód. Florestal (art. 11, parág. único) que o proprietário dos locais em questão (quando particulares) terá direito a perdas e danos pela limitação do seu direito dominical; mas é bem de ver que, mesmo antes da indenização (que só no caso de *desapropriação* deve ser *prévia*, como determina o art. 141, § 16), o crime será reconhecível.

Cumprido notar que, segundo a Lei de Introdução ao Código Penal (dec.-lei n.º 3.914, de 9-12-1941), “os fatos definidos como crimes no Cód. Florestal, *quando não compreendidos no Cód. Penal*, passam a constituir contravenções...”. Assim, a infração prevista no art. 83, letra c, do Cód. Florestal, que passou a ser previsto como crime no art. 166 do Cód. Penal, só a este último título pode ser punida (e não também como *crime florestal*). Se a “alteração do aspecto do local” é realizada por outrem que não o proprietário e mediante *destruição, inutilização ou deterioração* de qualquer dos elementos materiais que o componham, haverá concurso formal entre o crime de dano comum (art. 163) e o de que ora se trata. Se o não-proprietário, no mesmo caso, ignorava a *especial proteção* do imóvel, responderá somente por crime de dano comum.

54. *Ação penal.* Dispõe o art. 167 que, “nos casos do art. 163, do n.º IV do seu parágrafo e do art. 164, somente se procede mediante queixa”. Assim, agora os casos de dano qualificado por “violência a pessoa ou grave ameaça”, por “emprego de substância inflamável ou explosiva” ou pela

condição pública da coisa atingida (parág. único, ns. I, II e III, do art. 163), e os previstos nos arts. 165 e 166, é *condição de processabilidade* (e, portanto, de *punibilidade*) o oferecimento de *queixa* da pessoa lesada. A razão vem de que, nos demais casos, o alarma social ou o *interêsse público* na punição se apresentam tão atenuados, que o legislador entendeu de bom aviso, oportunisticamente, deixar a ação penal à exclusiva iniciativa privada. ⁶ A lei penal intervém com a

⁶ A conservação do instituto da *ação privada* pelos atuais Códigos Penal e de Proc. Penal sofreu tenaz impugnação do ilustre Prof. CANUTO MENDES DE ALMEIDA, da Faculdade de Direito de São Paulo, que, em 1945, apresentou à consideração do então ministro da Justiça um Anteprojeto suprimindo-o. Em nome da Comissão que apresentara os projetos definitivos dos citados Códigos, e fôra mandado ouvir, formulei o seguinte parecer:

“O Anteprojeto do Prof. CANUTO MENDES DE ALMEIDA pretende que adotemos a solução do direito franco-italiano, com repúdio de um sistema que, além de tradição democrática do direito brasileiro, representa medida de prudência e de comprovado acêrto. É trazida à balha a velhíssima controvérsia que se trava em tórno ao *monopólio estatal* do exercício da ação penal e remonta à elaboração da Ordenança francesa de 1670. Cumpre notar, para logo, que o tema não passou despercebido à Comissão incumbida dos projetos dos atuais Cód. Penal e de Proc. Penal, que, entretanto, preferiu conservar o sistema tradicional do direito pátrio, pois nenhuma razão de ordem prática aconselhava rompê-lo. Ao contrário, reputou-se mais conveniente ao interêsse da defesa social a sua manutenção, tendo-se em vista a realidade brasileira, que não é só a das grandes cidades do litoral.

Em defesa do seu ponto de vista, o Prof. CANUTO repete o mesmo argumento daqueles que, refugiando-se no princípio da *autoridade*, com sacrifício do princípio da *liberdade* (NOURRISSON, *De la participation des particuliers à la poursuite des crimes et des délits*, 1894), pleitearam, entre as inconseqüências da grande Revolução de 1783, a exclusividade da ação penal por parte do Ministério Público. Argumento fragilíssimo e desacreditado: o caráter *publicístico* da ação penal decorre de que esta visa à realização do direito penal, que é de ordem pública. Ora, a chamada *ação penal privada* nada tem de incompatível com a *publicidade* do direito que ela tende a efetuar, desde que é proposta e exercida perante a autoridade pública (judiciária), a que ficam reservadas a imposição e execução da pena. O *fus puniendi* cabe ao Estado, mas não há incongruência alguma no conceder-se ao particular o *fus persequendi in iudicio*. Nada impede que a

sua sanção, mais severa que a da lei civil, mas deixa ao arbítrio do ofendido promover a sua aplicação (para o que, quando o pobre, terá advogado gratuito, nomeado pelo juiz, confor-

titulariedade da ação penal seja reconhecida a pessoa diversa do titular do direito subjetivo à punição. Múltiplos são os casos em que o particular é admitido ou chamado a participar ou cooperar nos fins do Estado. Isto ocorre, para não ir mais longe, no próprio setor da administração da justiça penal. Que é o Tribunal do Júri senão uma cooperação de particulares na atividade judiciária do Estado? A própria *ação popular*, ainda conservada na liberal Inglaterra (e por tantos anos admitida entre nós, de modo geral ou excepcionalmente), * é de uma lógica irrepreensível, pelo menos dentro dos postulados democráticos, que predominam no governo dos países civilizados. A ação privada só pode ser coerentemente repudiada nos países de regime totalitário ou de socialismo do Estado (como na deplorável Itália de MUSSOLINI), devendo notar-se, entretanto, que na própria Alemanha (onde o *gigantismo* estatal era filosofia corrente mesmo antes do nazismo) a lei processual-penal admite, ao lado da ação penal pública (*öffentliche Klage*), a ação penal privada (*Privatklage*) e a intervenção privada na ação penal pública (*Nebenklage*), o mesmo acontecendo na Áustria, onde, de par com o Ministério Público (*Staatsanwaltschaft*), são conservados o acusador particular (*Privatanklager*) e o acusador particular subsidiário (*Subsidiäranklager*). É ainda de observar-se que tal critério se apresenta como *tendência* na própria França, tão zelosa da glória de ser o país de origem do Ministério Público: admite-se que a pessoa lesada pode tomar a iniciativa do processo, usando do "direito de citação direta" para chamar o adversário ao *tribunal correccional* ou de *simples polícia*; e, desenvolvendo essa tendência, uma decisão do Tribunal Supremo, de 8-12-1906, lhe concede, ainda quando se trate de *crimes*, uma faculdade semelhante, isto é, a de provocar a ação do magistrado instrutor, não obstante a abstenção ou opinião contrária do Ministério Público. Evidenciam-se aí as fases de uma evolução que abre, cada vez mais largamente, à parte lesada, o acesso à justiça repressiva (DONNEDIEU DE VABRES, *A Justiça Penal de Hoje*, trad. de F. MIRANDA, pág. 134). Porque na Itália persiste arraigadamente o exclusivismo da ação do Ministério

* Tem-se pretendido, embora sem razão, que a atual Constituição, no seu art. 141, § 37, restaurou a ação penal popular nos crimes funcionais ou de responsabilidade, quando dispõe: "É assegurado a quem quer que seja o direito de representar mediante petição dirigida aos poderes públicos contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas". Esta frase final deve ser entendida em termos: *quidam de populo* pode promover a propositura da ação penal pelo Ministério Público, mas não *exercé-la*, substituindo-se a este.

me dispõe o art. 32 do Cód. de Proc. Penal). É força reconhecer que o dano, quando não revestido de circunstâncias reveladoras, *a priori*, de maior capacidade de delinquir do

Público, não é isso razão bastante para que a imitemos. MANZINI, o penalista máximo do extinto fascismo, assim se exprime sobre o tema: "Se no Estado pseudodemocrático, em que domina a impostura (!?) "da soberania popular, não seria impróprio deixar ao exercício privado a função pública de promover e exercitar a ação penal" (pois essa pretendida soberania se incorpora nos cidadãos), no Estado fascista, que reivindica para si só a essência de todos os atributos da soberania, a função penal não pode ser exercida senão por "um órgão estatal" (*Trattato di dir. proc. penale*, 1931, vol. I, página 204). É uma linguagem que, positivamente, não pode ser entendida nos países da América. E para contrastar semelhante intolerância, não faltam vozes, na própria doutrina italiana, que defendem até mesmo a *ação penal popular supletiva* (de que é afim, aliás, a ação privada supletiva de que cogita o art. 29 do nosso Cód. de Proc. Penal). Eis como disserta VINCENZO LANZA, no seu *Sistema di diritto processuale penale italiano* (1922), ao criticar o exclusivismo da ação do Ministério Público (pág. 59): "...nella dottrina va acquistando sempre più grande favore la possibilità di affidare il potere dell'azione ai singoli cittadini aventi capacità e moralità sufficienti che di ciò gli renda degni: è il concetto dell'azione penale popolare suppletiva la quale, mentre costituirebbe una migliore affermazione del principio di libertà civile, sarebbe a un tempo un incitamento agli organi dello Stato".

Compreende-se, não por motivos de lógica jurídica, mas por motivos de mera política jurídica, que se repudie a ação penal popular, que pode ser escusa fonte de vinditas, de perseguições ou de extorsões; mas vedar a ação privada em todo e qualquer caso, embora circunscrevendo-a, condicionada ou incondicionadamente, ao ofendido, é um radicalismo que só a intransigência dos governos autoritários pode reclamar.

Pondera o Prof. CANUTO que a persistência da ação privada entre nós veio da imperfeita organização inicial do nosso Ministério Público. A observação já fôra feita por João MENDES (*Processo Criminal Brasileiro*), e repetiu-a GALDINO SIQUEIRA (*Processo Criminal*); mas nem por isso deixa de ser menos exata. Trata-se de uma afirmativa que vem sendo reproduzida sem maior atenção. A deficiência de organização do Ministério Público, ao tempo do Cód. de Proc. Criminal de 1832, teria justificado a conservação da "denúncia de qualquer pessoa do povo" (ação popular), mas a ação privada permitida ao ofendido de modo exclusivo (correspondendo à "querela de interesse particular" do antigo direito português) ou como supletiva da ação

agente, e pôsto que não é diretamente movido pelo *animus lucri captandi*, constitui a menos grave das modalidades do

pública, teve e tem outras razões de política penal: 1.º, em certos casos, em que o bem jurídico protegido tem caráter mais privado do que público ou em que o *strepitus iudicii* pode ser mais prejudicial ao interesse do ofendido que a impunidade do ofensor ao interesse social, é razoável que ao ofendido deve ser deixada a iniciativa ou exercício da ação penal; 2.º, de modo geral, seja qual fôr o crime, cumpre que não fique sem eficiente *corretivo* (como salienta LANZA no trecho acima transcrito) a possível desídia ou relápsia do Ministério Público, e a solução lógica, num regime democrático, é permitir que o ofendido, participando da atividade judiciário-penal, supra a omissão do órgão oficial.

Dir-se-á que no sistema italiano (reproduzido do sistema francês) também o ofendido, nos casos em que admitimos a exclusiva ação privada, é o árbitro da propositura ou prosseguimento da ação penal, ou, como diz sutilmente o Prof. CANUTO, embora não seja o ofendido *causa* da ação penal, poderá impedi-la ou sustá-la (abstendo-se da querela ou concedendo perdão ao ofensor). É indistigável, porém, o ilogismo: se a ação, quer na sua propositura, quer no seu *curso*, depende da vontade do ofendido, sua *publicidade* é apenas *in nomine*. E o que é mais: pouco edificante e mesmo vexatória será a situação do Ministério Público, que não só para começar, senão também para *prosseguir*, fica à mercê dos caprichos do ofendido ou dos conluios entre este e o querelado. Querendo abolir a ação privada, o sistema redundaria numa solução puramente acadêmica (à parte o inconveniente apontado). Qual o interesse prático que existe no considerar-se a ação penal sempre pública, se, em determinados casos, fica subordinada, na sua *instauração e seguimento*, ao mero arbítrio do particular ofendido? Referindo-se à querela do direito italiano, diz justamente o já citado LANZA (*Principi di diritto processuale penale*, 1914, página 149): “*per i reati per i quali l'azione può essere promossa dai privati offesi, trattasi di una azione che, nel suo momento iniziale, è azione penale privata*”. Aí está: um raciocínio lógico leva a reconhecer a persistência, ainda que residual, da ação penal privada no próprio direito italiano! E note-se que LANZA não cuidou da faculdade, por parte do ofendido, de deter o curso da ação penal, que, afinal, só por artifício da lei é chamada *pública*, pois, na realidade, não passa de uma ação privada exercida por intermédio do Ministério Público (para que não fique afetada, ainda que por meras palavras, a sagrada prerrogativa do Estado Todo Poderoso!).

Ainda inspirado no direito italiano, o Prof. CANUTO entende que o ofendido pode intervir na ação penal (pública), mas apenas como ti-

crime patrimonial. Não seria mesmo indefensável que o dano, em tal caso, ficasse confinado à esfera do puro ilícito civil.

CAPÍTULO V

DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Art. 168. *Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:*

Apropriação Indébita

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 10.000,00.

tular do direito à reparação do dano. Ora, é direito sabido que a reparação do dano não é pena, mas obrigação civil; de modo que, em princípio, nada tem a ver com ela a lei processual-penal. A *Exposição de Motivos* do ministro CAMPOS colocou a questão nos seus devidos termos. Justificando a rejeição do "instituto ambíguo da constituição de parte civil no processo penal", argumenta ela, irrefutavelmente: "A invocada conveniência prática da economia de juízo não compensa o desfavor que acarretaria ao interesse da repressão a interferência de questões de caráter patrimonial no curso do processo penal". Somente por via de consequência é que pode ser assegurada, no processo penal, o direito à indenização do dano *ex delicto*. É o que decide o nosso vigente Cód. de Proc. Penal, desde que autoriza o ofendido (ou seu representante legal, ou, no caso de morte, o seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão) a intervir na ação penal como *assistente*, para auxiliar a acusação ou pleitear a condenação, que "torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime" (Código Penal, art. 74, n.º 1) e faz *res judicata* no civil (art. 1.525 do Cód. Civil). A própria sentença condenatória penal passa a constituir, como é lógico, título exequendo no juízo cível (Cód. de Proc. Penal, art. 63). Não se compreende, assim, por falta de sentido prático, o art. 29 do Anteprojeto, ao exigir a prévia propositura da ação cível de ressarcimento para que o ofendido possa intervir na ação penal do Ministério Público. Admitir-se a *assistência* como um correlativo direto do direito à reparação do dano é baralhar coisas heterogêneas, pela só preocupação de imitar o direito franco-italiano.

É de acentuar-se que as idéias do Prof. CANUTO foram por este levadas ao Congresso de Advogados reunido, em 1944, nesta Capital, e tiveram o repúdio da quase totalidade de votos na "Seção de direito penal e processual-penal". Seria de todo desaconselhável alterar os recentes Códigos, que têm dado os melhores resultados e colhido gerais aplausos, para recepção de critérios alienígenas, em gritante contraste com as tradições do direito pátrio, além de ilógicos, impolíticos e antidemocráticos".

**Aumento
de pena**

Parág. único. A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I — em depósito necessário;

II — na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

III — em razão de ofício, emprêgo ou profissão.

**Apropria-
ção de coisa
havida por
êrro, caso
fortuito ou
fôrça da
natureza**

Art. 169. Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por êrro, caso fortuito ou fôrça da natureza:

Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa, de Cr\$ 200,00 a Cr\$ 3.000,00.

Parág. único. Na mesma pena incorre:

**Apropria-
ção de
tesouro**

I — quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da cota a que tem direito o proprietário do prédio;

**Apropria-
ção de coisa
achada**

II — quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.

Art. 170. Nos crimes previstos neste capítulo, aplica-se o disposto no art. 155, § 2.º.

DIREITO COMPARADO. *Códigos: italiano, arts. 646 e 647; suíço, arts. 140 a 142; francês, art. 408; português, arts. 453 e 423; alemão, art. 246; espanhol, arts. 535 e 514, § 2.º; iugoslavo, arts. 254 e 259; dinamarquês, arts. 279, 283, 1.º, 286, 2.º, 296, 3.º, e 298; polonês, art. 263, §§ 2.º e 3.º; russo, art. 168; holandês, arts. 321 a 323; japonês, arts. 252 a 255; argentino, arts. 172, 2.º, e 175, 1 a 3; boliviano, arts. 647 a 651, 655 e 626; colombiano, arts. 412 a 414, 418 e 422; cubano, art. 549, 4.º; uruguaio, arts. 351 a 353; paraguaio, arts. 401, 404 e 405; peruano, arts. 240 e 242; costarricense, arts. 283 (e Cód. Policial, art. 110); chileno, arts. 470 e 448; equatoriano, arts. 537 e 548; guatemalteco, art. 418, 5.º; haitiano, arts. 338 e 340; pôrto-riquense, arts. 433, 445, 447 a 450 e 455; mexicano, art. 382; hondurense, 529, § 2.º; pana-*

menho, arts. 367 e 369; nicaragüense, arts. 483 e 504, 9.º e 13; venezuelano, arts. 468, 470 e 471; salvatoriano, art. 490, 5.º.

BIBLIOGRAFIA. Além da já citada: SAILLARD (H.), *De l'abus de confiance*, 1928; IRURETA GOYENA, *Delitos de apropiación indebida*, etc., 1929; ANGELOTTI (D.), *Le appropriazioni indebite*, 1930; PETROCELLI (B.), *L'appropriazione indebita*, 1933; URE (E. J.), *El delito de apropiación indebida*, 1947; NULLI e EUSEBIO, in *Digesto Italiano*, verb. "Appropriazione indebita"; CORDOVA (A.), in *Nuovo Digesto Italiano*, verb. "Appropriazione indebita"; NAEGELI, *Die Vollendung der Unterschlagung (A Consumação da Apropriação Indébita)*, 1919; CEVELLOTTO, *L'appropriazione indebita e il deposito irregolare*, in *Scuola Positiva*, 1932, II, pág. 517, e *Furto e appropriazione indebita*, *idem*, 1928, II, pág. 437; FEROCCE, *Sulle aggravanti dell'appropriazione indebita*, in *Riv. Ital. di Dir. Penale*, 1932, pág. 405; MILILLO, *L'appropriazione indebita con abuso di relazioni di prestazione d'opera*, in *Scuola Positiva*, 1932, II, pág. 189; ARI FRANCO, *Apropriação Indébita*, in *Repert. Encicl. do Direito Brasileiro*, vol. 4.

COMENTARIO

55. *Histórico.* Até fins do século XVIII, o crime que o nosso Código denomina "apropriação indébita" não passava de uma *species* do *genus* "furto". O direito romano desconheceu até mesmo a distinção que, por influência do direito germânico, veio a fazer-se entre *furtum proprium* (mediante *contrectatio rei*) e *furtum improprium* (em que, ao invés da *contrectatio*, havia um abuso de precedente posse legítima ou o emprêgo de fraude para a captação do alheio), compreensivo da apropriação indébita e do estelionato, que só mais tarde vieram a constituir entidades criminais autônomas, destacando-se do furto. Não obstante o reconhecimento da diversidade de *modus faciendi* entre êsses meios de espoliação do alheio, os juristas medievais continuaram a entender que todos, praticamente, eram da mesma família do furto (*furtum est omnis usurpatio rei alienae*, diziam os canonistas).

Foi o direito francês (com o Código de 1791) que teve a iniciativa de criar, na espécie, uma figura independente de crime patrimonial, a que deu o nome de *abus de confiance*. Na Alemanha, o crime foi intitulado *Unterschlagung* (des-

vio); na Austria, *Untreue* (infidelidade); em Portugal (à imitação do Código francês), *abuso de confiança*; na Espanha, a princípio, *estafa* e, atualmente, com o Código de 1944, *apropiación indebida*; na Inglaterra, *embezzlement*; na Itália, teve, de início, o nome de *truffa* (que atualmente designa o que chamamos *estelionato*), mas, com o Código sardo, foi denominado *appropriazione indebita*, ficando então definido, um tanto difusamente, como o fato de “*chiunque avrà consumato, dissipato, alienato, o in qualsiasi modo convertito in uso proprio, e con danno del proprietario o possessore o detentore, robe, denaro, mercanzie, biglietti, o qualunque altro scritto portante obbligazione o liberazione, le quali cose fossero stato a lui consegnate con l’obbligo di restituirle, e di presentarle, o di farne uso determinato*”. No Brasil, o Código de 1830 não reconhecia autonomia ao crime de que se trata, dispondo, no seu art. 258, que “também cometerá furto... o que tendo para algum fim recebido a coisa alheia por vontade do seu dono, se arrogar depois o domínio, ou uso, que lhe não fôra transferido”. Com indesculpável anacronismo, foi tal critério adotado pelo Código de 1890, cujo art. 331 declarava que “é crime de furto... apropriar-se de coisa alheia que lhe houver sido confiada ou consignada por qualquer título, com obrigação de a restituir ou fazer dela uso determinado”. Na jurisprudência e na doutrina, entretanto, era corrente o destaque entre o furto e a *apropriação indébita* (empregado este nome por influxo do direito italiano). O Projeto SÁ PEREIRA, inspirado no direito franco-suíço, preferiu o *nomen juris* “abuso de confiança”. O Projeto ALCÂNTARA MACHADO, porém, optou pelo título “apropriação indébita”, a que estava, aliás, adstrito, pois não restringia o conceito do crime a um abuso de confiança (como fazia o Projeto SÁ PEREIRA), ampliando-o, indistintamente, a todos os casos em que a coisa desviada estivesse em poder do agente por título que o obrigasse a restituí-la ou fazer uso determinado.

56. *Conceituação.* O Código de 1940 endossou, na espécie, com toda razão, o título *apropriação indébita*, e procurou ser o mais sintético possível na definição do crime (ar-

tigo 168): é o fato de “apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção”. É fórmula idêntica à do artigo 246 do Código alemão,¹ com a só diferença de suprimir a menção à *ilegalidade* da apropriação, pois não há crime sem *ilegalidade* (injuridicidade, ilegitimidade, ilicitude jurídica), e uma vez adotado o *nomen juris* “apropriação indébita”, tal menção subiria de ponto como redundância. Igualmente supérflua era a referência que o Código de 1890 e o Projeto ALCANTARA (a exemplo, respectivamente, dos Códigos italianos de ZANARDELLI e de Rocco) faziam à obrigação de “restituir a coisa ou fazer dela uso determinado”. Se a apropriação se diz *indébita*, é de toda evidência que ninguém poderia identificar o crime se o agente não estivesse obrigado a restituir a coisa ou pudesse dispor dela a seu alvedrio, pois, em tal caso, estaria na posição jurídica de *dominus*. O texto legal silenciou sobre o elemento *confiança*, que, em vários códigos alienígenas (afeiçoados ao velho modelo francês) figura como condicionante da apropriação indébita, mesmo no seu tipo fundamental. A relação de *fidúcia* pode intervir, e é mesmo nota freqüente do crime, importando, aliás, em casos especiais, *condição de maior punibilidade*; mas não deve ser considerado elemento imprescindível: pode ocorrer o crime sem que interfira *abuso de confiança* ou um *fidem fallere*, como, entre vários exemplos, no caso do ímprobo *negotiorum gestor*, ou em que o precedente poder de disposição física da coisa tenha resultado *ope legis*. O que é necessário e *suficiente* é que à ilícita apropriação preexistia a *justa* posse ou detenção exercida pelo agente, *alieno nomine*, sobre a coisa. Condição de fato ou integrante elemento objetivo do crime é a possibilidade de disposição física, direta ou imediata da coisa, subsequente a uma *traditio* voluntária, livre e consciente (sem clandestinidade, violência ou fraude), seja em virtude

¹ “Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung... mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft” (“aquêle que ilegalmente se apropria de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção, será punido, a título de *desvio*, com prisão até três anos”).

de contrato ou quase-contrato, de testamento, de ordem da autoridade ou de injunção legal. A essa disponibilidade material conferida ao agente não deve corresponder, porém, a disponibilidade jurídica *uti dominus*: a posse ou detenção física ou direta é exercida com reserva do direito dominical de outrem, pouco importando que a *traditio rei* tenha sido feita ou consentida (explícita ou implicitamente) pelo próprio *dominus* ou por quem autorizado a isso.

Se se pode falar, na espécie, em *infidelidade*, de modo genérico, é a do agente em relação ao título da posse ou detenção, que ele converte, de ajustado, permitido ou tolerado poder de disponibilidade a título provisório ou precário, em poder de disponibilidade *uti dominus*. O que ele possuía *causa mandati, depositi, pignoris, commodati, locationis*, etc., ou detinha como simples *fâmulos* da posse ou instrumental *longa manus* de outrem, passa a possuir *causa dominii*. Dá-se uma *contradictio* entre a *causa possessionis vel detentionis* e a superveniente conduta do agente em relação à coisa possuída ou detida. O que caracteriza a apropriação indébita, distinguindo-a do furto, do roubo e do estelionato, é que não representa uma *violação da posse material* do *dominus*: a coisa não é *subtraída* ou ardilosamente *captada* a este, pois já estava no legítimo e desviado poder de disponibilidade física do agente. Enquanto no furto, no roubo e no estelionato o poder de fato sobre a coisa é obtido *com o próprio crime*, na apropriação indébita, ao contrário, esse poder *precede ao crime*, forrado o agente ao esforço de granjeá-lo. No furto e no roubo, há uma *contrectatio*, uma *subtração*; no estelionato, uma *captação fraudulenta*; na apropriação indébita, uma arbitrária inversão da posse *nomine alieno* em propriedade de fato, *prevalecendo-se* o agente da conferida disponibilidade física da coisa. No furto e no roubo, o agente obtém *tirando*; no estelionato, *enganando*; na apropriação indébita, *aproveitando*. Diversamente daqueles crimes, na apropriação indébita não há um *dolus ab initio*, mas um *dolus subsequens*: a malícia do agente sobrevém à posse ou detenção lícita da *res*.

São elementos estruturais da apropriação indébita: a) precedente posse ou detenção; b) coisa alheia móvel; c) apropriação desta ; d) dolo (genérico).

57. *Posse ou detenção.* Para evitar controvérsia de interpretação, a que poderia dar lugar o emprêgo exclusivo do vocábulo *posse*, dado o seu estrito sentido técnico-jurídico, o art. 168 refere-se, alternativamente, a “posse” e “detenção”. Com o primeiro termo, quer designar a “posse direta”, de que cuida o art. 486 do Cód. Civil (“Quando por força de obrigação ou direito, em casos como do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem êles a houverem, a posse indireta”); com o segundo termo, quer significar o poder de fato que, segundo os arts. 487 e 497 do citado Código, não constitui *posse*, isto é, quando quem o exerce: a) “achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome dêste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”; b) não o faz senão por “mera permissão ou tolerância” do proprietário ou quem de direito. FILADELFO AZEVEDO,² com apoio de PONTES RIBEIRO³ e ARI FRANCO,⁴ faz a seguinte censura ao art. 168: “...seria mais razoável que se limitasse o texto à expressão *posse*, que tem uma grande amplitude no Cód. Civil, suportando até vários desdobramentos pela divisão em direta e indireta”. Inteiramente descabida é a crítica. Não percebeu o saudoso jurista que a *posse* de que trata o art. 168 é precisa e exclusivamente a *posse direta* do art. 486 do Cód. Civil, da qual se distingue, conceitualmente, a simples *detenção*, exercida pelo *servus possessionis* (fâmulos da posse) ou por “mera permissão ou tolerância” do *dominus* (ex.: a detenção que o empregado doméstico exerce sobre o dinheiro que o patrão lhe

² Reflexos do novo Código Penal sobre o direito civil, in *Revista Forense*, vol. LXVIII, pág. 336.

³ Código Penal Brasileiro, vol. II, pág. 307.

⁴ Apropriação indébita, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 4, pág. 50.

entrega para compras na feira, ou a que exerce alguém sobre o automóvel que o dono lhe cede para um passeio). Se não fôsse feita expressa referência a *detenção*, falando-se tão-sòmente em *posse*, estaria criado ensejo à dúvida: a uns pareceria que a expressão *posse*, com a latitude da acepção vulgar, abrangeria a *detenção*; enquanto outros, adstritos à tecnologia do direito civil (de que, na espécie, o direito penal é meramente *recepticio* ou *sancionatório*), entenderiam excluída a simples *detenção*, invocando a proibição da analogia em matéria criminal.⁵

A *posse direta*, que pode ser, ou não, *interessada*, isto é, exercida em nome de outrem, mas por conta ou em benefício próprio (como na locação, no comodato, no usufruto, etc.), ou em nome e por conta ou em benefício de outrem (como no mandato, no depósito, no transporte, etc.), é, *per definitionem*, um poder autônomo, no sentido de que o seu exercício é *desvigiado* ou *incontrolado* (não dirigido, *de corpo presente*, pelo *dominus*). A *detenção*, porém, tanto pode ser exercida *sob* quanto *sem* a vigilância do *dominus*, e sòmente na última hipótese é que pode haver apropriação indébita, pois, na primeira, inexistindo o *livre* poder de fato sobre a coisa (não passando o detentor de um *instrumento* do *dominus* a atuar sob as vistas dêste), o que pode haver é *furto*. É sempre necessário, para apropriação indébita, que o poder de fato do agente não seja *custodiado* por quem lho confere. Assim, se entrego uma coisa a alguém, para que, por sua vez, a entregue a terceiro, e êle, em caminho, a desvia, fazendo-a sua, será réu de apropriação indébita; mas, se lhe entrego a coisa para que a examine na minha presença, ou para que, na minha companhia, a conduza alhures, e êle foge com a coisa, frustrando a minha vigilância, comete furto, e não apropriação indébita. Outros exemplos: o cliente da biblioteca pública que, iludindo a vigilância dos funcionários, leva consigo, portas a fora, o livro entregue para consulta na própria sala de leitura, pratica furto; mas, se lhe foi confiado o livro para

⁵ Veja-se a propósito o escoreito comentário de MAGALHÃES NORONHA, ob. cit., vol. II, pág. 23.

consulta em casa, e ele o vende, por exemplo, ao dono de uma *casa de sêbo*, seu crime é o de apropriação indébita; o *caixeiro-viajante* que se apropria de objetos do *mostruário* recebido do patrão, comete apropriação indébita (qualificada), mas o *caixeiro sedentário* que se apropria de objetos tirados à prateleira ou do dinheiro recebido no balcão, iludindo a custódia do patrão, é réu de furto; o empreiteiro que faz seu o material recebido do dono da obra cometerá furto ou apropriação indébita, conforme esteja, ou não, sob inspeção do último. Figure-se agora o seguinte caso: alguém é incumbido de transportar um cofre forte fechado contendo valores e, em caminho, arromba o cofre, apropriando-se dos valores. O crime a reconhecer é o de furto (qualificado pelo arrombamento), porque, se o agente tinha a livre disponibilidade de fato do cofre, não a tinha em relação aos valores, cuja *apprehensio* teve de *conquistar* mediante violência contra o cofre. A posse ou detenção do *continente*, entregue *cerrado*, não importa posse ou detenção do *conteúdo*. Para que se apresentasse a apropriação indébita, seria preciso que o cofre tivesse sido entregue *aberto*, isto é, que o *dominus* tivesse ensinado, voluntária e conscientemente, a disponibilidade física dos valores por parte do transportador.

A posse ou detenção, no âmbito do crime de que se trata, convém insistir, só é aquela que se obtém *justamente*, isto é, sem clandestinidade, sem violência ou sem induzimento a erro, o que vale dizer: com o consentimento *não-viciado* de quem de direito. Ainda, porém, que já tenha cessado a legitimidade da posse, mas tendo continuado a coisa em poder do agente (*posse precária* supervenientemente *injusta*), não fica excluída a apropriação indébita. Várias podem ser as *causas* da posse ou detenção: locação, mandato, depósito (extrajudicial ou judicial), penhor, usufruto, venda com reserva de domínio (*donec solvatur prætium*), *constitutum possessorium*, contrato estimatório (entrega de coisas *ad vendendum*), gestão de negócios, determinação da lei (posse do inventariante, detenção provisória, pelo empregador, das contribuições de seus empregados para instituto de previdên-

cia, etc.), em suma: tôdas as causas de transferência de posse ou detenção sem transferência de domínio.

58. *Coisa móvel alheia.* Sôbre o que se deva entender por “coisa alheia” e “coisa móvel”, veja-se n.º 3 (o objeto material da apropriação indébita é idêntico ao do furto). De especial relêvo, entretanto, é, aqui, a distinção entre coisas *infungíveis* e *fungíveis*. Estas últimas, ainda quando entregues para guardar (depósito), mas ajustada ou autorizada a restituição do *tantumdem ejusdem generis, qualitatis et bonitatis*, não podem ser objeto de apropriação indébita, porque no caso se apresenta o *depósito irregular*, que é equiparado ao *mútuo*, de modo que o depositário se faz *dono* do *depositum* (tal como o mutuário em relação à coisa mutuada). É o que dispõe o art. 1.280 do Cód. Civil: “O depósito “de coisas fungíveis, em que o depositário se obriga a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acêrca do mútuo (arts. 1.256 e “1.264)”. Nem há tergiversar dizendo que o depósito irregular, por isso mesmo que constitui *species* do depósito, não exclui que a infidelidade do depositário se considere apropriação indébita. O preceito da lei civil é irrestrito quando manda aplicar ao caso o disposto acêrca do mútuo, não tendo cabimento, sequer, a coercitiva *prisão civil* na hipótese de negativa de restituição. A única diferença entre o depósito irregular e o mútuo é a de que, no primeiro, o fim principal é a *guarda* da coisa, enquanto no segundo o fim principal é o *uso* dela; de modo que, *via de regra*, quando tais contratos são onerosos, a *remuneração*, no depósito, incumbe a quem entrega a coisa (depositante), ao passo que, no mútuo, incumbe a quem a recebe (mutuário). A cláusula de restituição pelo *tantumdem* é mesmo presumida ou subentendida quando se trata de depósito de dinheiro (cuja função é circular), ou de coisas de fácil ou célere deterioração. No depósito de dinheiro, somente é excluída tal presunção quando as cédulas são intencionalmente *assinaladas* ou entregues em invólucro lacrado ou cofre cerrado.

Solução diversa tem de ser dada, como é claro, quando as coisas fungíveis são entregues, não para guardar, mas para serem transmitidas a terceiro, ou para outro fim determinado pelo *dominus*, ou para uso apenas *ad pompam vel ostentationem* (ex.: um agricultor empresta a outro, exclusivamente para que em nome dêste figurem numa exposição, os frutos colhidos na sua própria granja). Em tais casos, não há faculdade de substituição pelo *tantumdem*, e, quaisquer que sejam as coisas fungíveis, são suscetíveis de apropriação indébita.

Note-se, entretanto, que, ainda nesses casos, o *animus* de repor o *tantumdem*, tendo o agente capacidade financeira para isso, exclui *subjektivamente* a apropriação indébita, quando ocorre a arbitrária disposição *ut dominus* (veja-se n.º 57).

A entrega da coisa pode ser imediata ou condicionada a acontecimento ulterior ou à futura existência da coisa (como quando se trata dos frutos de uma colheita vindoura). No último caso, a venda da *spes rei*, com sonegação do preço, é, evidentemente, apropriação indébita.

Tal como no furto, não podem ser objeto do crime em questão as coisas *imateriais*, como sejam os *direitos* e *ações*; mas, desde que venham a ser *representadas* por coisas *quae tangi possunt*, já existe objeto adequado à apropriação. Assim, se entrego a outrem, para guardar, um *título ao portador*, e o depositário o vende ou cauciona, é reconhecível, sem dúvida alguma, a apropriação indébita. O mesmo ocorrerá se o devedor de um *título cambial*, tendo-o pago, deixa-o por inadvertência ou demasiada confiança, em poder do credor, e êste o põe em circulação.

59. Apropriação. *Apropriar-se* é fazer sua a coisa alheia. Também no furto, no roubo e no estelionato há *apropriação*, mas, no crime de que se trata, ao invés de *contemporânea*, a apropriação *sucede* à posse ou detenção da coisa (obtida sem clandestinidade, violência ou fraude). Diversamente dêsses crimes, na apropriação indébita, como já acen-

tuamos, não há, de início, *animus delinquendi*: o agente recebe a coisa por vontade válida de quem de direito, entrando a possuí-la ou detê-la licitamente, a título precário ou temporário; mas, num momento sucessivo, vem a mudar, arbitrariamente, o título da posse ou detenção, passando a dispor da coisa *ut dominus*. Cessa de possuir *alieno nomine* e faz entrar a coisa no seu patrimônio, ou dispõe dela como se fôra o dono, isto é, com o propósito de não restituí-la, ou de não lhe dar o destino a que estava obrigado, ou sabendo que não mais poderia fazê-lo.

Notadamente quando a coisa continua em poder do agente, ou não tenha sido por êle alienada ou consumida, cumpre ter em atenção que a simples negativa de restituição ou omissão de emprêgo ao fim determinado não significa, ainda que *contra jus*, necessária e irremissivelmente, apropriação indébita: para que esta se apresente, é indispensável que a negativa ou omissão seja precedida ou acompanhada de circunstâncias que inequivocamente revelem o arbitrário *animus rem sibi habendi*, ou que não haja, de todo, qualquer fundamento legal ou motivo razoável para a recusa ou omissão.

A simples *mora* em restituir, ou a simples desídia no omitir, não é apropriação. É preciso, antes de tudo, não confundir com apropriação indébita os casos em que apenas cabe recurso ao juízo civil. Sabe-se que, não infreqüentemente, se recorre ao juízo penal, dando-se color de tal crime a simples inadimplências contratuais. É um meio drástico de que lançam mão credores inescrupulosos ou impacientes contra devedores relapsos. O caso mais comum é o de acusar-se de apropriação indébita o indivíduo que, tendo recebido dinheiro para futura prestação de um serviço, não cumpre a avença (por algum motivo superveniente), quando é certo que tal adiantamento de dinheiro constitui um autêntico mútuo. A *impontualidade* numa contraprestação nada tem a ver com o crime em questão. O juiz penal deve precaver-se contra o malévolo expediente ora apontado, que pode mesmo configurar o crime de *denúnciação caluniosa* (art. 339).

O reconhecimento da apropriação é uma *quæstio facti* a ser resolvida, de caso em caso, pelo juiz, que, entretanto, não deve tomar a nuvem por Juno. Por vêzes, denuncia-se ela *re ipsa* (ex.: venda da coisa infungível recebida em depósito ou locação); mas, outras vêzes, faz-se necessária uma detida apreciação das comprovadas circunstâncias. É de mister que fique averiguado, de modo convincente, o *propósito* de não restituir ou a *consciência* de não mais poder restituir. A abusiva retenção ou disposição da coisa pode não ser acompanhada dessa *subjetividade*. Suponha-se, por exemplo, o caso de um credor pignoratício que, por uma necessidade momentânea de dinheiro, faz um arbitrário subpenhor da coisa recebida em garantia, mas com a intenção de ulterior resgate e oportuna restituição, e tendo capacidade financeira para tanto: não comete apropriação indébita. Tratando-se de coisas fungíveis (na ausência de cláusula permissiva de substituição pelo *tantumdem*), a própria *alienação* ou *consumo* não constituirá apropriação indébita, se também se verificar que o agente, embora infringindo o contrato por pressão de circunstâncias, estava no propósito de, *opportuno tempore*, restituir o *tantumdem*, pôsto que com idoneidade econômica para fazê-lo. O fato não excederá o âmbito do ilícito civil, ainda quando, por causas imprevistas, o agente venha, intercorrentemente, a cair em insolvência. A idoneidade ou capacidade financeira do agente, como circunstância *decisiva*, tem de ser referida ao tempo do ato de disposição. Eis a precisa lição de HAFTER: “Na apreciação dessa idoneidade, cum-
“pre atender rigorosamente ao seguinte: o agente deve ter,
“no momento em que dispõe da coisa alheia, a possibilidade
“de da substituição ou restituição, ou a segura previsão de
“que oportunamente a terá”.⁶ Não basta a simples *esperança* de poder restituir a coisa ou prestar o *tantumdem*: é necessária a fundada *certeza* a tal respeito, embora um super-

⁶ Ob. cit., pág. 235: “Mit dem Beweis dieser Bereitschaft ist aber streng zu nehmen: der Täter muss in Moment, da er über die fremdem Sache verfügt, die Möglichkeit des Ersatz der Rückerstattung ha-

veniente e inopinado revés impeça o agente de realizar o intento.

É de salientar que não há apropriação indébita de *uso* (pôsto, como é óbvio, que o *uso* não seja incompatível com a possibilidade de ulterior restituição da coisa ou seu emprêgo ao fim determinado). Se, por exemplo, o depositário de um cavalo ou de um automóvel se serve dêle para um simples passeio, haverá um *abuso de posse*, mas não apropriação indébita.

Vários são os atos que podem *evidenciar* ou *indiciar* a apropriação indébita: venda, doação, consumo, dissipação, cessão, penhor, caução, ocultação (naturalmente a pretexto de não ter recebido a coisa ou de tê-la perdido), retenção sem causa legítima ou motivo razoável, etc.

São causas legítimas de negativa de restituição o *jus retentionis* (ex.: arts. 1.279 e 1.315 do Cód. Civil) e o *jus compensationis* (arts. 1.009 e segs. do Cód. Civil). Em tais casos, ao invés de crime, o que se apresenta é o *exercício de um direito*. A apropriação indébita não é, porém, excluída pelo fato de haver o agente prestado prévia *fiança* ou *caução em dinheiro*: o fim desta é garantir o ressarcimento de possível dano, e não criar o direito, que seria aberrante, à apropriação da coisa. A entender-se de outro modo, logicamente a indenização do dano, em qualquer caso, excluiria o crime. O que se poderá reconhecer, na espécie, é a atenuante do art. 48, IV, b, mas o crime não deixará de existir.

Se há prazo para a restituição ou predeterminado emprêgo da coisa, há que aguardar a expiração dêle, salvo se, antes disso, tornar-se evidente algum ato de disposição criando a impossibilidade de tal restituição ou emprêgo.

60. Dolo. O elemento subjetivo do crime em aprêço é a vontade conscientemente dirigida à apropriação da coisa

ben oder mit Sicherhereit vroraussehen, dass sie in Zeitpunkt der pflichtgemässen Rückgabe vorhanden sein".

Com êste critério é que deve ser resolvido o controverso caso do comerciante que retém, além do prazo legal, os descontos salariais para entrega a instituto de previdência.

alheia móvel, de que se tem precedente posse ou detenção. Como a apropriação pressupõe, conceitualmente, a intenção definitiva de não restituir a coisa ou desviá-la do fim para que foi entregue, ou a ciência de que se torna impraticável uma coisa ou outra (v. n.º 57), é óbvio que tal intenção ou ciência é integrante do dolo do agente. A ausência do *animus rem sibi habendi* exclui, *subjetivamente*, a apropriação indébita. Não há falar-se, aqui, em dolo *específico* (pois é indiferente qualquer fim ulterior à apropriação), mas em dolo *genérico*, isto é, a vontade ou consciência da ação típica do crime, que, no caso, é a apropriação *sine jure* da coisa alheia. A apropriação é o elemento de fato do crime, e não um fim ulterior do agente.

O dolo será excluído (como nos crimes em geral) pelo *erro de fato*, como quando o agente supõe fundadamente que tinha o consentimento do *dominus* para o ato de disposição, ou no caso do art. 1.272 do Cód. Civil, isto é, do herdeiro do depositário que, supondo que a coisa pertence ao espólio, a aliena ou dissipa.

Como já se disse (n.º 57), é excluído objetivamente o crime se a não-restituição da coisa significa exercício do direito de retenção ou de compensação. Mesmo fora desses casos, porém, pode ser excluído o dolo pelo *animus damni vitandi*. Assim, ainda que a lei civil (art. 1.273, *in fine*) proíba ao depositário opor compensação (salvo quando esta se funda em outro depósito), tal regra não impedirá, quando descumprida, a exclusão do dolo *penal* (o que poderá haver, então, é *exercício arbitrário das próprias razões*).

61. *Prestação de contas e interpelação judicial.* Tírrante os casos de *administração*, de *gestão de negócios* ou aquêles em que haja reciprocidade de créditos e débitos compensáveis, não pode ser pretendido, para iludir o reconhecimento da apropriação indébita, o prévio *encontro de contas*. E mesmo nos ditos casos excepcionais, se é evidente a indevida apropriação (ex.: o administrador vende as *crias* cuja existência fôra sonogada ao conhecimento do *dominus*), é dis-

pensável a *prestação de contas*. Esta, quando se apresente necessária, pode ser feita e decidida no próprio juízo penal, notadamente se ainda não aforada no juízo cível (art. 93 do Cód. de Proc. Penal).

Igualmente, não é necessária a *interpelação judicial* para a restituição da coisa: se há prazo prefixo, *dies interpellat pro homine*; caso contrário, prevalece a regra de *quod sine die debetur statim debetur*, bastando a recusa ao pedido extrajudicial de restituição para ser reconhecível ou indiciada a apropriação indébita.

62. *Sujeitos passivo e ativo. Sujeito passivo* da apropriação indébita é o dono da coisa, ainda que esta haja sido confiada ou entregue por outrem a seu mando ou à sua revelia, ou em virtude de lei, ou por ordem da autoridade, ou por quem estivesse na posse, *interessada* ou não, como representante ou intermediário do *dominus*. O crime de que se trata, como seu próprio *nomen juris* o indica, é crime contra a *propriedade*. Se a coisa, entretanto, foi entregue por titular da posse direta decorrente de direito real (usufruto, penhor), *também* êle será sujeito passivo (pois o direito real gravita na órbita da propriedade).

Sujeito ativo há de ser, necessariamente, pessoa diversa do *dominus*. Assim, no caso de penhor agrícola, em que a coisa continua em poder do dono-devedor, se êste vem a aliená-la, cometerá estelionato (art. 171, § 2.º, II), e não apropriação indébita. A mesma solução deve ser dada no caso do titular da nua-propriedade que vende a coisa que o usufrutuário lhe cedera para uso passageiro. Apropriação indébita cometerá, sim, o usufrutuário que aliena a *res* sem assentimento do nu-proprietário.

Suponha-se, agora, o seguinte caso: o titular da posse direta ou derivada de direito real confia a *res* a terceiro, e êste a devolve ao *dominus* ou nu-proprietário, que a aliena: o terceiro será réu de apropriação indébita, enquanto o titular da propriedade responderá por estelionato (não se podendo falar, aqui, em *receptação*, que pressupõe coisa *alheia*).

O condômino, sócio ou co-herdeiro que faz exclusivamente sua a coisa comum, que se acha na sua posse, é sujeito ativo de apropriação indébita; mas, se se trata de coisa fungível, e a apropriação se limita à quota que cabe ao agente, não ocorre o crime, pois em tal caso inexistente lesão ou possibilidade de lesão patrimonial.

63. *Concurso de crimes.* Quando se apresenta, de par com a apropriação indébita, um outro crime, em relação de meio a fim ou para dissimulá-la, haverá *concurso material* de crimes, se o outro crime lesa interesse ou bem jurídico diverso da inviolabilidade do patrimônio. Suponha-se que o agente: a) para obter a posse ou detenção da coisa, tenha exibido uma falsa autorização escrita de quem de direito; b) para encobrir o desfalque, que praticou contra a firma comercial de que é empregado, adultera a respectiva escrituração. Em tais casos, haverá concurso material de apropriação indébita (simples ou qualificada) e *falsidade documental*. Se ambos os crimes, porém, são patrimoniais, somente um deles subsistirá, segundo a regra concernente ao “fato anterior ou posterior irrelevante” (*straflose Vor-und Nachtat*).⁷ Figurem-se as seguintes hipóteses: a) o agente, empregando fraude, alcança lhe seja conferida a posse ou detenção da coisa, de que vem a apropriar-se; b) já consumada a apropriação, o agente usa de fraude para obter a *ratificação* do agente; c) o agente, para dissimular a apropriação, finge ardilosamente tê-la perdido. No primeiro caso, a apropriação indébita, em cotejo com o estelionato, é “fato posterior irrelevante”; no segundo e no terceiro, o estelionato é que assume tal papel. Antecedendo o estelionato, a apropriação indébita incide na linha de atuação do fim que se propôs o agente e perde, portanto, sua autonomia; se, ao contrário, antecede a apropriação indébita, já está consumada a lesão patrimonial, a que nada mais acrescenta o estelionato. Tome-se agora a hipótese em que o agente vende a coisa a terceiro *bona fide*: pratica, a um só tempo, apropriação in-

⁷ Veja-se vol. I, t. I, destes *Comentários*, n.º 31.

débita contra o *dominus* e estelionato contra o comprador (art. 171, *caput*, e não 171, § 2.º, I, pois estava na *justa* posse ou detenção da coisa); mas, se o comprador vier a ser obrigado a restituir a coisa sem reembolso do preço por parte do *dominus*, o estelionato tornará *indiferente* a apropriação indébita (pois único prejudicado é o comprador); se, ao contrário, fôr reembolsado o comprador pelo *dominus* ou já tiver sido revendida a coisa por aquêle, subsistirá apenas o título de apropriação indébita (pois, afinal, não sofreu lesão patrimonial o comprador, tendo sido o *dominus* o único prejudicado).

Se a apropriação indébita figurar entre os atos característicos da *falência fraudulenta* do agente, haverá *concurso formal* entre ela e o crime falimentar (art. 192 da Lei de Falências).

64. *Origem criminosa da posse do “tradens” e posse ou detenção para fim ilícito.* Indaga-se: se alguém dispõe *ut dominus* da *res furtiva* que o ladrão lhe deu para guardar, comete apropriação indébita? Cumpre distinguir se o agente conhecia, ou não, a origem criminosa da coisa. No primeiro caso, a resposta deve ser negativa. Não se pode considerar *justa* a posse ou detenção de quem recebe a coisa sabendo-a oriunda de crime, e, sem precedente *justa possessio vel detentio*, não se pode falar em apropriação indébita. O que se apresenta não é mais que continuação consciente da posse clandestina ou ilegítima do ladrão. O agente, em tal caso, responderá tão-somente pela anterior *receptação*. A propósito, justamente disserta CORDOVA, discordando de SALTELLI-DI FALCO: “... não admitimos que se possa dizer tutelada a “posse decorrente de causa ilícita, ou, seja, de crime. Não “subsistiria, portanto, em nosso entender, o crime de apropriação indébita do receptador contra o ladrão, não se devendo esquecer que como a causa ilícita não pode ter efeito em direito civil, também não pode prestigiar, com a tutela penal, o fato criminoso. Acrescente-se que o ladrão jamais poderia considerar-se um lesado com direito ativo ao “ressarcimento de danos em face do receptador. O título ori-

“ginário constitutivo da posse precária ou legítima deve ser “válido e não *ab initio* viciado de dolo”.

Não se tratando, entretanto, de *receptador*, isto é, ignorando o depositário que a coisa é produto de crime, o caso muda de figura: a sua posse era *putativamente justa*, e a lei não exige que o agente da apropriação indébita saiba quem seja o verdadeiro dono da coisa ou se o *tradens* lha entregou à revelia daquele, bastando a ciência de que é *alheia*. Já, então, haverá apropriação indébita, mas de que é sujeito passivo, não o *tradens*, mas o *dominus*.

Suponha-se, agora, que a posse ou detenção da coisa, embora conferida pelo próprio *dominus*, represente, em si mesma, um ilícito penal; ex.: Mévio entrega a Tício, *ad vendendum*, certa porção de *maconha*, e Tício se apropria do produto da venda: como o patrimônio empregado em fim ilícito não tem proteção legal (dispõe o art. 971 do Cód. Civil que “não tem direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei”), não há reconhecer-se, na espécie, apropriação indébita, respondendo Tício (em co-autoria com Mévio) apenas por “venda clandestina de entorpecentes” (art. 281).

Outra hipótese: Primus empresta seu revólver a Secundus, a fim de que este mate a Tertius, inimigo de ambos, e Secundus, não encontrando Tertius ou desistindo de executar o crime, resolve apropriar-se da arma: não há crime algum (aplicando-se apenas o art. 27 do Cód. Penal).

65. *Consumação e tentativa*. Para a identificação do momento consumativo da apropriação indébita, não se pode adotar um critério rígido ou imutável: Em princípio, tal momento surge com o *ato de apropriação*, sendo irrelevante indagar (ao contrário do que ocorre com o estelionato) se o agente conseguiu efetivamente, ou não, o ilícito proveito visado. Entretanto, quando o agente recusa devolver, não obstante solicitação de quem de direito, a coisa possuída ou detida *nomine alieno*, e não se apresenta averiguado um anterior ato material iniludivelmente indicativo da arbitrária

apropriação, é força admitir que o momento da consumação é o da negativa de restituição, ainda que realmente tenha sido outro. Se a coisa continua em poder do agente, e tendo-se em vista que, antes do pedido de restituição, o uso que êle faça da coisa, ainda que *contra jus*, mas sem o *animus rem sibi habendi*, constitui mero ilícito civil (*abuso da posse*), não se pode determinar, na ausência de prova de qualquer fato inequívoco (como, por exemplo, o escondimento da coisa), o momento em que teria sido realmente transformada em posse *uti dominus* a posse ou detenção exercida em nome alheio. Consequência necessária será, então, considerar como momento consumativo o da recusa de devolução da coisa. Outra solução não é possível, a não ser que se pudesse fazer uma *exploratio mentis*, independentemente de fatos externos ou objetivos, para fixar o momento em que o agente *resolveu* inverter o título da posse ou detenção. E outra solução não comporta o próprio caso em que a coisa já tenha sido desviada para o poder de terceiros ou dissipada, mas não se podendo provar tais fatos. É em razão da inexistência de prova de um precedente ato inequívoco de apropriação que se tem de transferir o momento consumativo para o ato da negada restituição (se é que esta realmente não coincida com a apropriação). É renhido o debate doutrinário sôbre se a recusa de restituição constitui a consumação do crime ou apenas a *prova* desta. IRURETA GOYENA (ob. cit., pág. 32), numa página repassada de *humour*, assim se pronuncia: “Em meu entender, as duas teses são exatas. A maneira mais sábia, talvez, de atalhar muitos litígios, é ficar com as opiniões aparentemente antagônicas. Quando Zadig, o personagem de VOLTAIRE, foi chamado ao govêrno da Pérsia, a encontrou dividida em dois partidos absolutamente irreconciliáveis. Uns entendiam que se devia entrar no templo avançando o pé direito, e outros o pé esquerdo. Zadig resolveu o problema, que tanto agitava a opinião pública, penetrando na augusta mansão com os pés juntos. A respeito do problema em debate, é de aconselhar-se a tática de Zadig, que é, porventura, o melhor modo de sobrepor-se ao bizantinismo das

“discussões: a negativa de restituição, umas vezes, é prova “da consumação e, outras, representa a consumação”. Estou de acordo com GOYENA, mas ficando bem explicado o seguinte: a negativa de restituição só é verdadeiramente consumação quando coincide, objetiva e subjetivamente, com o ato de apropriação; nos demais casos, por isso que é um momento posterior ao do ato de apropriação (momento consumativo), não se confunde com este, de que somente pode ser prova; mas, se não se consegue apurar devidamente o ato anterior de apropriação, não há como deixar de referir ao ato de negativa de restituição, ainda que por uma *fictio*, o momento consumativo. A prova de inequívoco ato anterior de apropriação é indispensável para que a ele se remonte o *summum opus*; caso contrário, o único *ponto de referência*, para identificar-se a consumação, é o momento da recusa de restituição. A esta se equipara a omissão de restituição arditosamente dissimulada. Também neste caso, se inexistente prova de característico ato de apropriação, ter-se-á de fixar como momento consumativo o da omitida restituição. Tome-se o caso do *administrador* que, ao prestar contas, simula fatos inexistentes, para encobrir um desfalque de valores: se não se consegue provar quando ele indevidamente se apropriou de tais valores, não se pode deixar de considerar como momento consumativo, embora realmente não o seja, o momento da fraudulenta prestação de contas, isto é, o da não-entrega do *verdadeiro saldo*. Ao contrário, se se alcança provar um ato de anterior apropriação (ex.: a aquisição, por parte do agente, de bens por preço inacessível à sua bolsa ou crédito), a esse ato se tem de referir o momento consumativo, nada importando que, na sua data, não estivesse expirado o prazo para a prestação de contas ou entrega do saldo. Suponha-se, agora, que o administrador se recuse a prestar contas amigavelmente e não se apresente fato algum positivo de sua infidelidade: terá de ser chamado a prestar contas em juízo (a prestação de contas, amigável ou judicial, é indispensável ao reconhecimento da apropriação indébita quando haja reciprocidade de créditos e débitos compensáveis entre o agente

e o *dominus*, e inexistia prova de precedente e inequívoco ato de arbitrária apropriação), e, apurado o desfalque, o momento consumativo retroagirá à data da citação inicial.

Não acolhemos a opinião daqueles que entendem não ser possível a *tentativa* de apropriação indébita. É ela configurável não apenas no exemplo clássico do mensageiro infiel que é surpreendido no momento de violar o envelope que sabe conter valores, senão também toda a vez que a apropriação encerra um *iter* ou, como diz HAFTER, se executa mediante um ato reconhecível *ab externo* (“*einen äusserlich erkennbaren Akt*”), como, por exemplo, *venda* ou *penhor*. Somente não se pode identificar a tentativa quando o *ato de vontade* do agente não é perceptível exteriormente, pois, em tal caso, segundo pondera MANZINI, inexistia uma transição executiva da intenção para o ato consumativo. Parece-nos indubitável a tentativa no caso, por exemplo, em que o agente é surpreendido pelo proprietário no momento em que está a vender ou empenhar a coisa, ficando impedida a tradição desta ao comprador ou credor, pôsto que nenhum fato anterior evidenciasse efetiva apropriação. Alguns autores chegam mesmo a opinar que o simples fato de deitar anúncios para a venda da coisa já representa apropriação indébita consumada. Discordamos de tal critério. A razão está com GOYENA e FRANK. O primeiro justamente entende que mesmo quando à oferta de venda se siga o acôrdo sobre o *præitium*, mas vem a impedir-se a *traditio*, o crime se há de dizer apenas tentado. Citemos as suas palavras: “Certo indivíduo, depositário de um cavalo, faz correr a notícia de que quer vendê-lo, ou põe anúncios nos jornais manifestando tal propósito. Apresenta-se um candidato à compra e ajusta o preço com o depositário, comprometendo-se este a entregar o cavalo em determinado local, onde, contra essa entrega, deve ser-lhe paga a importância combinada. Feito o pacto, se, no momento antes de ser entregue o preço, se descobre o fato, impedindo-se sua realização, não há dúvida alguma de que o depositário infiel é responsável a título de tentativa”.

FRANK, embora admitindo que a venda sem tradição já é consumação do crime, reconhece que a simples oferta à ven-

da é apenas tentativa (*"Dagegen liegt in dem blossen Anbieten zum Kaufe nur Unterschlagungsversuch"*). No caso de venda sem tradição, MAGALHÃES NORONHA, fazendo remissão ao art. 1.126 do Cód. Civil, argumenta que, perante o nosso direito, "bem antes da quase efetivação da transação, o contrato de compra e venda pura e simples já era perfeito". Ora, somente com a tradição é que a coisa (móvel) sai de um patrimônio para outro (art. 620 do Cód. Civil). O simples acôrdô sobre o objeto e o preço torna obrigatória a compra e venda, mas a propriedade da coisa não muda de titular antes da tradição, de modo que não há falar-se em concreta lesão do patrimônio do *dominus*. É inadmissível reconhecer-se apropriação indébita consumada quando o agente pode ainda deixar de cumprir a obrigação de entrega da *res*, o que vale dizer: desistir voluntariamente de atingir a *meta optata*, desaparecendo até mesmo a tentativa punível (art. 13).

66. *Fôro competente*. O fôro competente para a ação penal, na espécie, é o do lugar onde se realiza o ato de apropriação (art. 70 do Cód. de Proc. Penal), coincida ou não com o lugar em que a coisa foi recebida ou com o lugar em que devia ser restituída ou empregada ao fim predeterminado. No caso, porém, em que não se saiba ao certo onde o crime se consumou, será competente o fôro do lugar em que estiver residindo o agente (art. 72 do Cód. de Proc. Penal). Tratando-se de apropriação indébita *continuada*, com pluralidade de *lugar onde* (ex.: o caixeiro-viajante apropria-se, em diversas praças, dos dinheiros recebidos da clientela da firma empregadora), competente será o fôro de qualquer dos lugares, ficando preventa a jurisdição daquele que primeiro fôr provocado (arts. 71 e 83 do Cód. de Proc. Penal).

Se houver *receptação*, o lugar desta se entenderá como sendo o da apropriação mesma, impondo-se a unidade processual (art. 76, III, do Cód. de Proc. Penal).

67. *Prisão civil*. A prisão determinada pelo art. 1.287 do Cód. Civil como *medida coercitiva* contra o depositário in-

fiel é inteiramente alheia à esfera penal. Entende MAGALHÃES NORONHA, entretanto, que se trata de um caso de “prisão provisória”, a que se refere o art. 34 do Cód. Penal, mandando êste que o respectivo tempo seja computado no da pena privativa de liberdade a que fôr definitivamente condenado o réu. De modo algum. *Prisão provisória* é uma medida estritamente processual-penal. É um *genus* de que são *species* a *prisão em flagrante*, a *prisão preventiva* e a *resultante de sentença condenatória não-definitiva*. O art. 34 nada tem a ver com a prisão civil. Está sujeito a esta o depositário infiel como devedor relapso de uma obrigação civil, e não como réu de apropriação indébita.

68. *Apropriação indébita qualificada*. Dispõe o § 1.º do art. 168 que “a pena é aumentada de um terço, quando o “agente recebe a coisa: I, em depósito necessário; II, na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventarian-te, testamenteiro ou depositário judicial; III, em razão de “ofício, emprego ou profissão”.

Depósito necessário, de que cuida o inc. I, é exclusivamente o chamado *miserável*, isto é, impôsto pela necessidade de pôr a salvo a coisa, na iminência ou no curso de algum acontecimento calamitoso, ou, como diz o art. 1.282 do Cód. Civil, “o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque”. Não está incluído o depósito *legal*, de que é subespécie o depósito *judicial* (que a lei civil também considera *necessário*). A infidelidade do *depositário legal* (*stricto sensu*), que é sempre um *funcionário público*, recebendo a coisa “em razão do cargo”, constitui o crime de *peculato* (art. 312). Quanto ao *depositário judicial*, é êle contemplado no inc. II, de modo que sua infidelidade é apropriação indébita qualificada, e não *peculato*; mas isto, bem entendido, quando seja um *particular*.

Compreende-se a *ratio* da especial agravação de pena quando se trate de *depósito miserável*: o depositante, premido pelas circunstâncias, não tem a liberdade normal de fazer ou deixar de fazer o depósito e de escolher o depositário, de modo que merece maior proteção penal (pois não contri-

buiu *ab initio* com sua livre confiança); e, de outro lado, o dever de probidade do depositário se conjuga, então, com um dever de solidariedade humana.

Também não é compreendido no inc. I o depósito necessário "por equiparação", de que cogita o art. 1.284 do Código Civil (em direito penal não prevalecem as *ficções* do direito privado): os hospedeiros ou estalajadeiros, ou seus empregados, que se apropriem de objetos da bagagem dos hóspedes ou clientes, e somente quando tenham sido entregues à sua desvigiada disposição física, cometerão, é certo, apropriação indébita *qualificada*, mas não por serem depositários necessários segundo a *fictio* da lei civil e, sim, por abuso de confiança no exercício de *profissão* (inc. III). Nos hotéis, via de regra, os empregados-*arrumadores* dispõem de chave em duplicata para entrada nos quartos, mas nem por isso se segue que, mesmo na ausência do hóspede, tenham a posse ou detenção das bagagens, pois como tal não se pode entender a simples acessibilidade de contato com elas: se fazem *mão baixa* em qualquer dos objetos, cometem furto, e não apropriação indébita.

No inc. II, a majoração da pena atende, em casos *taxativamente* enumerados, à qualidade especial do agente: o crime é praticado por *tutor*, *curador*, *sindico*, *liquidatário*, *inventariante*, *testamenteiro* ou *depositário judicial* (consultem-se a respeito as leis civil, comercial e processual-civil), em relação aos bens móveis, respectivamente, do pupilo, do curatelado, da massa falida ou acervo social em liquidação, ou espólio inventariado, ou que tenham sido objeto da penhora, sequestro ou arresto.

A razão da qualificativa é evidente: a infidelidade do agente, em tais casos, envolve a traição a um *múnus público*. É bem de ver que quando o agente reveste qualquer das ditas qualidades no exercício de específico *cargo público*, o crime a configurar-se será o de *peculato* (art. 312).

Finalmente, quanto à qualificativa do inc. III, sua razão está em que há também um especial dever de fidelidade por parte de quem recebe a coisa como exercente de um *ofício*,

emprego ou *profissão*. Quando entrego uma coisa, por exemplo, a um mensageiro, a um artesão, a um empreiteiro, a um advogado ou a um meu empregado, para fim atinente aos seus misteres, está êle adstrito à confiança que necessariamente tem de inspirar como condição de sua própria atividade ou ocupação. Cumpre acentuar que, para existir a majorante, é imprescindível uma relação de causalidade entre o exercício do ofício, emprego ou profissão (como *meio*) e o crime (como *fim*). Assim, se confio a um joalheiro, meu amigo, um anel de brilhantes, não para consertar, mas para que o guarde, como poderia fazer outra qualquer pessoa de minha confiança, e êle se apropria da jóia, comete apropriação indébita *simples*.

Por *ofício* se entende qualquer ocupação habitual consistente em prestação de serviços manuais; por *emprego*, toda ocupação em serviço particular, mas existindo uma relação de *dependência* (preposição) ou certa *hierarquia* entre o locador e o locatário do serviço; por *profissão*, finalmente, toda e qualquer atividade habitual remunerada. A *profissão* é um *gênero*, de que são *espécies* o *ofício* e o *emprego*.

69. *Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza*. O poder de disposição física da coisa alheia, sem violação da posse do *dominus* ou de quem de direito, pode advir não somente de uma relação jurídica, senão também de um erro na entrega da coisa ou de um acontecimento fortuito. Nestas duas últimas hipóteses, a obrigação de restituir decorre *ex vi legis*, e se o detentor, ao invés de cumpri-la, assenhoreia-se da coisa, também comete apropriação indébita, embora a lei penal reconheça no fato menor gravidade (em cotejo com o tipo fundamental do crime), dada a ausência de traição à fé de um contrato. Dispõe o art. 169: "Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu "poder por erro, caso fortuito ou força da natureza: pena — "detenção, de um mês a um ano, ou multa, de Cr\$ 200,00 a "Cr\$ 3.000,00". Vê-se, em comparação com a *sanctio* do artigo 168, que a pena privativa de liberdade, fortemente dimi-

nuída, passa a ser simples *detenção* e em alternatividade com a pena pecuniária, que, igualmente reduzida, pode ser, assim, a única aplicável, tal seja o caso concreto (art. 42, I).

O erro pode consistir tanto em tomar por outra a pessoa a quem se entrega, quanto em dar *aliud pro alio* ou supor obrigação que realmente não existe. Exemplos: João da Silva recebe do estafeta postal um registrado de valor destinado a um seu homônimo; Tício recebe de Caio, ao invés do colar de pérolas falsas que lhe comprara, um colar de pérolas autênticas; ⁸ Primus recebe de Secundus o pagamento de uma dívida já paga ou quantia maior que a devida.

É claro que o erro do *tradens* ou *solvens* deve ser *espontâneo* e a ele deve corresponder a boa-fé de quem recebe. Se este provoca ardilosamente o erro ou, tendo *certeza* do *quid pro quo*, velhacamente se conserva em silêncio, com o propósito *ab initio* de locupletação, o crime a reconhecer será o de estelionato (art. 171), e não o de que se trata. O recebimento e conseqüente detenção da *res*, por isso mesmo que não informados de positiva má-fé, nada têm de criminoso: o crime somente surge quando, vindo a saber plenamente do erro, o agente dispõe da coisa *uti dominus* ou se nega a restituí-la. Ainda que tenha, antes de tal ciência, alienado ou dissipado a coisa, somente no juízo cível poderá ser demandado. Como já dissemos, o *dolus subsequens* é nota predominante da apropriação indébita.

De par com o erro, o dispositivo legal menciona o *caso fortuito* e a *força da natureza*, fazendo, a exemplo, aliás, do Código suíço, uma distinção que se pode dizer desnecessária, pois o caso fortuito abrange todo e qualquer acontecimento estranho, na espécie, à vontade do agente e do *dominus*. Tanto é caso fortuito se a coisa alheia vem ao meu poder em conseqüência da queda de um avião em meu terreno, quanto

⁸ O erro deve consistir na inadvertida troca de uma coisa por outra, e não sobre o valor da coisa: se esta é de alto valor e vem a ser vendida por preço vil, ignorantes a respeito ambas as partes, não haverá ilícito penal; se o comprador sabia e calou, será reconhecível o estelionato, e não apropriação indébita.

se foi trazida pela correnteza de uma enchente. Se bols alheios, por mero instinto de vagueação ou acossados pelo fogo de uma queimada, entram nas minhas terras, ou se peças de roupa no coradouro do meu vizinho são impelidas por um tufão até o meu quintal, tudo é caso fortuito. Também aqui, a detenção da *res aliena* não é, em si mesma, criminosa: o que constitui o crime previsto no art. 169 é a ulterior apropriação por parte do detentor, ciente e consciente de faltar à obrigação *ex lege* de restituir aquilo que é de outrem.

Tem inteira aplicação, no entendimento do dito artigo, o que já foi explanado em relação à *apropriação* e ao *dolo*, quando tratamos do tipo fundamental de apropriação indébita (ns. 57 e 58).

70. Apropriação de tesouro. Outra modalidade especial de apropriação indébita, a que é cominada penalidade idêntica à da precedente, é a denominada *apropriação de tesouro*, consistindo no fato de “quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da cota a que tem direito o proprietário do prédio” (art. 169, parág. único, I). Têm de ser, aqui, chamados à colação os arts. 607 a 610 do Cód. Civil, sob a rubrica “Do tesouro”. Preceitua o art. 607: “O depósito antigo de moeda ou coisas preciosas, enterrado, “ou oculto, de cujo dono não haja memória, se alguém casualmente o achar em prédio alheio, dividir-se-á por igual “entre o proprietário dêste e o inventor”. Já dizia o texto romano: “*Thesaurus est vetus quædam depositio pecunie* (sentido amplo), *cujus non extat memoria ut jam dominum non habeat*”. A partilha do tesouro entre o achador e o dono do prédio é condicionada à *casualidade* da descoberta. Entenda-se: a casualidade do achado influi, não para qualificar o tesouro, mas para atribuir em partes iguais a sua propriedade *pro indiviso*. Se o tesouro é encontrado, não por obra do acaso (*fortuito casu*), mas *opera ad hoc data*, pôsto que sem prévia determinação ou sem assentimento do dono do prédio, sua propriedade é exclusivamente dêste (art. 608); de modo que sua apropriação pelo achador é furto, e não o crime de

apropriação de tesouro. Se o prédio está aforado, e o inventor é o próprio enfiteuta, a este pertencerá o tesouro por inteiro (arg. do art. 609), seja ou não casual a descoberta, e, assim, não pode ser sujeito ativo do crime. Característico do tesouro é o fato de ser desconhecido o seu proprietário: se alguém demonstra ser dono do depósito achado, não há falar-se propriamente em tesouro (art. 610). Distingue-se o tesouro em *próprio* e *impróprio*, sendo este o depósito de valores escondido *metus vel securitatis causa*, de data recente e cujo dono para logo se revela. Quem se assenhoreia de tal depósito, que veio a descobrir casualmente, comete furto.

Pode o tesouro achar-se escondido no solo ou em qualquer outro local, mesmo dentro de um móvel (ex.: moedas depositadas no escaninho secreto de uma velha arca). Não é, porém, tesouro o depósito natural de pedras preciosas (pois tal depósito, diversamente do tesouro enterrado, é *accessorium* do solo e, como tal, ainda que descoberto casualmente por terceiro, é propriedade inteira do dono do solo, desde que *dominus soli, dominus est coeli et inferorum*, salvo as exceções legais).

A *apprehensio* ou *contrectatio* do tesouro pelo achador casual constitui ato lícito (e por isso não se poderia identificar o crime de furto): ilícita é somente a posterior apropriação, no todo ou em parte, da cota pertencente ao proprietário do prédio. Não valerá como escusa, no caso, a alegação de ignorância da lei civil, porque esta se entrosa ou se unifica com a lei penal, e *ignorantia juris criminalis non excusat*.

No tocante aos elementos *apropriação* e *dolo*, vejam-se ns. 57 e 58.

71. *Apropriação de coisa achada.* Ainda outra modalidade *privilegiada* de apropriação indébita, também sujeita à mesma atenuada sanção do art. 169, *caput*, é a prevista no parág. único, inc. II, a que corresponde a rubrica lateral *apropriação de coisa achada*. Consiste no fato de “quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo

“de 15 dias”. Também aqui, diversamente do que ocorre com a apropriação indébita no seu tipo fundamental, a detenção da coisa pelo agente, embora *ab initio* lícita, não é conferida pelo *dominus* ou quem de direito. Quem acha uma coisa perdida tem a faculdade legal de a recolher, para ulterior restituição ao dono (ou legítimo possuidor), se éste é ou vem a ser conhecido do achador, ou entrega à autoridade competente, dentro de 15 dias: o crime só se apresenta quando o achador, ao invés de cumprir a obrigação *ex lege* de tal restituição ou entrega, retém ou dispõe da coisa *ut dominus*. O direito romano identificava na espécie uma *species* do furto (*furtum rei inventæ*), e o mesmo fazia o direito estatutário medieval (*qui rem inventam non reddit, furtum committit*); mas o direito moderno (a que não se ajustava o arcaico art. 331 do nosso Código anterior), depois de destacar a apropriação indébita da *família* do furto, entendeu, e com tãda razão, de incluir no quadro daquela a “apropriação de coisa achada” (*appropriation d’objets trouvés, Fundaneignung, appropriazione di cose smarrite*), pois nesta, diferentemente do furto, também não há *subtração*, ou *violação* da posse atual do *dominus* ou de quem de direito.

A coisa achada deve ter sido *perdida*, isto é, coisa que, tendo saído, casualmente ou por descuido, do poder de fato do *dominus* (ou possuidor legítimo), não pode ser por éste recuperada, porque ignora o seu paradeiro. A coisa perdida exime-se à *posse* de quem de direito, mas não à *propriedade*. É *res vacua possessionis, sed non vacua domini*. Precisamente por isso é que se diferencia da *res derelicta* (cuja propriedade foi renunciada) e da *res nullius* (que nunca esteve na propriedade de alguém). Para que se apresente o crime em questão, e não o furto, é preciso que o agente tenha razão (fundada no *id quod plerumque accidit*) que o *certifique* de que a coisa está *perdida*. Se há casos em que o *perdimento* é evidente *prima facie*, outros há em que é manifesto o *não-perdimento*. Uma pedra preciosa que se depara caída numa sarjeta é, *ictu oculi*, uma *res deperdita*; mas não o são, sem a menor dúvida, por exemplo, os animais que costumam va-

guear pelas ruas suburbanas, ainda quando se distanciem do quintal do *dominus*, sem perderem a *consuetudo revertendi*.

Cumprе аcentuar que não se pode considerar perdida a coisa que, embora ignorado o exato lugar onde foi parar, continua na esfera de custódia do *dominus*. Assim, o pequeno brilhante que se desprendeu de um anel, sem que o percebesse o *dominus*, e foi insinuar-se na grêta do soalho da casa dêste, não é, *sub specie juris*, uma coisa perdida, não podendo ser objeto do crime em questão, mas, sim, de furto. Outrossim, não deve ser confundida com a coisa *perdida* a que é simplesmente *esquecida* pelo dono na esfera de posse de outrem e que, a qualquer momento, pode ser por êle reclamada. Assim, se deixo o meu guarda-sol na casa de pessoa a quem visitei, e esta dêle se apropria, comete furto, e não *apropriação de coisa achada*. Discute-se se é furto ou o crime de que se trata o fato de alguém se apropriar de coisa que o viajante esqueceu na cabine-dormitório ou na prateleira de um vagão de trem de ferro: a solução é no sentido do furto, mesmo porque, ainda que o *dominus* não se lembre onde a deixou e, portanto, não possa reavê-la, entende-se que na *posse* temporária dela se investe a empresa ferroviária.

Por outro lado, uma coisa pode ter sido realmente perdida, mas *parecer*, razoavelmente, que é *abandonada*. Assim, quem depara na via pública uma coisa já bastante usada ou carecendo de reparo pode supor, e com razão, que o dono tenha renunciado a ela, preferindo isso a despende dinheiro para reformá-la ou consertá-la. Se dela se apropria o achador, ainda que tal suposição não corresponda à realidade, não há, subjetivamente, crime algum. Pode também acontecer que a coisa não está perdida, mas o agente, fudhadamente, a supõe tal. Figure-se o caso de quem encontra a espingarda que o caçador deixou em ponto assinalado da mata, para prosseguir a caçada no dia seguinte, e dela se apropria: o crime a reconhecer, segundo o princípio de que *non rei veritas, sed reorum opinio inspicitur*, é o de *apropriação de coisa achada*, e não o de furto.

O alegado erro do agente redundará sempre numa *questio facti* a ser resolvida, em cada caso, pelo juiz.

A *inventio* deve ser *casual*, não deixando de o ser, entretanto, a que ocorre por parte de quem o dono haja incumbido de procurar a coisa. Será reconhecível o furto, e não o crime de que ora se cogita, quando o agente recolhe e se apropria da coisa que viu, por exemplo, cair do bolso do possuidor ou ser desatentamente deixada por este num banco de jardim público, pois, então, seu ato assume o cunho de uma verdadeira *subtração*.

A nossa lei, no caso de *inventio* fortuita, não indaga, para diverso tratamento penal, se o achador sabia, ou não, quem é o proprietário da *res deperdita*, podendo, entretanto, na primeira hipótese, ser agravada *in concreto* a pena, de acordo com o art. 42. Suponham-se os seguintes casos: *a*) o possuidor *alieno nomine* perde efetivamente a coisa (chegando mesmo a comunicar o fato ao *dominus*), mas, posteriormente, reencontrando-a, dela dispõe *ut dominus*; *b*) o ladrão perde a *res furtiva*, mas, em seguida, vem a achá-la e novamente dela se apropria; *c*) conhecedor da *inventio*, um indivíduo se faz passar pelo proprietário e consegue captar a coisa, com que se locupleta; *d*) um agente de polícia, aproveitando-se da ignorância do achador, inculca-se atribuição para receber a coisa sem qualquer formalidade e vem a apropriar-se dela. No caso *sub a*, há apropriação indébita no seu tipo fundamental, pois o reencontro da coisa fez voltar ao *statu quo ante*. No caso *sub b*, o ladrão continua a responder tão-somente pelo anterior furto, pois a *reapropriação* é “fato posterior irrelevante” (*straflose Nachtat*). No caso *sub c*, o crime único a reconhecer é o de estelionato, por parte do *fingido* proprietário. No caso *sub d*, finalmente, só responde penalmente o policial, também por crime de estelionato (e não *peculato*, pois não podia ter recebido a coisa, *ratione officii*, sem o auto de entrega).

O fato de não restituir a coisa ao proprietário (ou possuidor legítimo), se o agente o conhece ou vem a conhecê-lo *ex post*, ou de não entregá-la à autoridade competente no

prazo legal, não é, por si só, o crime: cumpre que seja informado de inequívoco *animus rem sibi habendi*. Se a conduta omissiva do achador resulta de força maior ou de mera negligência, não há o crime (só punível a título de dolo). A própria expiração do prazo de 15 dias, sem entrega da coisa à autoridade, não faz surgir, fatalmente, o crime: não passa de uma presunção *juris tantum*, isto é, que pode ser elidida por prova em contrário.

A *autoridade competente*, a que deve ser entregue a coisa (quando desconhecido o *dominus* ou *justus possessor*), é a *policia*, *ut* art. 591 do Cód. de Proc. Civil: “Os bens que se acharem, de senhor ou possuidor ignorado, serão entregues à autoridade policial, e, tomadas as declarações de quem os tiver achado, remeter-se-ão os autos ao juiz, que mandará avaliar e entregar os ditos bens ao depositário público, ou, se consistirem em dinheiro, pedras ou metais preciosos, ou títulos, ao Banco do Brasil, ou, não havendo no lugar agência deste Banco, ao depositário público, ou a outro estabelecimento de crédito da localidade”.

O Cód. Civil, no seu art. 604, atribui ao achador direito a uma recompensa e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa (se o dono não preferir abandoná-la, caso em que a coisa passa a ser do achador).

Por essa recompensa ou indenização não há *direito de retenção*, mas o *animus damni vitandi*, em qualquer caso, exclui o *dolo de apropriação*, e o mais que se poderá reconhecer é o “exercício arbitrário das próprias razões” (artigo 345). Se a *res inventa* é dinheiro, e o agente se limita a apropriar-se de razoável quantia correspondente ao prêmio pelo achádego e restituição, não cometerá crime algum.

Também aqui se aplica o que já se disse acerca de *apropriação* e *dolo* quando tratamos da apropriação indébita no seu tipo fundamental (ns. 57 e 58).

72. Pequeno valor da coisa achada e primariedade do agente. Tem cabimento, em qualquer das modalidades de

apropriação indébita, segundo expressamente dispõe o artigo 170, o *privilegium* do art. 155, § 2.º, isto é, se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa de que se apropria, pode o juiz, quando a pena privativa de liberdade fôr reclusão, substituí-la por detenção, e ainda diminuí-la de um a dois terços, ou limitar-se a aplicar a pena de multa. Veja-se n.º 9.

CAPÍTULO VI

DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES

Estelionato

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 10.000,00.

§ 1.º *Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2.º.*

§ 2.º *Nas mesmas penas incorre quem:*

Disposição de coisa alheia como própria

I — vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II — vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

III — defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na
entrega
de coisa

IV — defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para
recebimen-
to de inden-
ização ou
valor de
seguro

V — destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no
pagamento
por meio de
cheque

VI — emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3.º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Duplicata
simulada

Art. 172. Expedir duplicata que não corresponda a venda efetiva de mercadoria, entregue real ou simbolicamente com a fatura respectiva:

Pena — detenção, de um a três anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 5.000,00.

Abuso de
incapazes

Art. 173. Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 5.000,00.

Induzimen-
to a es-
peculação

Art. 174. Abusar, em proveito próprio ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou aposta, ou à especulação com títulos ou mercadorias, sabendo ou devendo saber que a operação é ruínosa:

Pena — reclusão, de um a três anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 5.000,00.

Fraude no comércio

Art. 175. Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:

I — vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

II — entregando uma mercadoria por outra:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 5.000,00.

§ 1.º Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de outra qualidade:

Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

§ 2.º É aplicável o disposto no art. 155, § 2.º.

Outras fraudes

Art. 176. Tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento:

Pena — detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa, de Cr\$ 100,00 a Cr\$ 1.000,00.

Parág. único. Somente se procede mediante circunstâncias, deixar de aplicar a pena, diante representação, e o juiz pode, conforme as

Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações

Art. 177. Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembleia, afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

fato não constitui crime contra a economia popular.

§ 1.º *Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular:*

I — o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou à assembléia, faz afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo;

II — o diretor, o gerente ou o fiscal que promove, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade;

III — o diretor ou o gerente que toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral;

IV — o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite;

V — o diretor ou o gerente que, como garantia de crédito social, aceita em penhor ou em caução ações da própria sociedade;

VI — o diretor ou o gerente que, na falta de balanço, em desacôrdo com êste, ou mediante balanço falso, distribui lucros ou dividendos fictícios;

VII — o diretor, o gerente ou o fiscal que, por interposta pessoa, ou conluiado com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer;

VIII — o liquidante, nos casos dos ns. I, II, III, IV, V e VII;

IX — o representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no país,

que pratica os atos mencionados nos ns. I e II, ou dá falsa informação ao govêrno.

§ 2.º *Incorre na pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00, o acionista que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto nas deliberações de assembléa geral.*

Emissão
irregular de
conhecimen-
to de depó-
sito ou
«warrant»

Art. 178. Emitir conhecimento de depósito ou warrant, em desacôrdo com disposição legal:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

Fraude à
execução

Art. 179. Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00.

Parág. único. Sòmente se procede mediante queixa.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* italiano, arts. 640 a 643; suíço, arts. 148 a 152; francês, arts. 405, 406 e 401; polonês, arts. 264 a 266; dinamarquês, arts. 279, 283, 1.º, 286, 2.º, 296, 3.º, 297 e 298; russo, arts. 169 e 171; holandês, arts. 326 a 329 e 336; português, arts. 450, 451, 454 e 456; espanhol, arts. 528 a 534; alemão, arts. 263 a 265; iugoslavo, arts. 258 e 259; japonês, arts. 246 a 248; argentino, arts. 172, 173, 1 e 3 a 10, 175, 1 a 4, e 300, 2 e 3; boliviano, arts. 637, 644 e 645; colombiano, arts. 408 a 410; mexicano, arts. 386 e 389; nicaragüense, arts. 503 a 508; panamenho, arts. 360 a 362; hondurense, arts. 528, 529, 511, 534 e 535; costarriquense, arts. 281, 287 e 288; cubano, artigos 549, 550 e 555; salvatoriano, arts. 490, 492 e 494; uruguaio, artigos 347 a 350; venezuelano, arts. 464 a 467; chileno, arts. 467 a 471 e 473; equatoriano, arts. 538 a 544; guatemalteco, arts. 418, 419, 423 e 425; haitiano, arts. 337 e 352; paraguaio, arts. 396, 400, 403 e 406; peruano, arts. 244, 245, 246 e 248; pôrto-riquense, arts. 321, 468 a 472, 475 a 479 e 485 a 499.

BIBLIOGRAFIA. Além da já citada: DAVID (L.), *Etude théorique et pratique sur le délit d'escroquerie*, 1883; DORIGNY, *Théorie et*

pratique du délit d'escroquerie, 1889; BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude*, 1872; LANDRY, *De l'escroquerie*, 1901; MICELA, *Trattato della frode*, 1894; SEIFRIED, *Vorsatz und Handlung des Betrugs (Dolo e Ação no Estelionato)*, 1906; CARFORA, verb. "Frode", in *Digesto Italiano*; BRUNETTI, *Il delitto civile*, 1906; FAGGELLA, *Dei caratteri differenziali fra la frode punibile e la frode civile*, in *Foro Penale*, 1893; CLERIC, *Betrug durch Schweigen (Estelionato pelo silêncio)*, 1918; ECKER, *Der strafrechtliche Schutz des Vermögens gegenüber Betrug bei unsittlichen und rechtswidrigen Rechtsgeschäften (A proteção penal do patrimônio contra a fraude nos negócios ilícitos ou imorais)*, 1915; MOSCHINI, *La frode in negozio illecito*, in *Scuola Positiva*, XX, 1910; *Dolo civile e dolo penale nella truffa*, idem, IV; *Nozione giuridica del raggio nella truffa*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1917; EULA, *In tema di truffa*, in suppl. da *Rivista Penale*, 1900; ZEILER, *Betrug und Betrugsversuch bei gesetzwidrigen Rechtsgeschäften (Estelionato e Tentativa de estelionato nos negócios ilegais)*, in *Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft*, XXVII, 1908; STOPPATO, *La frode negli atti illeciti*, in *Scritti giuridici per le onoranze a F. CARRARA*, 1899; JANNITTI DI GUYANGA, *Frode nei fatti illeciti*, in suppl. da *Rivista Penale*, XVII; MAIERINI, *Della revoca degli atti fraudolenti*, 1912; MASUCCI, *Intorno alla criminalità delle frodi contrattuali*, in *Rivista Penale*, XXVIII; DONÀ (G.), *La delinquenza negli affari*, 1928; NOTARISTEFANI, *La frode punibile*, in *Foro Italiano*, V; ESCOBEDO, *Studi sul reato di truffa*, 1928; ZOLA (Eurico), *Frode in commercio*, 1927; ROMMEL, *Der Betrug (O estelionato)*, 1894; RAVIZZA, *Truffa*, in *Digesto Italiano*; TOLOMEI (A. D.), *Della truffa e di altri frodi*, 1915; GORETTI, *Dolo civile e dolo penale*, in *Foro Italiano*, XLVI; MANCI, *La truffa nel Codice Penale italiano*, 1930; D'OVIDIO, *Interna di truffa, dolo civile e dolo penale*, in suppl. da *Rivista Penale*, II; CRIVELLARI, *Stellionato*, in *Digesto Italiano*; CASES (A.), *La estafa*, 1945; MARTUCCI, *Truffa e frode processuale*, 1932; JAUREGUY (C. A. B.), *El delito de estafa*, 1943; CANTÙ, *Frode Penale*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*; PALADINI, *Fattori della responsabilità civile e penale*, 1917; BIANCHEDI, *Il raggio grossolano nella truffa*, in suppl. da *Rivista Penale*, XVIII, 193; GRANDJEAN, *Etude pratique du délit d'escroquerie dans la société par actions*, 1908; SABATINI, *Ancora sulla truffa nei negozi illeciti*, in *Scuola Positiva*, 1923; SECHI, *In tema di raggiri per integrare la truffa*, in *Foro Italiano*, 1933; CUELLO CALÓN, *La protección penal del cheque*, 1944; KUGELMANN, *Der strafbare Betrug durch Unterlassung (A Fraude Penal por Omissão)*, 1925; OLIVIERI, *Il raggio e l'elemento etico nel reato di truffa*, in *Riv. di dir. e proc. penale*, I; SANDULLI, *La dottrina generale dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, 1928; LONGHI, *Di una teoria positivista sulla frode criminale*, in *Scuola Positiva*, IV; SCHRÖDER, *Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug (A distinção entre furto e es-*

telionato), in *Zeitschrift f. die gesam. Strafrechtswissenschaft*, vol. 80; IRURETA GOYENA, *Delitos de falsificación documentaria y estafa*, 1932; HUNGRIA, *Fraude Penal*, 1934.

COMENTARIO

73. *Fraude patrimonial*. O estelionato é o crime patrimonial mediante fraude: ao invés da clandestinidade, da violência física ou da ameaça intimidativa, o agente emprega o engano ou se serve dêste para que a vítima, inadvertidamente, se deixe espoliar. É uma forma evoluída de captação do alheio. Nos tempos modernos, a fraude constitui o cunho predominante dos crimes contra o patrimônio. O ladrão violento, tão comum em outras épocas, é, atualmente, um retardatário ou um fenômeno esporádico. O *cangaceiro* do sertão brasileiro, o *brigante* do sul da Itália ou o *outlaw* do oeste norte-americano são anacronismos, resíduos de barbaria. O *gangster*, por sua vez, é um produto singular e transitório da desconcertante, vertiginosa intensidade do *struggle for life* no país dos ianques, e já está cedendo às medidas drásticas contra êle empregadas *more bellico*.¹ O expoente da impro-

¹ Já assim discorremos sôbre o *gangster*: "A torvelinhante caudal da *strenuous life* norte-americana criou uma vertiginosa *steep-chase* pelo dinheiro. A fome de ouro lavrou espíritos e corações. A improvisação de imensas fortunas pelos meios reputados legais fez despertar a cobiça daqueles que, incapazes de êxito pelos processos regulares ou consentidos, recorreram a tôda espécie de meios ilícitos e criminosos. Difundiu-se a estranha filosofia do *something for nothing*. Para enriquecer depressa e facilmente, os *corredores* sem *handicap*, oriundos notadamente do seio dos inassimilados filhos de imigrantes, lançaram mão do *racketeering*, do crime organizado, do *gangsterismo*, do *kidnapping*, do *blackmail*. Nesse meio tempo, veio a famosa *Lei Sêca*, que, fraudada sistematicamente, não conseguiu impedir o uso do álcool e deu ensejo ao contrabando em grande escala e à formação de *partidos* de contrabandistas, que, mutuamente hostis, chegavam a guerrear-se a metralhadora na própria via pública. Ajudava-os, para maior incremento do flagelo, segundo denuncia J. E. HOOVER, diretor do *Federal Bureau of Investigation*, a "untuosa convivência de políticos venais". Revogada supervenientemente a proibição do álcool, os seus *proveitadores* passaram, derivativamente, a

bidade operosa é hoje o *architectus fallaciarum*, o scroc, o burlão, o cavalheiro de indústria. Não mais o assalto brutal e cruento, mas a blandícia vulpiana, o enrêdo sutil, a aracnídea urdidura, a trapaça, a mistificação, o embuste. O latrocinio, a *grassatio* e a rapina foram sub-rogados pelo enlço, pela artimanha, pelo estelionato. A *mão armada* evoluiu para o *conto do vigário*. O trabuco e o punhal, que sublinhavam o sinistro dilema “a bolsa ou a vida”, foram substituídos por um jôgo de inteligência. O leão rompente fêz-se rapôsa maitreira. Como dizem FERRERO e SIGHELE (*L'Europa Giovane*), “oggi colui che vuol vivere a spalle altrui senza lavorare, diventa truffatore e vive d'imbrogli e di inganni, non di fucilate e di razzie”. O crescente intercâmbio das relações humanas trouxe a necessidade prática da confiança nas aparências; a boa-fé tornou-se indispensável ao êxito e incremento das transações, de modo que os astutos e fraudulentos vivem atualmente no mundo dos negócios como saltões dentro do queijo. Por outro lado, seguindo uma orientação adaptativa, a luta pela vida assume, cada vez mais, uma feição intelectual. A violência é um processo estúpidamente primitivo. Já não se coage, pela força ou pelo medo, a vítima escolhida: esta é espoliada como o corvo da fábula, ou tão hábilmente iludida, que ela mesma é que, de bom grado, se desapossa da própria fazenda em proveito do embusteiro. A violência deixa sinais indiscretos ou evidentes, oferece o perigo de reação da vítima, é escandalosa e alarmante. A fraude, ao contrário, vem dentro do *anel de Giges*. Dificilmente se deixa identificar pela vítima, porque sabe tomar a côr da verdade, da inocência e da candura. É como o beijo de Judas ou o sorriso de Tartufo. É o Gerião, da *Divina Comédia* de DANTE, com

rackets, a salteadores de bancos, a extorsionários, formando uma verdadeira legião de cães danados (*mad dogs*, como dizem os americanos do norte) e fazendo subir o coeficiente da criminalidade violenta a um grau jamais atingido. E foi então que surgiram Alcatraz e os *G-men*, para enterrar vivos ou matar sumariamente os Al Capone, os Dillinger e os *Baby Face Nelson*”.

*"...faccia d'uomo giusto,
Tanto benigna avea di fuor la pelle,
E d'un serpente tutto l'altro fusto".*

Não provoca o "*adeste, commilitones!*", evita o alarde como o herói de MOLIERE:

*"Le mal n'est jamais que dans l'éclat qu'on fait,
Le scandale du monde est ce qui fait l'offense".*

Todo o sêgrêdo do seu êxito está precisamente na dissimulação de si mesma, na industriosa *homocromia passiva* com que imita as intenções honestas, naquela falsidade de aparência com que a descrevem os versos de ARIOSTO:

*"Avea piacevol viso, abito onesto,
Un umil volger d'occhi, un andar grave,
Un parlar si benigno e si modesto,
Che pareva Gabriel che dicesse: ave!
Era brutta e deforme in tutto il resto:
Ma nascondeva queste fattezze prave
Con lungo abito e largo..."*

Se a fraude pode ser considerada, até certo ponto, como forma de uma criminalidade *evolutiva*, em contraposição a uma criminalidade *atávica*, cuja característica seria a violência, ou, no conceito de FERRI, como um atestado da evolução pela qual o homem tende incessantemente a distanciar-se de sua origem animal ou selvagem, não é, entretanto, uma originalidade da civilização. O ambiente social moderno apenas tem favorecido o primado ou a maior viabilidade da fraude, tornando-se, ao revés, gradativamente menos propício à violência. Como expressão, entre muitas, do instinto do *menor esforço* na luta pela existência, pode dizer-se que a fraude é de todos os tempos. Até mesmo entre os seres inferiores, são identificáveis processos caracteristicamente fraudulentos. Fraude, por exemplo, é o parasitismo traiçoeiro do *mata-pau*,

do *apuizeiro*, da *herva de passarinho*. Fraude é a viscosidade insidiosa da *silene muscipula*. Fraude é o mimetismo dissimulador do camaleão (de cujo nome latino *stellio* derivou, precisamente, o vocábulo *estelionato*), a ardilosa *mise-en-scène* da aranha na caça aos insetos, o comodismo solerte do cuco, que deposita os próprios ovos, para a incubação, nos ninhos de outros pássaros. Como meio de locupletação com o alheio, a fraude não teria sido estranha ao próprio *homem das cavernas*. Segundo adverte ENRICO ZOLA, “se se faz pene-
“trar o olhar, de pesquisa em pesquisa, até os primórdios da
“civilização humana, temos de reconhecer que as contrafa-
“ções, as alterações, as fraudes começaram no dia em que o
“homem fez o primeiro contrato com seu semelhante para
“vender-lhe ou comprar algum artigo de uso”. Cogitavam da fraude as mais antigas legislações: o *Código de Hammura-
bi*, o *Zend-Avesta*, o *Código de Manu*, as leis de Israel e as do
Egito. Na Grécia antiga, onde a fraude teve o padrão len-
dário do *equus Trojanus*, havia leis que severamente a reprí-
miam. Entre os romanos, já era ela contemplada na legisla-
ção decenviral e foi ulteriormente reconhecida nas suas vá-
rias modalidades: *dolus malus* (no sentido restrito das de-
finições de SÉRVIO e LABEÃO), *falsum*, *venditio fumi*, *crimen
stellionatus*, *fraus creditorum*, etc., etc. Outrora, porém, a
fraude não era cilada tão freqüente, como hoje, nos ajustes
e negócios. Havia mesmo contra ela uma terrível prevenção.
É bem conhecida a seguinte passagem de CÍCERO (*De officiis*,
XIII, *in fine*): “*Quum autem duobus modis, id est aut vi aut
fraude, fiat injuria, fraus quasi vulpeculæ, vis leonis videtur.
Utrumque alienissimus ab homine est: sed fraus odio digna
majore*”. Na Idade Média, diziam os práticos, referindo-se ao
crime fraudulento: “*Nullum crimen est in mundo, quod ita
vituperet famam, et statum hominis, sicut ipsum, in tantum,
quod pænæ mortis simile est, et est detestabilius homicidio,
et veneficio*”. DANTE ALIGHIERI colocou os fraudulentos nas
arrepiantes *malebolgi* do oitavo círculo do Inferno, repu-
tando-os merecedores da maior cólera de Deus:

*“...e pero stan di sutto
Gli frodolenti, e più dolor gli assale”.*

Soa bem diversamente, no entanto, o conceito de um sociólogo moderno (FERRERO): “A fraude, ainda que repugnante em si mesma, é uma bênção de Deus, pois que elimina a “violência, fazendo correr o ouro onde outrora corria o “sangue”.

Com os seus variadíssimos processos, a fraude é bem o atestado do poder de inventiva e perspicácia do *homo sapiens*. Tem espécies e subespécies, padrões clássicos e expedientes de acaso. Há a fraude reconhecível a olho nu como infração penal e a *parva calliditas*, que se abriga à sombra de uma proclamada *naturalis licentia decipiendi*. Há a fraude corriqueira dos clientes habituais da prisão e a fraude sutil daquela gente que sabe *tangenciar* a lei penal e constitui a legião dos “criminosos astutos e afortunados” de que nos conta FERRARI. Há as trapaças minúsculas do comércio a varejo e as burlas maiúsculas dos jogos de Bôlsa. Há a fraude grosseira, de empulhar pascácios, e a fraude de *alta escola*, de embair os mais argutos. Há a fraude daquele estudante que, segundo relata o autor da *Arte de furtar*, vendeu a um campônio, como se fôra sua, a imagem de São Miguel da Universidade de Coimbra, e a fraude daquela sabidíssima senhora madrienha, de que assim nos fala o mesmo autor: “...mandou “fazer duas bocetas com fechaduras, ambas iguais, e semelhantes na guarnição e pregadura; meteu em uma três mil “cruzados de jóias, e na outra outro tanto pêso de chumbo “e pedras que achou na rua; e escondendo esta na manga, “se foi com a outra a um mercador rico, que lhe desse dois “mil cruzados a câmbio sôbre aquelas jóias: celebraram o “contrato sem reparar ela na quantidade dos réditos, porque “não determinava de os pagar, nem êle no capital, porque se “assegurava com as jóias. Virou-se contra um escritório para “tirar o dinheiro, e com a maior velocidade a senhora harpia “trocou as bocetas, pondo na mesa a das pedras chumbadas, “e recolhendo na manga a das jóias; e levando a chave con-

“sigo, para que lhe não enxovalhassem as jóias ou atirassem com as pedras, se foi com os dois mil cruzados, onde nunca mais apareceu nem aparecerá senão no dia do juízo”...

Sob um ponto de vista que se poderia dizer filosófico, fraude é a antítese da violência na objetivação do ilícito, é o emprêgo dos *motivos ilusórios* (*Scheinmotive*) em contraste com a *causalidade física* (*physische Kausalität*), segundo o conceito de SCHOPENHAUER. Na linguagem jurídica, o termo *fraude* presta-se a vários sentidos. Numa primeira acepção, é o ob-reptício desrespeito à lei. Já dizia PAULO: “*Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit*”. E ULPIANO explicava: “*Fraus enim legi fit, ubi quod fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat dictum a sententia, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit*”. Em tal sentido é que se diz *fraude contra o fisco*, *fraude eleitoral*, etc.

Em sentido especial, diz-se fraude a insolvência dolosa ou qualquer colusão contra terceiros (*simulação fraudulenta*, *fraude pauliana*, *fraude falimentar*).

Em sentido genérico, fraude é qualquer malicioso subterfúgio para alcançar um fim ilícito.

Em sentido menos extenso, é o engano dolosamente provocado, o malicioso induzimento em erro ou aproveitamento de preexistente erro alheio, para o fim de injusta locupletação. Nesta última acepção, identifica-se com o *dolo contractual*, e chama-se *fraude patrimonial*, cujas formas de maior gravidade constituem o ilícito penal denominado *estelionato*.

Um jurista pátrio (MARTINHO GARCÊS) censura ao civilista lusitano COELHO DA ROCHA o emprêgo dos termos *fraude* e *dolo* como sinônimos, mas não lhe assiste razão. O dolo, como *vício do consentimento* (é claro que não se trata, aqui, de dolo no sentido amplo de *má-fé*, ou na acepção jurídico-penal de “vontade conscientemente dirigida a um resultado antijurídico”), é a fraude (*sensu lato*) nos contratos. Sob este prisma, a *fraus* não é senão o *dolus malus* da definição de LABEÃO: “*omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*”. A de-

finição que COELHO DA ROCHA nos dá de fraude é corretíssima, quer do ponto de vista do direito privado, quer do ponto de vista do direito penal: “artifício malicioso, que se emprega para enganar uma pessoa, e levá-la a praticar uma ação, que sem isso não praticaria”.

Finalmente, o termo *fraude* é usado para designar a própria locupletação ilícita *per fraudem*. Na legislação penal de vários países encontram-se mesmo vocábulos correspondentes ou equivalentes a *fraude* servindo ao *nomen juris* do crime de lesão patrimonial por meio de engano (*Betrug*, *truffa*, *estafa*, *burla*, *Bedrog*, *Bedraeger*, respectivamente, nos Códigos alemão, italiano, espanhol, português, holandês e sueco). Já isto se verificava no antigo Cód. Penal toscano (chamava este *frode* ao crime em questão), que sofreu, por tal motivo, a justa crítica de CARRARA, pois semelhante critério de nomenclatura confunde o elemento de um fato com o próprio fato e gera perplexidade, dada a persistência, na linguagem comum e no próprio idioma jurídico, das outras acepções do vocábulo. Na Alemanha, por exemplo, onde a citada *species* criminal foi oficialmente batizada com o nome de *Betrug*, cuja significação é precisamente *fraude*, é inevitável a confusão de noções heterogêneas. Assim, enquanto se aprende com VON LISZT que “*ist der Betrug im Wesentlichen die durch arglistige Täuschung bewirkte Vermögensbeschädigung*” (isto é, “fraude é, essencialmente, a lesão patrimonial realizada por meio de malicioso engano”), lê-se nos *Motive* do Código Civil alemão que “*im allgemein stellt sich jeder arglistige Vertoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben zum Nachteile eines ander als Betrug dar*” (em vernáculo: “fraude, em geral, é a dolosa violação do princípio da boa-fé em detrimento de outrem”). Para conciliar-se a evidente discrepância de tais conceitos é preciso ter presente que VON LISZT refere-se à figura criminal do § 263 do *Strafgesetzbuch* e os *Motive* cogitam da fé púnica nas relações jurídicas em geral.

Entre nós, já o Cód. Criminal de 1830, seguindo a tradição romana, dava o nome de *estelionato* ao crime patrimonial por meio de *artifício fraudulento*, desatendendo à tradi-

ção reíno dos termos *burla* e *enliço* (*inlício*, das Ordenações). O título *burla* foi conservado pelo Cód. Penal português, e é a tradução dada por José HIGINO ao *Betrug* alemão, mas não evita a ambigüidade, pois na linguagem comum, tal como *fraude*, significa também o engano em si mesmo. O esclarecido espírito do nosso legislador de 1830 ateve-se certamente ao mesmo raciocínio que, muitos anos depois, fazia o insigne CARRARA eleger o nome *estelionato* para o crime em aprêço: "Prefiro sempre os vocábulos que servem melhor à clareza, "considerando a linguagem como um instrumento tanto "mais útil quanto mais isento do perigo de conduzir à obs- "curidade e confusão". Além do inconveniente da equivocidade a que alude a censura carrareana, cumpre salientar que o termo *fraude* somente poderia servir de título a um crime *sui generis*, se se reconhecesse a necessidade de especial proteção penal à *fides privata*, àquele direito à verdade, de que falava FEUERBACH, ou ao *jus alteri competens veritatem postulandi* (fora do conceito da *fides publica*), defendido por STERNBERG.

A impropriedade de tal vocábulo para designar o *crimen stellionatus* está em que, neste, a *matéria punível* não é a fraude em si mesma, o engano ou induzimento em erro, mas a locupletação ilícita ou a injusta lesão patrimonial. O engano é apenas um momento precursor do crime. Este critério conceitual está definitivamente integrado no direito penal hodierno, tendo resultado de uma lenta e gradativa elaboração científica, no sentido de atribuir ao estelionato seu verdadeiro posto entre os crimes contra o patrimônio, para corrigir-se a imprecisão das fontes romanas e a obscura doutrina dos juristas medievais, que o haviam confundido com o *falsum* (ofensa à *fides publica*, sem necessidade de um efetivo dano material) e até mesmo com o *dolus criminalis*, mercê da fórmula genérica do "*qui dolo quid fecerunt*" do frag. 3, § 71, D., 47, XX.

Como quer que seja, no entanto, o certo é que, entre as várias significações do vocábulo *fraude*, quer na linguagem corrente, quer na tecnologia jurídica, já se inveterou a de *lesão patrimonial por meio de engano*. O nosso Cód. Penal vigente,

tal como já fazia o anterior, manteve o título *estelionato*, mas, na mesma rubrica, faz referência a *outras fraudes*, o que importa implicitamente dizer que o estelionato pode ser também chamado *fraude*.

74. *Fraude penal e fraude civil*. Como já acentuamos, há uma identidade perfeita, de modo e de finalidade, entre a fraude que integra o estelionato e o dolo que vicia os contratos de caráter econômico. Uma e outro estão enfeixados num mesmo conceito: malicioso engano, referido a uma locupletação injusta. Em nenhum outro ponto se revela tão nitidamente, como neste da lesão patrimonial *per fraudem*, a conexidade entre o direito civil e o direito penal. Vem daí a seguinte dúvida: não haverá, então, uma *fraude civil* distinta de uma *fraude penal*? A questão prende-se naturalmente a outra, de caráter mais amplo: existe um *ilícito civil* não coincidente com o *ilícito penal*? Do ponto de vista do *jus positum*, não há que vacilar na resposta afirmativa. Há toda uma série de fatos antijurídicos sujeitos exclusivamente à sanção civil: o dano culposos, o furto ou a apropriação indébita do uso, o esbulho possessório sem violência ou sem concurso de agentes, o inimplemento ou impontualidade de obrigação contratual (salvo casos excepcionais), a demanda por dívida não vencida, a lide temerária, o abuso de direito ou ato emulativo, a sedução de mulher maior de 18 anos, o recebimento culposos do *indebitum*, enfim todos os atos ilícitos não definidos como *crimes* ou *contravenções* pela lei penal. Na diversidade de tratamento dos fatos antijurídicos, a lei não obedece a um critério de rigor científico ou fundado numa distinção ontológica entre tais fatos, mas simplesmente a um ponto de vista de conveniência política, variável no tempo e no espaço. Em princípio, ou sob o prisma da lógica pura, a voluntária transgressão da norma jurídica deveria importar sempre a *pena (stricto sensu)*. Praticamente, porém, seria isso uma demasia. O legislador é um oportunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas. Se o fato *contra jus* não é de molde a provocar um intenso ou difuso alar-

me coletivo, contenta-se êle com o aplicar a mera sanção civil (ressarcimento do dano, execução forçada, *restitutio in pristinum*, nulidade do ato). O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do direito que não o penal). A pena é um mal, não somente para o réu e sua família, senão também, sob o ponto de vista econômico, para o próprio Estado. Assim, dentro de um critério prático, é explicável que êste se abstenha de aplicá-la fora dos casos em que tal abstenção represente um mal maior. É o que justamente adverte BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, pág. 431): "Como o Estado só deve chamar a si um mal para afastar outro maior, assim deve servir-se da pena somente quando o mal de sua não-aplicação seja maior que o da sua aplicação". A *ilicitude jurídica* é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o *dever jurídico*. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas "sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-múndi". No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. Consistem ambos num fato exterior do homem, antijurídico, imputável a título de dolo ou culpa. A única diferença entre êles está na maior gravidade do delito penal, que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença puramente de grau ou quantidade. A êste critério relativo, e somente a êle, é que atende o direito objetivo do Estado na diversidade formal de sua ação defensiva contra a sublevação da vontade individual. Sob o ponto de vista histórico, em face do direito legislado, o que decide entre a aplicação da simples sanção civil e a da reforçada sanção penal, no reajustamento da ordem jurídica, é a maior ou menor intensidade da violação desta, apreciada pelo legislador, sob a influência do mutável ambiente social.² Nada mais. Não há

² Eis a lição de VON LISZT: "...nem a toda ação ilegal e informada de culpa (*sensu lato*) atribui a lei a consequência jurídica da

excogitar princípios gerais e *mecânicos* na distinção entre o *injusto* que incide e o que não incide *sub poena*. Não se pode deslocar a questão para o terreno de um direito ideal, com abstração do direito positivo.³ Não se atêm à realidade do direito, como emanção do complexo das leis, as teorias que buscam uma razão filosófica ou estritamente científica à diferenciação entre ilícito civil e ilícito penal.

Dizia HEGEL que o fato *antijurídico doloso* importa a *necessidade lógica da sanção penal*, e não constitui jamais *ilícito puramente civil*. Ora, isto contradiz francamente o direito positivo, que submete à exclusiva sanção civil uma série de fatos antijurídicos dolosos, no mesmo passo que apenas fatos antijurídicos meramente culposos. A adotar-se o critério hegeleano, do ponto de vista de um ulterior progresso jurídico, ou como um *ideal do futuro*, segundo sugere WALTHER, ter-se-ia de concluir que, de futuro, a sensibilidade do legislador penal chegaria ao extremo de apenar as mínimas infrações dolosas da *lex privata* dos contratos, quando o certo é que a tendência do pensamento jurídico universal é no sentido de evitar o *abuso* das sanções penais.

Segundo AHRENS, a distinção entre ilícito penal e ilícito civil estaria no modo por que a lesão de direito se realiza: no primeiro, a lesão é *direta* contra o *estado de direito*, ao passo que no segundo é *indireta*, revestindo formas legais. Tal critério, porém, não é, nem podia ser, do direito positivo. Por mais que se dissimule nos refolhos de um contrato, nem por isso deixa de ser menos *direta* a lesão do *estado de direito*. As formas legais não redimem o que AHRENS define como “*une disposition perverse d’âme et de volonté, présentant un danger permanent pour le maintien de l’état de droit*”.

³ Conforme observa MANZINI, “*dato che non esiste altro diritto che quello vigente, è duopo tener distinto ciò che fu o che potrebbe o dovrebbe essere, da ciò che è: il criterio storico-politico, dal criterio giuridico*”.

“pena. Somente é ameaçado com pena o delito que se apresenta, a “juízo do legislador, especialmente perigoso para a integridade ou segurança dos bens jurídicos”.

Igualmente inaceitável é a teoria de UNGER, segundo a qual, se há violação de um *direito subjetivo* (*facultas agendi*), tem-se o ilícito civil; se, porém, ocorre uma violação do *direito objetivo* ou da ordem jurídica em si (*norma agendi*), tem-se o ilícito penal. A objeção de MERKEL, reproduzida por HEYSLER e MANZINI, é decisiva: é inconcebível a existência de um direito subjetivo sem a correspondente norma do direito objetivo. A lesão de um implica necessariamente a de outro. O direito objetivo e o direito subjetivo são dois aspectos da mesma realidade.

Não colhe melhor êxito a teoria fundada na diversidade qualitativa da norma infringida (KORKONOV): se esta é de *direito público*, identifica-se o injusto penal; se de *direito privado*, o ilícito civil. Toda norma jurídica é ditada no interesse público e impõe, como observa BINDING, "um dever para com o Estado", e, assim, no fundo, toda norma é de direito público. Também não há que assentar o critério distintivo na dualidade das normas jurídicas, que são, ou *imperativas*, exigindo a iniciativa de determinado ato e, assim, violáveis por *omissão*, ou *proibitivas*, impondo a abstenção do ato e, portanto, violáveis por *comissão*. Segundo MERKEL, o ilícito civil estaria circunscrito ao *ilícito puramente negativo* (*das bloss negative Unrecht*), ou em que a discórdia entre a vontade individual e a vontade geral encontra sua expressão integral no fato externo, sendo *possível e suficiente a execução forçada e direta* ou o simples *constrangimento à reparação*. Ao *ilícito positivo*, por isso mesmo que, no seu elemento interno, há um *quid pluris* que não encontra expressão no elemento externo, e vem a ser o *desprêzo do direito*, deve corresponder um *quid pluris* na reação, isto é, reação pela pena. Ora, existem delitos penais de pura omissão e delitos civis mediante comissão e, além disso, o *desprêzo do direito* não é privativo do ilícito positivo, pois existe também no ilícito negativo.

STAHL e VENEZIAN propõem o critério da *irreparabilidade potencial* na caracterização do ilícito penal. É igualmente um critério irreconciliável com o direito positivo: se este dei-

xa fora da órbita penal grande número de fatos antijurídicos reparáveis, comina pena a outros que também o são (*v. g.*, os crimes patrimoniais) e até mesmo a alguns que nenhum dano efetivamente ocasionam (crimes materialmente frustrados, crimes formais ou de mero perigo, contravenções).

Pretende-se ainda que o ilícito penal é a violação do direito de obediência do Estado (violação de direitos subjetivos públicos), ao passo que o ilícito civil apenas ofende direitos subjetivos privados. Ora, há crimes que, além de negarem o direito do Estado à obediência, atacam direitos subjetivos privados (crimes patrimoniais, por exemplo).

HEYSSLER, depois de distinguir entre ilícito *subjetivo* ou *culpado* e ilícito *objetivo* ou *não-culpado*, afirma que o ilícito civil, incluído, com o penal, na primeira classe, só é configurável no *fato negativo* consistente no inadimplemento de uma obrigação de fazer ou prestar, derivada de um ato jurídico privado. Para evidenciar a inanidade de tal critério, basta ponderar, como faz BRUNETTI, que o direito positivo não ameaça com a pena criminal o inimplemento de uma obrigação contratual de *non facere*.

CARRARA, tentando escândir o ilícito penal, pretende que este, além da irreparabilidade do resultado lesivo do indivíduo, produz um *dano social*: para legitimar a reação penal, "*il danno che reca l'azione prava dell'uomo deve essere danno social: cioè tale che non possa con altri mezzi, tranne col sottoporlo alla repressione della legge, provedersi alla tutela dell'ordine esterno. Se il danno è ristretto all'individuo o riparabile con un'azione diretta, il legislatore eccederebbe i suoi poteri dichiarando delitto (nel senso penale) l'atto che ne fu causa*". O critério da *irreparabilidade*, como já vimos, não condiz com o *jus positum* e, por outro lado, não se pode desconhecer que também o ilícito civil produz um *dano social*, resultante da violação de uma norma ditada no interesse da harmonia do convívio civil.

BRUNETTI, no seu *Il delitto civile* (que contém a resenha e crítica de quase todas as teorias que estamos citando), sustenta que todo ilícito *doloso* é ilícito penal. É a mesma con-

clusão da teoria de HEGEL, a que MASUCCI (ob. cit.) assim replica: "...admitido este critério de distinção, qualquer dever que negue o seu débito, qualquer pessoa que receba "o que lhe não cabe, qualquer contraente que não cumpra as "obrigações do contrato, desde que tenham consciência da "própria injustiça, mereceriam uma pena. Ora, legislação al- "guma, por mais feroz, jamais deu cunho de crime a tais fa- "tos". Para ladear esta objeção, BRUNETTI não vacila em ne- gar ao *inimplemento doloso de obrigação* o caráter de fato antijurídico. Com a evolução jurídica, diz êle, o direito do credor tornou-se apenas o direito de se ressarcir pelos bens do devedor, e o dever de *prestar*, por parte dêste, deixou, conse- quentemente, de ser um dever *coativo*, para tornar-se um de- ver *livre*. Semelhante conceito abstrai o raciocínio de que a fidelidade aos contratos é uma condição da vida social e, por- tanto, um dever eminentemente jurídico, não podendo deixar de ser *coativo*.

Diz Rocco (Arturo) que o delito penal, diversamente do delito civil, produz um "perigo social, mediato ou indireto", consistente na "possibilidade de novos crimes para o futuro" ou na "futura possibilidade de outros crimes por parte de todos ou contra todos os cidadãos". Ora, é inegável que o de- lito civil, embora com menos intensidade maléfica, também ocasiona o "perigo social" de reiteração de ilicitudes.

Embora reconhecendo a impossibilidade de um critério de lógica pura na classificação do ilícito, MANZINI assevera que, se o ilícito em geral é a violação do *mínimo ético*, o ilí- cito penal é a violação do *mínimo do mínimo ético*. Ora, há fatos não-imorais que, no entanto, o direito positivo define como crimes. Demonstrada, assim, a impraticabilidade de uma distinção ontológica entre o injusto penal e o civil, pelo me- nos em face do direito positivo, o único critério discrimina- tivo aceitável é o critério relativo ou contingente, não fixável *a priori*, da *suficiência* ou *insuficiência* das *sanções não-penais*.

Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a ne- cessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obede-

ce a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.⁴ Sob o ponto de vista histórico e político-jurídico, que é o único admissível *in subjecta materia*, ou, melhor, tendo-se em vista a formação, através das leis ditadas pelo Estado, dos dois sedimentos jurídicos que se chamam direito civil e direito penal, pode concluir-se que *ilícito penal* é a violação da ordem jurídica, contra a qual, pela sua *intensidade* ou *gravidade*, a única sanção adequada é a pena, e *ilícito civil* é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indenização, da execução forçada ou *in natura*, da restituição ao *statu quo ante*, da breve prisão coercitiva, da anulação do ato, etc.

Isto pôsto, já se tem virtualmente resolvida a questão sobre se existe uma fraude patrimonial ou contratual que se não projete na órbita do direito penal, ou não tenha outra consequência jurídica além da sanção civil. É força reconhecer que há uma fraude penalmente atípica, isto é, desprovida daquele cunho de acentuada *periculosidade social* que justifica a reação punitiva. Apenas, como ao legislador seria impossível uma exaustiva fórmula casuística na seleção da *fraude penal*, ao juiz é que cabe, necessariamente, apreciar se este ou aquele caso concreto se enquadra, ou não, no versículo genérico da lei penal. Ao juiz criminal, por irrecusável injunção, é que incumbe a tarefa do *triage*, de que nos fala PIR-

⁴ PUGLIA (*Manuale teorico-pratico di diritto penale*, 1895, I) assim discorre: “Il criterio che ci sembra accettabile scientificamente... è la insufficienza delle minori sanzioni per ristabilire l'ordine giuridico turbato. La scienza non può dare che questo solo criterio: spetta poi al potere sociale, o, per dir meglio, al potere legislativo giudicare della gravità delle azioni violatrici del diritto dalla loro reale ed intrinseca natura, dagli effetti prodotti sulla società, esaminare poi se l'ordine giuridico violato possa ristabilirsi con altri mezzi, che non siano quelli repressivi, ed infine annoverare fra i reati quelle violazioni che reputa necessario punire”.

MEZ: "Quel que soit le point où commence le dol proprement dit, dont la loi civile, dans un intérêt privé, repare les effets, il ne constitue pas encore le dol criminel contre lequel la loi pénale doit sévir dans un intérêt generale... Dans l'infinité de faits qui constituent le dol civil, un triage est nécessaire. C'est à ces faits, les plus graves par leur immoralité ou leur conséquence, qu'il faut réserver le rigueur d'une peine". Não procedem os embargos de TOLOMEI (seguido entre nós por GALDINO SIQUEIRA), que se arrepia ante o ensejo ao *arbitrio judicial* e até invoca o *nullum crimen, nulla poena sine prævia lege pœnali*. Na incriminação da lesão patrimonial *per fraudem*, existe a *lex prævia*, mas, como esta tem de adotar uma fórmula de contornos amplos, pois seria vã a tentativa de uma casuística rigorosa, não pode deixar de ser confiada ao juiz, na sua própria função específica de *jus conditum dicere*, o oportuno ajustamento dessa fórmula aos casos ocorrentes. Além disso, já é tempo de se romper, uma vez por todas, com os excessivos escrúpulos de BACON e BECCARIA, para os quais a melhor lei é a que menos arbitrio deixa ao juiz. Contra essa *superstição*, já repudiada no seu radicalismo pelo atual Cód. Penal brasileiro, é de se opor o justíssimo raciocínio de PRINS: "Não se pode perder de vista que possuímos "garantias morais que são aquisições definitivas da cultura "e da civilização modernas. O juiz antigo ignorava o direito "do individuo. O juiz moderno tem pelo direito individual "um respeito que entrou nos costumes e faz parte de sua "atmosfera ambiente, e lhe inspira escrúpulos, cujo valor é "preciso reconhecer quando se trata da sorte e da liberdade "de um cidadão". Ainda mais: não pode ser temido o *arbitrium judicis* quando destinado a evitar, *pro libertate*, a excessiva amplitude prática de uma norma penal inevitavelmente genérica.

Não falta, contudo, em doutrina, quem negue a existência de uma *fraude civil* não coincidente com a *fraude penal*. IMPALLOMENI, repudiando sua própria anterior opinião em sentido contrário, afirma que "*non vi è differenza alcuna tra frode civile e frode criminale, e l'azione penale è da proporsi*

sempre che sia possibile l'azione civile". MANZINI, do mesmo modo, repele qualquer distinção entre fraude e fraude. Ora, tais conceitos colidem com a lição de uma jurisprudência generalizada, pacífica e inveterada, expressiva da consciência jurídica moderna. Reconheça-se a impraticabilidade de uma distinção *in abstracto* ou rigorosamente científica entre fraude penal e fraude civil, mas há que atender a êste fato irrecusável: a constante impunidade assegurada pela justiça criminal a certos casos de fraude contra o patrimônio. É que então existe, embora sob um prisma alheio ao da lógica abstrata, uma fraude localizada aquém do direito penal, ou não excedente das raias do direito civil. E essa é a fraude *não-perigosa*, a fraude que não suscita o alarma social, a fraude que é um pouco mais que a solércia natural dos contratantes e *afaristas*, mas que não chega a ter o caráter de excepcional gravidade que justifica a sanção penal, bastando que seja esgarmentada no juízo cível. O mesmo critério relativo que leva o legislador a abster-se de editar pena contra certos fatos ilícitos conduzirá o juiz, na interpretação da fórmula genérica do estelionato, a selecionar entre os casos concretos um *minimum* irreduzível a sanções outras que não a pena. Obedecerá o juiz precisamente ao critério histórico-político que o próprio MANZINI acentua, ao tratar do *processo de especificação do direito penal*: "Reservam-se... as verdadeiras e próprias sanções penais, por isso que as mais enérgicas e aflictivas, àqueles casos que, na opinião contemporânea, representam a mais grave lesão ou a mais perigosa ameaça à ordem pública tutelada pelo direito; enquanto sanções mais brandas (nulidade, reprimenda, restituição, ressarcimento, etc.) atingem os fatos que, embora contrários ao direito, não se consideram todavia tão nocivos aos interesses sociais como os primeiros. E, assim, o direito penal, em cotejo com outros setores jurídicos e sob o ponto de vista moral, se apresenta como o mínimo da quantidade ética indispensável e suficiente no sentido de manter as condições necessárias a uma determinada organização social".

É o seguinte o argumento do ilustre professor da Universidade de Pádua, ao enjeitar a distinção que êle chama de simples *trovata curialesca*: “Todos os fatos que sòmente acarretam responsabilidade civil, não são fraude em sentido técnico, apesar da imprópria terminologia da linguagem comum. Se os artifícios e ardis não foram *causa eficiente* do fato, mas apenas ocasião, isto é, se não foi surpreendida a *boa-fé* alheia, traindo a habitual confiança inerente a cada espécie de transação, mas, sim, sòmente travada uma luta de interesses igualmente defensáveis mediante a diligência usual dos vários negócios, não tem lugar fraude civil ou penal, não obstante em determinados casos possa surgir a ação civil a outro título. A fraude é uma emboscada; a chamada *facultas decipiendi* (expressão imprópria) é um duelo psíquico”. Certamente, a sagacidade nos negócios não é fraude juridicamente ponderável. Tolerar a o direito, dentro de certos limites, em obséquio mesmo à segurança e estabilidade dos contratos. Há uma licença para aquela costumeira astúcia com que se realiza o que vulgarmente se diz um bom negócio. Tendo de atender a critérios de oportunidade, nem sempre o direito coincide com a moral. *Non omne, quod licet, honestum est*. A cada um, no jôgo das avenças e negócios, é lícito chegar a brasa à sua sardinha. Trata-se de uma verdadeira *facultas decipiendi* (a expressão não é imprópria), ou, seja, de uma fraude mínima, de que o direito se desinteressa. É a simples solécia, que inspirou aos romanos o conhecido brocardo: *licet contrahentibus sese invicem circumvenire*. Expressamente a autoriza um Código moderno (Cód. Civil português, art. 667): “As considerações vagas ou gerais, que os contraentes fazem entre si sobre os proveitos ou prejuízos, que naturalmente possam resultar da celebração, ou não-celebração do contrato, não são tomadas em consideração na qualificação do dolo”. Não é, porém, essa fraude levíssima que temos a distinguir da fraude punível: há uma fraude média, de que o direito toma conhecimento, considerando-a em si mesma, e não a outro título, mas para aplicar-lhe apenas a sanção civil. De modo geral (não como prin-

cípio absoluto), pode dizer-se que o malicioso induzimento em erro sobre qualidades secundárias do objeto contratual ou condições acessórias do *negotium* incorre apenas na censura do direito civil. E ainda mesmo operando o *erro essencial*, pode a fraude, tais sejam as circunstâncias do fato, deixar de adaptar-se ao molde penal. Será acaso réu de estelionato o indivíduo que, com o singelo emprêgo de sugestões verbais, induz outro, que não seja reconhecidamente simplório, a comprar-lhe, por exemplo, sua cota numa sociedade que se verifica, em seguida, estar a pique de falência? Decidir no sentido afirmativo seria, evidentemente, uma demasia.

Negar a existência de uma fraude *autêntica* e não exorbitante da órbita civil é abstrair o que freqüentemente se proclama nos tribunais. E o critério da jurisprudência é incensurável: sabem os juizes que a pena é força de reserva na defesa da ordem jurídica, e a consciência lhes dita que nem toda e qualquer fraude, mesmo excedente da *licentia decipiendi*, justifica ou reclama a reforçada sanção penal. Somente integra um crime a fraude que reveste cunho de especial malignidade. Fraude punível é só a velhacaria chapada, o refinado embuste, a patifaria genuína: a *fraude perigosa*, enfim.

Com o mesmo insucesso da pesquisa de uma fórmula de *mecânica jurídica* para definir o ilícito penal *in genere*, distinguindo-o do ilícito civil, têm sido excogitados vários critérios para a prefixação da fraude punível, abstraído o raciocínio de que a diferença entre esta e a fraude civil é apenas de *grau*, ou, seja, a diferença que existe entre um *plus* e um *minus* de quantidade. São todos eles incompletos e precários, apresentando simplesmente um valor relativo, *indiciário* ou *sintomático*, isto é, servindo apenas de *sugestões* orientadoras no aferir-se, de caso em caso, a *periculosidade* ou *criminosidade* da fraude. Já nas fontes romanas se depara um juízo distintivo de fraude penal e fraude civil. Para que se configure aquela, não basta a simples *mentira*: faz-se mister uma positiva dissimulação. É o que se depreende da l. 42, § 3.º, D., 47, 2: "*Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed frau-*

dem adhibuit: fallax est magis, quam furtum facit... et ideo furti non tenetur: sed quia dolo fecit, nisi sit alia adversus eum actio de dolo dabitur". Tentando iludir o sentido dêste fragmento, TOLOMEI, que se alista entre os que negam qualquer diferença entre fraude civil e fraude penal, argumenta que êle não exclui o título subsidiário de *stellionatus*, dada a existência da regra geral de que a *persecutio stellionatus* se concedia nos mesmos casos da *actio de dolo*, conforme, ao que diz o autor italiano, reporta ULPIANO na l. 3, § 1.º, D., 20, 16: "*quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio*". Ora, nesta passagem, há apenas uma explicação comparativa: do mesmo modo que o pretor AQUILIO GALLO introduzira a *actio de dolo* sob a condição "*si de his rebus alia actio non erit*", a *persecutio stellionatus* só era concedida quando o fato não se ajustasse a outro título de crime ("*Ubi cumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus objiciemus*"). Não quer isto dizer que houvesse uma correspondência constante entre a *actio de dolo* e a *persecutio stellionatus*. A interpretar-se diversamente, não se compreenderia que, no texto acima transcrito, se deixasse de fazer expressa referência ao cabimento da última. O critério do direito romano, porém, é falho: a própria mentira *vestita* pode, em certos casos, importar simplesmente a fraude civil e, por outro lado, a pura mentira verbal pode, às vêzes, assumir um prestígio tal, que baste para caracterizar a fraude criminosa. O próprio direito romano já alinhava entre os *delicta privata* (como modalidade da *injuria*) a *venditio fumi* (que o nosso Código contempla, extensivamente, nos arts. 332 e 357), que, no entanto, é fraude que se opera pela simples falsidade verbal: "*Si qui de iudiciis amititiis vel familiaritate mentientes eventus sententiarum vendunt...*".

Vejamos, entretanto, os critérios modernamente preconizados. Há toda uma série dêles. Há os critérios *subjetivos*, que só cuidam da *intenção* do agente; há os critérios *objetivos*, formulados em torno da natureza dos meios iludentes, e há os critérios *mistos*, *ecléticos* ou *intermédios*.

CHAVEAU ET HÉLIE sustentam que na fraude civil *prepondera* o ânimo de lucrar, enquanto na fraude penal o agente se propõe, primacial ou exclusivamente, a lesão do patrimônio alheio. É o mesmo parecer de SILVA FERRÃO: a fraude civil compreende quaisquer artifícios ou enganos que, embora repugnantes à moral, têm menos por fim ser nocivos a outrem que favorecer interesse em parte legítimo. É manifesta a precariedade do discrimine: o ânimo de lucrar nem sempre atenua a indevida locupletação, e o *interesse em parte legítimo* é, muitas vezes, o melhor disfarce à *astucia mala* do estelionato.

CARMIGNANI, retomando e desdobrando o conceito romântico da *magna et evidens calliditas*, só reconhecia a fraude penal em “*una grande e evidente impostura atta ad eludere la perspicacia delle persone più accorte: per modo che ove si trattasse di una impostura facile a scoprirsi anche con una leggera attenzione non dovrebbe essere accordata l'azione straordinaria di stellionato, ma quella di dolo, da proporsi in giudizio civile*”. Vários seguidores teve esta doutrina. MITTERMAYER formulou-a com menos elasticidade: configura-se a fraude penal somente na astúcia capaz de iludir um *homem prudente*. O nosso VIVEIROS DE CASTRO assim opinava: “Não havendo o emprêgo de artifícios ou manobras fraudulentas, de uma encenação capaz de iludir a prudência ordinária, é lícito às partes contratantes procurarem em seus negócios os maiores lucros. Neste caso, o dolo que possa existir é civil e não criminal, não dá lugar a imposição de pena: a sua sanção é a nulidade do contrato, segundo os princípios do direito civil”. ORTOLAN igualmente entendia que todo indivíduo deve agir segundo a prudência, habilidade e vigilância comuns no curso dos negócios, e somente quando tais cautelas resultam ineficazes, por isso que as supera a atividade rebelde ao direito, é que nesta se identifica a fraude penal. MIGUEL LONGO pretende que a imputabilidade penal da fraude supõe que o lesado tenha empregado toda a devida atenção para não ser induzido em erro. No mesmo sentido GARRAUD: “*La loi ne peut protéger que les personnes qui se protègent elles mêmes*”. RAUTER também assim raciocina: “A lei penal

não pode erigir-se em tutôra habitual dos cidadãos". E GOENNER é de uma franqueza rude: "O poder público não pode fazer-se paladino de imbecis!" Para ser aceita, mesmo sob um ponto de vista relativo, o critério exposto, da potencialidade do meio iludente referida ao *homo medius* (que é, segundo a definição de DI TULLIO, "aquêlê que consegue atingir, pela influência da educação e do ambiente, uma suficiente capacidade de prever, de avaliar e de inibir-se, de modo a poder facilmente adaptar-se às exigências complexas da vida social"), tem de ser temperada. Os *simplórios* não podem ser deixados à mercê dos trapaceiros. Velhaco perigosíssimo é aquêlê que engana um *minus habens* ou um indivíduo reconhecidamente crédulo, tirando partido justamente de escasso atilamento da vítima. Merece reparo a afirmativa de CARRARA, de que "*quando l'artifizio sia tale che abbisognasse veramente essere ignari di ciò che tutti sanno per cadere nel laccio, il pubblico non si allarma e ne ride, come ridevano i padri nostri delle astuzie adoperate contro il misero Calandrino*". A comicidade despertada pela crassa inadvertência com que os tolos caem na esparrela não exclui o alarma social decorrente de uma despejada locupletação à custa alheia. Por mais incoercível que tenha sido o riso, por exemplo, ante a ingenuidade daquele provinciano que *comprou*, de um indivíduo desconhecido e sem *papel passado*, um dos *tramways* da viação urbana, nenhum juiz poderia abster-se de condenar o vigarista que o logrou.

Seria, portanto, preferível a fórmula de GEIB, isto é, ao invés do tipo do *homem prudente* ou *homo medius*, deve ter-se em vista a penetração habitual da vítima: "a punição tem lugar somente quando a fraude foi tal que, pela índole individual da vítima, se deva presumir que esta, dado o seu grau de prudência demonstrado em outras ocasiões, não estivesse em condição de perceber o engano e defender-se".⁵

PESSINA, que preliminarmente exclui a *simples mentira* como meio de fraude penal, declara que, para caracterizar-se

⁵ Este é o critério predominante na jurisprudência pátria.

esta, *“l'apparato esterno non dev'essere così grossolano che l'uomo tratto da esso in inganno avrebbe potuto facilmente preservarsene, adoperando quella diligenza che risponde al suo stato, alla sua educazione, al grado della sua coltura intellettuale”*.

A fórmula de BARBERIS é ainda mais completa: *“È dolo punibile quello che si basa sulla calcolata incapacità della vittima e sulla idoneità dei mezzi che vi debbono essere proporzionati”*.

Acentuando como elemento informativo a diligência que a vítima *in rebus suis adhibere solet*, o critério em aprêço é mais razoável que o de CARMIGNANI ou o de MITTERMAYER, mas não deve abstrair inteiramente a advertência de TISSOT: *“... le fripon peut recourir à des moyens plus ou moins artificieux, suivant que sa dupe est plus ou moins difficile à tromper; mais dès qu'il y a surprise de la bonne foi, cette bonne foi fût-elle pas trop naïve, il y a escroquerie”*.

BORSARI entende que fraude civil é aquela em que o agente visa a um contrato legal, jurídico na forma; enquanto que, na fraude penal, sua intenção é o lucro, abstraída qualquer forma jurídica. É um critério que se assemelha ao de CHAVEAU ET HÉLIE, e sua contingência é inegável: a preocupação da forma jurídica pode ser, às vezes, indício de mais requintada finura do agente, ou, precisamente, o *veículo* da fraude *perigosa*.

MERKEL, NOTARISTEFANI e PUGLIA sustentam que a punibilidade da fraude depende de uma condição: a impraticabilidade da *restitutio in pristinum* ou da reparação do dano. É um raciocínio idêntico ao de MAGRI: pouco temível e, portanto, não merecedor de pena é o indivíduo que se não assegura o proveito de suas manobras fraudulentas. Percebe-se, aqui, um reflexo do postulado da Escola positiva sobre a *temibilidade* do agente como critério informativo da aplicação da pena. Trata-se, porém, de um raciocínio imperfeito ou que deve ser aceito *cum grano salis*: a *solvabilidade* do agente não afasta necessariamente a sua *temibilidade*.

ESCOBEDO defende o seguinte ponto de vista: ou o fato em que se lobra a fraude é tal que tenha visado essencialmente, desde o início, a um fim fraudulento, e a este fim se tenha dirigido em todo o seu curso, e em tal caso a fraude é sempre penal, pouco importando haja o embusteiro usado de artifícios ou ardis que *abstratamente* poderiam parecer inidôneos, de vez que *in concreto* são sempre idôneos, se o fim foi atingido; ou, ao contrário, o fato derivou (*rampollò*) quase como um acessório no tronco de uma relação social ou jurídica, honesta e leal, e então só é punível quando o agente tenha usado artifícios ou ardis capazes de vencer a perspicácia comum. Abstraindo o conceito um tanto vago de *perspicácia comum* ou de *mentalidade média*, a doutrina de FAGGELLA parece-nos mais acertada: "A fraude civil é a que se dirige à constituição de um negócio jurídico e neste se concretiza, porque constitui a sua finalidade e contém em si a espoliação e o proveito em detrimento da vítima. A fraude só é punível quando a espoliação ou o proveito se realizam em qualquer outro ato ou fato, ou quando o negócio jurídico faz o papel de simples meio ou instrumento de execução, como qualquer outro artifício, ardil ou insídia, e não o fim a que se dirija realmente a ação criminosa. Assim, se o negócio é o escopo a que se dirige e no qual se realiza a fraude, esta fica na órbita do direito civil; mas, se serve de mero instrumento e meio ao ato ou fato, inteiramente distinto, da espoliação ou do injusto proveito, transcende os confins do direito civil e entra na esfera do direito penal". Adotando o critério de solução de FAGGELLA, CANTÙ (ob. cit., pág. 23) assim se exprime exemplificativamente: "Aquêle que, simulando um negócio qualquer, obtém capitais de outrem, comete fraude penal. Por que? Porque não tem por fim a constituição de um negócio jurídico, mas o simula com o escopo de obter um proveito injusto, espoliando outrem: serve-se de tal simulação como meio ou instrumento para o fato da espoliação".

Entre as teorias objetivas, uma teve intensa repercussão e longa predominância: a denominada "*da mise en scène*",

formulada pela doutrina e jurisprudência francesas, com a consagração de CARRARA: a *simples mentira* não pode por si só constituir a fraude penal, fazendo-se necessário um certo aparato externo (uma *mise en scène*, uma *mise en œuvre de choses ou de personnes*) destinado a apoiá-la. Assim a defendia o *sacerdos magnus* da Escola clássica: “*La mise en scène non è una formula empirica, non accenna ad una materialità che non abbia senso giuridico. Tutto al contrario, la mise en scène completa l’elemento soggettivo e l’elemento oggettivo della criminalità. Completa l’elemento soggettivo, perchè mostra una maggiore astuzia, una maggiore pertinacia di reo volere, un uomo più temibile alla società. Completa l’elemento oggettivo, perchè le apparenze esteriori architettate per accreditare la parola mendace, rendono più scusabile la credulità della vittima, e aggiungono al fatto un danno mediato che non sorgerebbe a riguardo di chi avesse creduto alle nude parole del primo arrivato*”.

Três, entretanto, são as objeções que podem ser formuladas a esta teoria: a) exclui irrestritamente do *processus* da fraude penal a *simples mentira* e, com maioria de razão, a *reticência*, não obstante a possível aptidão iludente de uma e a coeficiência fraudatória de outra, mesmo do ponto de vista do *homo medius*; b) abstrai que nem sempre o aparato capcioso importa fraude penal (haja vista o caso figurado por IMPALLOMENI do indivíduo que, para obter um excesso de lucro na venda de uma *vila* junto ao mar, fêz distribuir pelos arredores vários pescadores, a fim de inculcar falsamente a piscosidade da orla marítima adjacente); c) não tem em consideração a personalidade psíquica da vítima, ou, melhor, cuida da potencialidade *in abstracto* dos meios fraudulentos, sem atenção ao grau de mentalidade do sujeito passivo.

IMPALLOMENI defendeu o seguinte critério, cuja falibilidade, entretanto, êle próprio veio a reconhecer posteriormente: há fraude penal quando o engano incida sobre as qualidades *substanciais* ou sobre a *existência* do objeto do contra-

to, e fraude civil quando verse sôbre as qualidades *acessórias*. É o mesmo ponto de vista em que se coloca LUCCHINI, ao fazer coincidir a distinção entre fraude penal e fraude civil com a divisão do erro contratual em *causam dans* e *incidens*. Não obstante a abjuração de IMPALLOMENI, essa fórmula não deixa de ter mérito como critério indiciário, ou relativo elemento de convicção *ex post*.

Em última análise: não se pode adotar, na identificação da fraude penal, uma regra única, prefixa ou rígida, senão uma *diagnose* ou *prognose* mais ou menos falível. No rigor de direito, repita-se, a fraude penal confunde-se, irrecusavelmente, com a fraude civil. Sômente sob o transigente e oportunístico ponto de vista da *política criminal* é que se tem ou se deve fazer a distinção. Para atestar a inanidade das fórmulas de pretendida distinção ontológica, bastaria citar esta *desesperada* lucubração de BOCCHIALINI: a fraude é sempre puramente civil “quando o artifício ou manobra dolosa não afeta a substância da convenção livremente celebrada entre as partes, e não produz um lucro ilegítimo”. A parte a hipótese do *dolus bonus*, indiferente ao direito, conceber-se uma fraude patrimonial sem obtenção de lucro indevido ou ilícito, é tão absurdo quanto afirmar a *quadratura do círculo*.

Não assiste razão a GIURIATI quando pretende, de um ponto de vista puramente racional, haver identificado uma hipótese de fraude civil não coincidente com a fraude penal. Diz êle: “Se um comerciante me fornece excelente pano de “linho fabricado na Lombardia, assegurando-me ser linho “de Flandres, que eu lhe havia encomendado, é certo que “me ilude; mas se não me ilude quanto ao preço ou se, como “dizem os franceses, *m'en donne pour mon argent*, êsse engano, embora me dê direito à rescisão do contrato, não atinge o campo da criminalidade”. Ora, abstraindo-se o critério da *periculosidade* (a hipótese figurada não apresenta, realmente, a *gravidade* que suscita a sanção penal), deparam-se aqui os elementos todos da fórmula genérica do estelionato: houve um malicioso induzimento em erro; houve um dano emergente e um lucro cessante em relação ao comprador, a

quem só era útil o linho flamengo (e note-se que GIURIATI não cuidou da possível insolvência intercorrente do vendedor e da impossibilidade em que acaso venha a encontrar-se o comprador para revender, na praça a que limita o seu comércio, a indesejável mercadoria pelo preço do custo, sendo certo que, mesmo sob o prisma rigorosamente penal, como observa VON LISZT, “se o equivalente é outro que não o desejado, a mudança da situação patrimonial pode já apresentar-se com o caráter de dano, sobretudo quando o restabelecimento do estado primitivo, por exemplo, mediante alienação da coisa recebida, não seja possível sem detrimento”), e, finalmente, o lucro do ato de mercancia, embora normal em si mesmo, é *ocasionalmente injusto*, pois corresponde a um dano *injusto*, e se o vendedor tivesse agido sem quebra de lealdade ou sem má-fé, não teria podido incorporá-lo, naquele momento dado, ao seu patrimônio.

Outro caso apontado como de fraude civil exclusivamente tal é o do indivíduo que determina outro a comprar-lhe, por exemplo, um cavalo de tiro ou de sela, fazendo-o supor erroneamente que o seu haja perecido. Ora, esta hipótese é indiferente ao direito: o erro sobre a simples *conveniência* ou *oportunidade* do *negotium*, ainda que dolosamente induzido, não dá lugar, sequer, a sanções de direito privado. Se a *conveniência* fôr expressa como *condição*, o contrato será rescindível por inimplemento desta, e não em virtude do erro decorrente do engano.

VON LISZT, observando que nem todo engano é elemento do estelionato, exemplifica: “Não sou enganado se me induzirem por meio de engano a segurar-me em uma companhia que não a que eu tinha em vista, a encomendar charutos a um negociante que me é estranho, a trocar títulos públicos por títulos industriais igualmente seguros, a receber, ao invés de vinho natural, um vinho artificial precioso”. O último exemplo é idêntico ao de GIURIATI. No segundo, não há, evidentemente, fraude penal nem civil. Nos demais, se o enganado não tinha uma razão de especial interesse para sua preferência, não há, também, fraude jurídica-

mente relevante; do contrário, não haverá como excluir a incidência dêles na fórmula ampla do estelionato, abstraído sempre, é bem de ver, o relativo critério político-criminal. Fora de uma lógica de oportunismo, a que não pode eximir-se o direito positivo ou o direito aplicado, não é reconhecível o bilateralismo da fraude. Sômente a razão prática de assegurar a ordem jurídica com sanções adequadas ou proporcionadas justifica a separação entre fraude civil e fraude penal. Este processo de seleção, que atende ao interesse social na sua variável medida, segundo o aspecto de cada caso, não pode afeiçoar-se a um padrão abstrato, de impecável uniformidade científica. Apenas critérios *elucidativos* podem ser preestabelecidos. O critério que nos parece menos precário é o que pode ser assim fixado: há quase sempre fraude penal quando, relativamente idôneo o meio iludente, se descobre, na investigação retrospectiva do fato, a idéia preconcebida, o propósito *ab initio* da frustração do equivalente econômico. Tirante a hipótese do ardid grosseiro, a que a vítima se tenha rendido por indesculpável inadvertência ou omissão de sua habitual prudência, o *inadimplemento preordenado* ou *preconcebido* é talvez o menos incerto dos sinais orientadores na fixação de uma linha divisória nesse terreno *contestado* da fraude, que GIURIATI pitorescamente chama "*la zona grigia fra il regno bianco del diritto civile e il regno nero della criminalità*".

75. *Fraude nos negócios ilícitos ou imorais* (torpeza bilateral). Dada a íntima conexidade, que já acentuamos (número I), no tocante ao conceito e tratamento normativo do patrimônio, entre o direito penal e o civil, sendo o primeiro meramente *receptício* do segundo, tem-se de formular a seguinte conclusão: onde falha a sanção civil, há de, necessariamente, falhar a sanção penal. Se a lei civil, em tal ou qual caso, nega sua proteção ao patrimônio, aí não poderá intervir a sanção penal, pois, de outro modo, ter-se-ia de reconhecer um real conflito de normas nesse conjunto harmônico ou apurado sistema orgânico, que é o direito. Tomemos, para ilustração da tese, o caso da fraude em negócio ilícito ou

imoral, ou da chamada *torpeza bilateral*. Os exemplos desta poderiam ser indefinidamente alinhados, mas fixemos os seguintes: um indivíduo, inculcando-se *assassino profissional*, ardilosamente obtém de outro certa quantia para matar um seu inimigo, sem que jamais tivesse o propósito de executar o crime: um falso vendedor de produtos farmacêuticos impinge, por bom preço, a uma *faiseuse d'anges*, como de eficiência abortiva, substâncias inócuas; a caftina recebe dinheiro do velho libertino, prometendo levar-lhe à alcova uma *virgem*, quando na realidade o que lhe vem a proporcionar é uma jovem meretriz; o simulado falsário capta o dinheiro de outrem, a pretexto de futura entrega de cédulas falsas ou em troca de máquina para fabricá-las, vindo a verificar-se que aquelas não existem ou esta não passa de um *truque (conto da guitarra)*; o *vigarista* consegue trocar por bom dinheiro o *paco* que o *otário* julga conter uma fortuna, de que se vai locupletar à custa da ingenuidade daquele; o cliente da prostituta não lhe paga o *prætitum carnis*, tendo ocultado não dispor de dinheiro para fazê-lo. É uma *vexata quæstio* a indagação sobre se, em tais casos *et similia*, é, ou não, reconhecível o estelionato ou a fraude patrimonial punível. Estamos em que se deve responder, categoricamente, pela negativa. Não só argumentos de ordem prática ou de política criminal, senão de rigorosa lógica jurídica justificam, na espécie, a indiferença do direito penal. O patrimônio individual cuja lesão fraudulenta constitui o estelionato é o *juridicamente protegido*, e somente goza da proteção do direito o patrimônio que serve a um fim legítimo, dentro de sua função econômico-social. Desde o momento que ele é aplicado a um fim ilícito ou imoral, a lei, que é a expressão do direito como *mínimo ético* indispensável ao convívio social, retira-lhe o arrimo, pois, de outro modo, estaria faltando à sua própria finalidade. Em famoso aresto, proclamou justamente a Suprema Côrte alemã (cuja posterior contramarcha foi cerradamente criticada por BINDING) que “o conteúdo do “estelionato pressupõe fundamentalmente uma lesão ao patrimônio alheio juridicamente protegido, e falha, portanto,

“tôda vez que o enganado tenha sido induzido ao emprêgo “de seu patrimônio pela ilusão de uma contraprestação que “represente um ato imoral ou ilícito”. Se o *dominus* faz incidir *in re illicita* o seu patrimônio, deixa êste de ser um *bem* ou *interêsse juridicamente tutelado*. O direito romano, em cujos textos ainda hoje se retempera a consciência jurídica universal, deixou-nos esta máxima repassada de inegável *boa razão*: *si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent*. A torpeza pune a torpeza. A justiça social não tem que intervir nessas “*controversie fra galeotto e marinaro*”, como diz MOSCHINI. Abstém-se dignamente, pronunciando o “*non raggionam di lor, ma guarda e passa*”. É preciso convir com PESSINA, quando aprecia o caso do *falsário simulado*: “... o enganado não teria caído no embuste se houvesse obedecido à lei, ao Estado, às normas do justo e do honesto. O “dever de esquivança a tudo que seja desonesto ou criminoso “era o mais útil preservativo que o Estado antecipadamente “lhe oferecia, pois, fôsse qual fôsse a ardilosa encenação, o “enganado estava adstrito a abster-se de empreender a prática de um crime... *Imputet sibi*, portanto, se veio a cair “no laço de uma artimanha. A obediência às leis do Estado “era mais que suficiente anteparo contra a insídia do enganador. E se isto é verdade, com que direito pretende invocar “a proteção do Estado aquêle que estava transgredindo seus “mais santos ditames?” Já dizia o verso de PETRARCA que “*chi si prende diletto di far frode, non s’ha di lamentar, s’altro l’inganna*”. Não há violação da ordem jurídica quando o interêsse individual lesado se achava comprometido numa ilicitude ou imoralidade. E como poderia ser penalmente relevante essa lesão, se nem mesmo o direito civil, mais rigoroso que o direito penal na exigência do *mínimo ético* no intercâmbio social, a toma em consideração, senão precisamente para negar sua reparabilidade? O nosso Cód. Civil, no seu art. 971, desenganadamente dispõe que “não terá direito à reparação aquêle que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei”. É um critério de decisão encontradíssimo na legislação de todos os povos civilizados, e já vinha

consagrado pela sabedoria dos textos romanos. *Ubi et dantis et accipientis turpitudine versatur*. Ou então: *nemo de improbitate sua consequitur actionem*. Ou ainda: *in pari turpitudine melior est condicio possidentis*. Se em face da lei civil, na hipótese de imoralidade ou ilicitude recíproca, o dano é um *nada jurídico*, como pode ser êle equiparado ao dano que a lei penal tem em conta, ao incriminar a fraude patrimonial? A lei penal, que, na espécie, pressupõe o direito civil, não pode meter-se em contraste ou desconformidade com esta, na identificação do dano patrimonial. Por outro lado, redundaria num absurdo o exigir que a justiça penal *tome as dores* de quem tencionava que outrem praticasse coisa torpe ou criminosa e castigue aquêle que deixou de cometer o crime ou a torpeza. CARRARA formula, a propósito, a seguinte hipótese: certo indivíduo vai ter com um litigante fracassado e, mediante a falsa promessa de espancar o juiz que lhe não deu ganho de causa, obtém dêle dinheiro, vindo a ser posteriormente processado e condenado, a título de estelionato, por êsse mesmo juiz, que lhe terá de dizer: “Condeno-te porque não me espancaste (!)”. O disparate é manifesto. Redargúi, entretanto, TOLOMEI que a resposta do juiz devia ser esta: “Condeno-te porque, sob a falsa promessa de me espancar, captaste um lucro ilícito”. Não há, porém, fugir a êste raciocínio elementar: se o acusado tivesse espancado o juiz, não responderia por estelionato; logo, responderá por estelionato porque deixou de espancar o juiz. A objeção de PUGLIA não é mais atendível, quando diz que, “para a existência do estelionato, basta que tenham sido empregados artifícios ou “ardis idôneos a enganar com o fim de *injusto proveito*, sendo estranha à noção do estelionato qualquer consideração “do fim que o enganado se propunha alcançar”. Ora, do ângulo de vista do direito positivo não se pode dizer que haja, *in casu*, no rigor da expressão, um lucro *contra jus* ou ilícito, por isso que a êle não corresponde um dano ressarcível *secundum jus*. Trata-se, na realidade, de um mero *fato* indiferente à lei ou ao direito constituído. A tese que não exclui a punibilidade do *fraudator* no caso da *par turpitudine* é sub-

versiva da moral jurídica. Se fôsse definitivamente consagrada, não seria de espantar que, numa gradativa deturpação do fundo ético do direito, acabássemos por presenciar, em futuro não remoto, um juiz a decidir, segundo as regras da *familiae erciscundae* ou da *communi dividundo*, a controvérsia entre dois ladrões sobre a partilha do produto da rapinagem. Segundo atestam repertórios de jurisprudência, já se assiste na atualidade, sob a influência de tal tese, a êste chocante espetáculo: a reunião de um tribunal de justiça para condenar, a título de estelionato, não só o patife que, fingindo-se solvente, obtém o favor da meretriz e depois lhe falta com a paga, como a meretriz que, recebida antecipadamente a paga, esquiva-se ao concúbito. Uma câmara de magistrados que desce da sua circunspeção e austeridade para imiscuir-se em coisas de prostíbulo, estendendo o manto da proteção jurídica à Vênus Libertina ou apadrinhando o comércio do amor sexual! De duas, uma: ou a justiça penal se alheia aos casos de torpeza bilateral, ou terá de transigir com o seu indeclinável *odium* à imoralidade e ao crime. Como irrefutavelmente sustenta ESCOBEDO, “não pode subsistir um crime contra a “propriedade sem violação de um direito patrimonial, e êste “inexiste quando a parte lesada não pode pretender direito “ao ressarcimento do dano sofrido ou à restituição da coisa “que lhe foi captada”. O dano patrimonial, como elemento do estelionato, deve ser, não apenas um dano *material*, senão também um dano *antijurídico*, e como tal não pode ser considerado aquêle a que a lei nega reparação, quer pela restituição *in natura* ou *in specie*, quer pela composição de *id quod interest*. Se no caso da *utriusque turpitude* o dano patrimonial sofrido por uma das partes não é ressarcível, deixando, portanto, de ser um dano antijurídico, e se só existe o estelionato quando se apresenta um dano *contra jus*, não há fugir a esta ilação silogística: não é reconhecível, em tal caso, o *crimen stellionatus*. Ou esta inferência se impõe, ou a lógica deixou de ser a coerência do raciocínio. O máximo contra-argumento a essa conclusão é o formulado por MANZINI: “O direito penal reprime os fatos delituosos pela criminalidade

“que revelam em quem os comete, e não em consideração das qualidades morais dêste ou daquele sujeito passivo. Quer que seja a moralidade da vítima, não fica excluída a criminalidade do agente, e, assim, subsistem sempre as razões que determinam a intervenção da lei penal... Haja, ou não, lesão de um direito subjetivo privado ou, melhor, caiba ou não ao sujeito passivo uma ação civil para o ressarcimento do dano sofrido ou restituição daquilo que lhe foi tirado, é isso coisa irrelevante para o direito penal, desde que o fato tenha violado a lei penal, isto é, a ordem jurídica objetivamente tutelada por esta”. Ao que nos parece, *data venia*, há uma série de equívocos nessa objeção. Em nenhum caso o direito penal incrimina um fato pela só criminalidade que revela em seu autor. Para que exista um crime, não basta a periculosidade social ou capacidade de delinquir do agente. Se não se apresenta a lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse jurídico, ou, seja, de um direito subjetivo privado ou público, não é identificável crime algum. E isto é lição do próprio MANZINI, quando reconhece que, na sua noção substancial ou no seu conteúdo, o crime é a ação ou omissão que ofende ou expõe a perigo de ofensa um bem-interesse, para cuja proteção intervém a lei penal (*Trattato*, volume I, n.º 213). Dizer que a fraude patrimonial, no caso de torpeza recíproca, é criminosa porque há violação da lei penal é uma *petição de princípio*: precisamente o que se discute é se é admissível reconhecer aí uma violação da lei penal. E no sentido negativo se invoca a lei civil, que, não obstante ser muito mais escrupulosa que a lei penal, como já se disse, quanto à exigência do *mínimo ético* nas relações da vida social, é a primeira a reconhecer e declarar que, nesse caso, o patrimônio deixa de ser um bem ou interesse jurídico. Crime patrimonial sem uma lesão antijurídica contra o patrimônio é uma *contradictio in adjectis*. É uma condição indeclinável de todo crime a antijuridicidade do fato que o constitui, e é um despropósito dizer-se antijurídica uma lesão patrimonial em face da qual a própria lei civil se declara neutra ou indiferente, negando-lhe ressarcibilidade. Nem há retrucar que

o direito penal defende, precipuamente, o *interesse social*, e que tal defesa não pode estar adstrita à indagação da existência ou inexistência de direitos individuais. Ora, na tutela do patrimônio, a lei penal está intimamente subordinada à condição da existência de direitos subjetivos patrimoniais. Tanto assim é que, considerando o patrimônio, do mesmo modo que a lei civil, um direito eminentemente *disponível*, deixa de reconhecer crime ou abstém-se de punição quando ao desfalque patrimonial precede ou é contemporâneo o não-viciado assentimento do *dominus*. E diga-se, de passagem, que, como justamente acentua MANCI, o indivíduo que inverte dinheiro em negócio ilícito ou imoral está conscientemente correndo o risco de perdê-lo, desde que não pode reclamar correspectivo algum ou a sua restituição. Não podia ter deixado de prever a eventualidade dessa perda e se, não obstante, se despede de seu cabedal, está assentindo, *ex ante*, no seu advento, pois, “quem arrisca, quer”. Aquêlê que assume o risco do próprio dano, não tem direito à reparação, se o dano vem a ocorrer.

Não é verdade que o interesse da ordem jurídico-social exija a repressão da fraude patrimonial na hipótese da *par turpitude*. Ao contrário, é de inquestionável interesse social que não logrem êxito os projetos criminosos. O que a sociedade exige é que se protejam os homens de bem, e não os que empenham seu patrimônio num plano delituoso ou imoral. Não pode provocar alarma social a impunidade de lesão patrimonial daquele que a sofreu por se ter metido num *negotium illicitum*. A frustração de um fim criminoso ou contrário aos bons costumes, essa, sim, é que atende ao interesse social. Tome-se o caso do *falso matador profissional*, que sempre deve ser invocado, pelo menos como argumento *ad terrorem*: será que o interesse social reclame a punição do embusteiro, a título de estelionato, porque, faltando com a prestação correspondente à paga recebida, segundo um desígnio preordenado, deixou de cometer o ajustado homicídio? Ninguém terá a coragem de responder afirmativamente. A razão está com GIURIATI: “*La società, in fondo, non deve e*

non può rammaricarsi se i denari che si volevano destinare alla perpetrazione di un delitto sieno stati sottratti a colui che uso così riprovevole voleva fare della sua fortuna. Nei fatti sociali vi sono di queste compensazioni: la impunità goduta dal frodatore è bilanciata dalla impossibilità in cui si troverà il frodato di perpetrare il premeditato crimine". Entre nós, MAGALHÃES NORONHA (*Crimes contra o Patrimônio*, tomo II, pág. 158) alinha-se ao lado daqueles que defendem a tese contrária à que esposamos, e argumenta que o Cód. Penal vigente, diversamente do Código de 1890, já não mais se refere, na definição do estelionato, à "surpresa da boa-fé de outrem", e como a minha opinião, em apoio da de GALDINO SIQUEIRA, se baseava em que a não-configuração do estelionato na fraude patrimonial, praticada na ocorrência de torpeza bilateral, era excluída pela má-fé da vítima, já não pode ela prevalecer. *Data venia*, há duas inexactidões nesse comentário. Em primeiro lugar, é inexato que o Código atual haja excluído, dentre as características do estelionato, a boa-fé da vítima. O art. 171 do Código de 40 exige, como um dos *essentialia* do estelionato, o "induzimento de alguém em erro", e isto evidentemente não é possível se não há ilaqueação da boa-fé da vítima. Boa-fé é a justa ou fundada credulidade, que tanto pode existir nas transações lícitas, quanto nas ilícitas. Não se pode induzir alguém em erro contra si mesmo, senão iludindo a sua boa-fé. A razão da ausência de menção à boa-fé da vítima no texto do art. 171 é apenas a seguinte: tal menção seria rematadamente ociosa ou supervacânea. Em segundo lugar, devo dizer que, pelo menos quanto a mim, jamais argumentei no sentido de que, no caso em questão, a má-fé da vítima é que exclui o estelionato. Nem podia me servir de semelhante raciocínio. A má-fé, no sentido de malícia, ou consciência de ilicitude, existe quanto ao fim que a vítima se propõe, mas, quanto à entrega patrimonial, na esperança de conseguir o fim ilícito, a vítima age em boa-fé, isto é, acreditando ou confiando, sinceramente, que o agente não faltará com a ajustada contraprestação. De outro modo, é claro, não assentiria em desfalcas o seu patri-

mônio. Se o agente procede, *ab initio*, para obter *something for nothing*, a vítima está persuadida de que se vai operar o sinalagma do *do ut des*.

Para demonstrar a carência de argumentos dos adversários da tese que sustentamos, é muito significativo este incrível descarte de ToLOMER: a tese da inexistência do estelionato no caso de torpeza bilateral é errônea, porque, quando a vítima aceita a proposta ilícita, não haverá estelionato, e, no entanto, se a vítima vem a recusá-la, não é contestado que o agente responderá por tentativa de estelionato; de modo que, quando o agente logra êxito no seu propósito de fraude, não comete crime algum, e no caso em que apenas fica *in itinere*, sem poder alcançar a *meta optata*, comete crime tentado, o que representa um desconchavo. Ora, não há desconchavo algum. A réplica de ESCOBEDO é arrasadora: no segundo caso, não há torpeza bilateral, pois a vítima não aderiu à proposta do agente, e, assim, perfeitamente admissível que o agente responda por tentativa de estelionato.

Ainda há uma outra objeção, que é, perdoe-se-nos a expressão, de *pobreza franciscana*: tanto a lei penal abstrai a circunstância de bilateralidade da torpeza, que pune, a título de *suborno*, o funcionário que recebe a peita para praticar o ilícito administrativo colimado pelo peitante, como também pune o agente da *venditio fumi* (exploração de prestígio), não obstante ocorrer, em ambos os casos, a torpeza bilateral. A razão é simplíssima: em tais casos, está envolvido o interesse da Administração pública, que sobreexcede a qualquer outra consideração.

E cumpre advertir, aliás, que a fraude exercida em torno de negócio ilícito constituirá estelionato toda vez que o fato transcenda o patrimônio do lesado, para também lesar ou criar perigo de lesão a legítimo interesse de terceiros. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, e com toda razão, que não deixa de existir o crime de "cheque sem fundos" ainda quando este tenha sido emitido em pagamento de dívida de jogo, não obstante a inexigibilidade desta em face da lei civil. O cheque é um título circulável, podendo ser des-

contado por terceiro *bona fide*, isto é, ignorante da origem do título, e, assim, a sua emissão sem que haja correspondência de provisão não deixa de ser a modalidade de estelionato prevista no inc. VI do § 2.º do art. 171 do Cód. Penal.

Em suma: feitas as ressalvas que a própria lei penal explicita ou implicitamente contém, a fraude patrimonial, quando praticada no âmbito de um negócio ilícito ou no caso de torpeza *ab utraque parte*, não configura o crime de estelionato. O art. 171 do Cód. Penal tem de ser acareado com o art. 971 do Cód. Civil, pois aquele não pode proteger o que este declara indigno de proteção.⁶ Nem há distinguir, como quer ZEILER, entre o caso em que o *fraudator* tenha a iniciativa do negócio ilícito e o caso em que a iniciativa haja partido do próprio lesado. Tampouco há solver a questão com o punir-se, juntamente com o enganador, o próprio enganado, este por *tentativa* do crime a que visava (solução que não abrangeria o caso em que o fim visado fôsse imoral, mas não criminoso). Ao enganado não se pode imputar senão um *mandato* ou *anuência* improficuos, e seria preciso que se adotasse o exagêro dos *subjektivistas* da Escola clássica ou dos *perigosistas* da Escola positiva, para identificar-se a *tentativa de crime*, tanto mais quanto é ilusoriamente que ele supõe estar *contribuindo* para um crime.

⁶ Em acórdão de 3 de fevereiro de 1934, relatado pelo Des. GALDINO SIQUEIRA (*Jurisprudência do Diário da Justiça*, vol. III, pág. 81), assim se pronunciou, com todo acêrto, a 2.ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal sobre um caso típico de torpeza bilateral:

“... II. O fato imputado ao apelado e a outro é a burla conhecida vulgarmente como processo da *guitarra*. Captando a confiança do prejudicado, convenceram-no de que lançando em uma prensa, que lhe mostraram, cédulas de dinheiro, e mediante uma preparação química, conseguia-se a reprodução, por várias vezes, dessas cédulas, e, assim, dele obtiveram a quantia de Cr\$ 3.850,00, subtraindo-a depois da prensa, onde deixaram papéis sem valor, entregando-a ao prejudicado, que, horas depois, segundo recomendação feita, abriu-a, verificou o lôgro que levava. O fato, assim descrito na denúncia, ficou suficientemente provado pelas diligências procedidas no inquérito policial e na fase judiciária. III. Não se trata, porém,

76. *Estelionato no seu tipo fundamental.* O art. 171 do Código define o estelionato na sua configuração básica: "Obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento". Na estrutura do crime, apresentam-se, portanto, quatro *momentos*, que se aglutinam em relação de causa a efeito: a) emprêgo de fraude (isto é, de "artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento"); b) produção ou manutenção em erro; c) locupletação ilícita; d) lesão patrimonial de outrem.

"de fato criminoso, mas apenas de caráter imoral. Não assume a configuração do estelionato, como julgou a sentença apelada, nem outra. Não pode haver estelionato, porque, não obstante verificar-se diminuição de patrimônio, não há dano *reparável*, isto é, com o duplo característico de lesão *patrimonial* e de lesão *jurídica*. Estes requisitos, exigidos pela lei civil, são também pressupostos na lei penal. São nulos de pleno direito os atos que versam sobre objeto ilícito (Cód. Civil, art. 145, n.º II); e não pode propor ou contestar uma ação quem não tiver legítimo interesse econômico ou moral (art. 76). São normas fundamentais do nosso direito civil, em consonância com o dos povos cultos. São também pressupostos do direito penal, porque este, em relação aos demais ramos do direito, é seu complemento e seu sancionador pela proteção reforçada que dispensa pela pena (LISZT). Punindo o estelionato, o direito penal o faz para reforçar a proteção dada pelo direito civil à atividade patrimonial, traduzindo-se, nos limites do justo, em convenções, e cujo elemento essencial, a *bona fides*, surpreendida pelo engano, dá lugar àquela figura delituosa. Não se pode, pois, conceber tal delito quando torpe, imoral, é a transação, e na torpeza versam ambos os contraentes. Contra a objeção de que uma delas sofre diminuição de seu patrimônio, impune ficando a fraude, que isso ocasiona, é de recordar-se, com JANNITTI DI GUYANGA e GIURIATI, que o problema merece ser considerado de um ponto de vista mais elevado. A sociedade, no fundo, não deve e não pode lastimar que o dinheiro que se queria destinar à perpetração de um delito seja subtraído àquele que tão reprovadamente usou de sua fortuna. Nos fatos sociais existem estas compensações: a impunidade gozada pelo fraudador é contrabalançada pela impossibilidade em que se encontra o fraudado de perpetrar o crime premeditado (GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, vol. II, n.º 501). Conclui-se dizendo CARRARA: "o dinheiro desembolsado para fim ilícito é um valor que o proprietário perde por sua criminoso vontade; ele é vítima de sua própria torpeza

Comumente, a fraude, para assegurar o próprio êxito, procura cercar-se de uma certa encenação material (*artificio*) ou recorre a expedientes mais ou menos insidiosos ou astutos (*ardis*), para provocar ou manter (entreter, fazer persistir, reforçar) o erro da vítima. As vezes, porém, prescinde de qualquer *mise en scène* ou estratagema, alcançando sucesso com a simples mentira verbal e até mesmo com a simples *omissão do dever de falar*. Não se pode, pois, negar ao *nudum mendatium*, ao *silêncio doloso*, à *reticência maliciosa*, ao *engano por sugestão implícita* (*schlüssige Handlung*, dos alemães), o caráter de *meio fraudulento*. Explica-se, assim, que o texto legal, depois de referir-se, exemplificativamente, a “artifícios” e “ardis”, remate com uma expressão genérica: “ou qualquer outro meio fraudulento”.

O nosso Código atual, na definição do estelionato, não seguiu o seu modelo preferido, que é o Código Rocco (vigente Código italiano). Limita-se este, de acordo, aliás, com o Código ZANARDELLI (Código italiano de 1889), a falar em “artifícios” (*artifizi*) ou “ardis” (*raggiri*) para *induzimento* em erro. O legislador brasileiro de 1940, na esteira do Projeto SÁ PEREIRA, preferiu, na espécie, o modelo alemão, já adotado, entre outros Códigos, pelos da Áustria, Noruega, Polônia, Dinamarca e Suíça, não restringindo a qualidade do meio iludente e contemplando, de par com o *induzimento*, a *manutenção* em erro. O Código italiano não evita a controvérsia sobre se a sua fórmula abrange os expedientes refalsados não iden-

“ou malvadez; a perda do dinheiro é uma pena merecida. O enganado tinha sem dúvida um direito manutenível ao seu dinheiro; mas era esse um direito alienável à sua vontade. Ele alienou espontaneamente e livremente esse direito, permutando o dinheiro pela promessa de uma ação imoral ou criminosa; portanto não pode queixar-se da perda de sua propriedade. Queixe-se de si mesmo por ter consentido em trocar o seu direito legítimo sobre o dinheiro por uma esperança que a lei não reconhece, nem podia reconhecer como direito. Sustentar outra opinião é colocar a lei penal em contradição com a lei civil, o que é um absurdo” (*Opuscoli*, vol. 7.º, páginas 268-269). Pelo exposto: acordam os juizes da 2.ª Câmara da Corte de Apelação dar provimento ao recurso para absolver o apelante”.

tificáveis propriamente como “artifícios” ou “ardis” e o caso de *conservação, reforço* ou *aproveitamento* de preexistente erro da vítima. Assim, a jurisprudência italiana continua indecisa em torno à questão, também freqüentemente suscitada entre nós, ao tempo do Código de 1890, sobre se a *simples mentira* é meio idôneo para o estelionato. Em face do nosso primeiro Código republicano, assim nos pronunciávamos: “Na interpretação da fórmula genérica adotada pela nossa lei penal na definição do estelionato, tem-se proclamado que a *simples mentira* não basta para caracterizar a fraude penal. Tal critério de exegese ressentia-se da teoria da *mise en scène*, da doutrina e jurisprudência francesas. Não raro é invocada em nossos tribunais a lição de LOUIS DAVID, repetindo CHAVEAU, HÉLIE e BLANCHE: “*Les manœuvres frauduleuses consistent dans le fait, de la part d'un individu, d'employer une combinaison de faits, une machination préparée avec plus ou moins d'adresse, une ruse ourdie avec plus ou moins d'art, dans le but de tromper un tiers, mais la loi veut que, pour être punissables, elles prennent un corps, revêtent une forme, et deviennent, pour ainsi dire, visibles et tangibles. La loi ne punit pas le simple mensonge*”. Perde-se, entretanto, de vista que semelhante conceito é calcado sobre uma fórmula diversa da que foi acolhida pelo nosso legislador. A lei francesa restringe a natureza do meio iludente com a expressão “manobras fraudulentas”, sendo certo que quem diz *manobras* diz qualquer coisa mais que *simples* palavras. O Código brasileiro, porém, de par com a expressão “artifícios”, emprega outra de caráter amplíssimo: “e outros meios astuciosos”; não havendo como deixar de incluir entre estes a *mentira verbal*. Na Itália, cujo Código (em que se inspirou, mas de que não é decalque a fórmula do nosso, no recorte do estelionato) emprega os termos “artifício” e “ardil”, significando este o “estratagema insidioso ou astuto” e aquele o “engano corroborado por aparato material” (CARFORA, PUGLIA), a jurisprudência tem reiteradamente, em face do texto legal, declarado a inidoneidade da *simples mentira* para integrar a fraude punível, embora na doutrina seja prevalente a opinião contrária (atendi-

vel *de lege ferenda*, mas não *de jure constituto*). OLIVIERI, segundo uma citação de GIURIATI, expende a respeito a seguinte vigorosa argumentação: “*Pare a noi che assumere ad elemento specifico di incriminazione della truffa la qualità del mezzo adoperato, per escludere il reato anche quando la voluta e raggiunta spogliazione del patrimonio altrui rivela ed accerta vuoi la capacità criminosa, vuoi la atitudine specifica del mezzo a raggiungere il fine, equivalga a disconoscere la importanza prevalente che il fattore etico ha nella identificazione delle attività anti-sociali. Nel fatto di chi si foggia della menzogna un’arme per appropriarsi i beni altrui e con quell’arme riesce ad appropriarseli, non vi è quanto basta per classificarlo tra la proteiforme varietà dei ladri? Il consenso della vittima è forse sorpreso meno perchè la menzogna non viene accreditata da qualche cosa che si aggiunga al mendacio e lo avvalori? L’attitudine del mezzo non può differenziare la frode passibile delle sole sanzioni civili dalla frode passibile delle sanzioni penali*”. A este raciocínio não há que fazer senão uma restrição: quando servida por uma mentira tal, que a mais elementar prudência aconselhava não fôsse acreditada, a fraude não deve entrar os umbrais do Cód. Penal, salvo, é bem de ver, se se provar que a vítima, pela sua natural simplicidade, crassa ignorância ou outro motivo relevante (ex.: uma transitória deficiência de atenção ou raciocínio, conseqüente a recente abalo moral ou absorvente preocupação), conhecido do agente, não estava em condições de precaver-se”.

Também perante o nosso Código atual, dada a iniludível generalidade com que se exprime (“ou qualquer outro meio fraudulento”), não padece a mínima dúvida que a mentira verbal, ou ainda que não *vestita*, pode ser *meio* de fraude punível.⁷

⁷ Para atestar o prestígio ocasional da *simples mentira* (não me refiro, bem entendido, à mentira vulgar, de que se originou o provérbio “mais depressa se apanha um mentiroso que um coxo”, mas à mentira engenhosa, que sabe pôr as circunstâncias ou acontecimentos a seu serviço e evitar a traição de sua própria lógica), pode ser citado o seguinte caso, que tivemos de investigar quando delegado

No tocante à *manutenção* de preexistente erro espontâneo da vítima (não provocado, pelo menos intencionalmente, pelo agente), a fórmula italiana não a contempla, e só mediante *construção analógica* (inadmissível em direito penal) poderá ser ali embrechada. E' o mesmo que acontecia em relação ao nosso Código anterior. Ao tempo de vigência deste, assim dissertávamos: "Truncando o modelo italiano (pois não acentuava a *ilicitude* da locupletação, nem previra o caso de captação do proveito em favor de terceiro), o nosso legislador conservou-lhe, entretanto, o defeito: a identificação da fraude penal somente quando o *erro* da vítima é provocado ou criado *ad hoc* pelo agente. Ao que soa o texto legal, o lastro fraudulento do estelionato é o *induzimento* em erro mediante o uso de artifícios ou outros meios astuciosos. Se o artifício ou outro meio astucioso é empregado, não para induzir em erro, mas para entreter ou reforçar um espontâneo erro anterior, não há estelionato. Nem vale realçar a analogia entre uma hipótese e outra, para concluir que a norma penal é compreensiva de ambas (GALDINO SIQUEIRA), pois lá está inscrito

de polícia no Rio e que assim relatamos, ao termo do inquérito: "F. é um espanhol que, a consertar pianos, à rua do Resende n.º ..., conseguia amealhar alguns contos de réis. Entre as pessoas de suas relações, contava B. e a amásia deste, C., mulher atilada, artilosa, dotada de um grande poder de sugestão. Certo dia, de regresso de um passeio à ilha de Paquetá, em companhia do casal, F. deparou, entre os passageiros da barca, com uma linda mulher, que o fascinou deveras. Afinal, aos 40 anos de idade, sentia F. o *coup de foudre* do amor... Percebeu-o a esperta C., que, para logo, farejou no caso oportunidade para espoliar o espanhol. Fazendo-se camarária e prestimosa, ofereceu-se, no dia seguinte, para relacionar F. com sua belidade, a respeito de quem inculcou ter obtido informações seguras. Deu um nome à dama: Anália Cerqueira Pinto. Como para o êxito do embuste era necessário que F. não se aproximasse de sua amada, arquitetou a intrujona um obstáculo: Anália tinha um amante ciumento e irascivo, capaz de um desfôrço brutal. No correr dos dias, sempre com a simulada mediação obsequiosa de C., chegou à ser aprazado o casamento de Anália com F., que era todo júbilo. E entretida, assim, a ilusão deste, teve início a captação do seu dinheiro. Anunciando a F. o próximo aniversário de Anália, C. sugeriu-lhe a idéia de ofertar um mimo à sua noiva; um mimo valioso, que lhe

no limiar do Código: “A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas” (o Código de 1890 considerava a analogia, erroneamente, como processo de *interpretação*). Por mais axiomático que seja o *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, não pode o juiz criminal emendar a mão ao legislador, que se não ateve a tal raciocínio. Fora dos termos formais da lei penal, não há crimes. Não se pode concluir, por indução, de uma espécie criminal estabelecida para outra não expressa, embora ao juiz pareça ocorrer na segunda hipótese a mesma razão de punir verificada na primeira (CARLOS MAXIMILIANO). Em matéria penal, tudo é de direito estrito. Não se pode suprir a lei penal, à maneira do que se faz à lei civil, com analogias e induções. A jurisprudência italiana tem procurado, na espécie, amolgar o preceito restritivo, invocando a equivalência dos dois casos, mas a réplica de GRUARIATI é de uma justeza irrecusável: “Compreendo o honesto “desejo do juiz, tãda vez que se ache diante de uma ação “evidentemente imoral e anti-social, de não poupar ao réu “um castigo que realmente merece. Compreendo e aprecio. “Mas como posso sustentar ou mesmo apenas admitir que “semelhante interpretação não seja violadora da máxima “*edicta non sunt extendenda*? Induzir alguém em êrro e “conservar alguém no seu próprio êrro serão, acaso, termos “equivalentes? E se entre os dois termos existe diferença li-

abrisse caminho direto ao coração dela. E F. entregou a C., para que a levasse à Anália, uma *barrette* no valor de um conto de réis. A êsse presente seguiu-se outro, sob um pretexto qualquer, e, desta vez, foi um “diamantino”, de preço de três contos. Depois, foi dinheiro de contado, em parcelas várias, até a importância de oito contos. Por fim, C. forjicou uma carta com a assinatura da imaginária Anália, em que esta marcava ao seu apaixonado um encontro em... Goiãna, no Estado de Pernambuco. Dessarte, melhor se desvencilharia de F., pondo-se a salvo. E lá se foi o homem, no primeiro vapor, em busca de sua quimera. É escusado dizer que não pôde avistar-se com esta, por mais que revolvesse a longínqua cidade nordestina. Só depois dessa dura prova é que êle começou a perceber que estava sendo objeto de um incrível ludíbrio e resolveu dar *queixa à polícia*”.

“teral, gramatical, conceitual e jurídica, não é evidente que “aplicar ao segundo uma sanção cominada somente ao primeiro importa em ampliar o alcance da norma penal?” Perante a nossa lei penal, que se louvou na italiana, terá, assim, de ficar impune a lesão patrimonial fraudulenta, quando o agente, ainda que mediante astucioso aparato, não tendo tido a iniciativa do erro da vítima, limita-se a evitar que esta se liberte do engano, e dêle se aproveita. Entretanto, até mesmo o malicioso *silêncio* ou o passivo *Irrelassen*, de que fala BINDING, pode integrar a fraude *perigosa* ou punível, quando haja o dever jurídico de falar. Já os antigos juristas diziam: “*Uterque reus est et qui veritatem occultat et qui mendacium dicit*”; “*Falsitas committitur etiam tacendo et omittendo id quod taceri et omitti non debebat*”. Um caso característico é o que os alemães denominam, com uma só palavra, *Raritätenbetrug*, isto é, a dolosa reticência do colecionador ao adquirir de um inexperto, por preço ínfimo, um objeto precioso pela sua raridade ou antiguidade. Outro exemplo é o figurado por GRZYBIECKI: Tício, sabendo que o finado Caio possuía várias notas de banco entre as páginas de um livro de sua biblioteca, apresenta-se ao herdeiro, que ignora o fato, e adquire o livro. Em ambas essas hipóteses, a *omissão da verdade*, embora sem qualquer *mise en scène*, reconhece-se a fraude servindo a um fim de alarmante improbidade, e, por isto mesmo, não se justifica a sua isenção penal.

O Código alemão, no seu art. 263, expressamente prevê a hipótese de quem “*durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum unterhält*” (isto é, de quem “mantém em erro, alterando ou dissimulando fatos verdadeiros”). É a mesma previsão que se contém no art. 193 do Anteprojeto SÁ PEREIRA, cuja fórmula é tradução da do Projeto STROOS (para a Suíça), na sua última fase: “Aquêle que visando a lucro ilegítimo, seu ou de outrem, astuciosamente induzir alguma pessoa em erro, ou *neste a mantiver*, dissimulando ou alterando fatos verdadeiros, ou como tais fazendo acreditar os falsos, e por esta maneira a determinar à prática de atos que, a ela própria ou a terceiro, patrimonial-

“mente prejudiquem”, etc. O Código austríaco igualmente prevê o caso de quem “ardilosamente aproveita do erro ou insciência de outrem” (“*des andern Irrtum oder Unwissenheit arglistig benutzt*”). O critério preferível, entretanto, é o do Código norueguês, que reconhece a fraude punível no “provocar ou reforçar um erro”, compreendendo, incontestavelmente, nesta fórmula genérica, a própria reticência maliciosa. Mesmo sob o ponto de vista estritamente lógico e jurídico, não há razão para que se exclua do *processus* da fraude penal o *silêncio doloso* (o *silêncio intencional*, a que se refere o art. 94 do nosso Cód. Civil). Este não cria ou provoca o erro, mas intervém, afinal, como uma de suas condições eficientes, quicá como condição decisiva, se ao reticente cabia um especial dever de falar (entendendo-se como tal o que é explícita ou implicitamente imposto pela ordem jurídica, na medida reclamada pela necessidade social, dentro da trilogia do *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*). Isto diz com a própria teoria da causalidade por omissão. Segundo a lição de MAX ERNST MAYER, a inação “*steht mit dem Erfolg ganz im gleichen Sinne in Kausalzusammenhang wie irgendeine andere Bedingung, insbesondere eine gewollte Körperbewegung*” (ou, seja, “equipara-se inteiramente, no sentido da conexão causal com o resultado, a qualquer outra condição, especialmente com o voluntário movimento corpóreo”). Há uma analogia substancial entre o *induzimento em erro* e o *doloso silêncio em torno de erro preexistente*. Praticamente, tanto faz ministrar o veneno como deixar *scienter* que alguém o ingira por engano: “*Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit*”. A inércia é uma *species* do *genus* “ação”: é a própria atividade que se refrange sobre si mesma, determinando-se ao *non facere*. Tanto usa de fraude quem *ativamente* causa o erro para um fim ilícito, quanto quem *passivamente* deixa-o persistir e dêle se aproveita. No Anteprojeto do Cód. Penal alemão de 1909, ao recortar-se a figura do estelionato, não se fazia referência a este ou àquele expediente capcioso, mas apenas a “engano malicioso”. E os seus *Motive* declaravam: “Se o silêncio in-

“tencional traduz uma grave ofensa à lealdade e boa-fé, às exigências da habitual probidade nos negócios, incide no conceito da malícia”. É o critério acertado”.

É o critério do nosso atual Código, tendo-se em vista o latíssimo sentido da cláusula “qualquer outro meio fraudulento”. O que acima ficou escrito vale como justificação e comentário ao art. 171.

Já acentuamos, de início, que entre os *momentos* do estelionato deve existir uma sucessiva relação de causa a efeito: o meio fraudulento, comissivo ou omissivo, deve diretamente *induzir* ou *manter* o erro em virtude do qual se realiza a locupletação ilícita, de que resulta a lesão patrimonial.

Entende-se por “erro” a falsa ou nenhuma representação da realidade concreta, funcionando como vício do consentimento da vítima. No *induzimento* em erro, a vítima toma *aliud pro alio*; na *manutenção* em erro, *desconhece* a realidade. O agente, no primeiro caso, tem a iniciativa de causar o erro; no segundo, preexistindo o erro, causa a sua *prolongação* ou *persistência*, impedindo, por sua conduta astuciosa ou omissiva do dever ético-jurídico de o revelar, que a vítima dêle se liberte. Por seu turno, a locupletação ilícita deve estar em correlação causal com a lesão patrimonial. Suponha-se o seguinte caso: um capitalista é insistentemente solicitado para concorrer numa *pseudo-subscrição de caridade* e, embora não suspeitando do embuste, faz um donativo para livrar-se da importunação do solicitante. Não se pode reconhecer aí um estelionato, pois a *dádiva* teria sido feita ainda que não tivesse intervindo o erro (não foi o engano que fez decidir o capitalista, mas o interesse de *comprar* o seu sossego).

Desde que o engano é produzido ou mantido, seguindo-se a locupletação ilícita em prejuízo da vítima, não há indagar da *idoneidade* do empregado meio iludente, considerado *in abstracto*. Tal indagação só tem razão de ser quando se trata de identificar a simples *tentativa* de estelionato (veja-se n.º 83).

Não importa que o meio fraudulento não pudesse ter enganado o *homo medius*, o *bonus pater familias*, ou pessoa da mesma condição social e intelectual da vítima. Pôsto que não se trate de autêntico débil mental (caso em que o crime passaria a ser o do art. 173), o estelionato subsistirá. A culpa da vítima não é *desculpa* para o agente. A exceção única que se poderá fazer, e *cum grano salis*, é a que já admitimos a propósito do grosseiro *nudum mendacium* (à parte a questão da *parva calliditas* ou da habitual *facultas decipiendi* no jôgo dos negócios).

A locupletação deve ser *ilícita*, isto é, não corresponder, objetiva e subjetivamente, a qualquer direito. Se o agente tinha direito à vantagem, ou razoavelmente se julgava com tal direito, o crime a reconhecer será, não o estelionato, mas o “exercício arbitrário das próprias razões”. O condômino, sócio ou co-herdeiro, que capta fraudulentamente a cota que lhe cabe na coisa comum fungível, em poder de outro comunheiro, não comete estelionato, pois, afinal de contas, não obtém lucro ilícito em detrimento alheio.

A lesão, no estelionato, pode atingir a qualquer bem, interesse ou direito patrimonial (pessoal ou real), sem exclusão dos direitos imobiliários. Pode consistir em desfalcar de alguma coisa o patrimônio alheio, onerá-lo com alguma obrigação sem a correlativa contraprestação, ou privá-lo de uma dívida ou obrigação ativa ou de não aleatórios lucros futuros.

77. *Sujeito passivo*. Nem sempre coincide a pessoa do enganado com a do titular do patrimônio lesado. Pode ser aquêle um mandatário, um locatário, um transportador, um vigia ou guarda, um mero detentor, numa palavra: quem quer que, embora não sendo o *dominus*, exerça sôbre a *res* um poder *de jure* ou *de facto*; e há então que distinguir: se está obrigado a responder, em face do *dominus*, pelo *id quod interest*, ou pelo *tantumdem*, no caso de coisas fungíveis, será êle o sujeito passivo do estelionato; caso contrário, sê-lo-á o *dominus*. Sujeito passivo, portanto, é o que vem a sofrer, realmente, o prejuízo. Se o enganado é titular de direito real

sôbre a *res* captada, sujeito passivo tanto será êle quanto o titular da propriedade. Pode mesmo acontecer, em tal caso, que o agente do crime seja o próprio *dominus*, v. g.: o devedor pignoratício obtém, mediante engano, que o credor lhe confie a coisa empenhada, frustrando-se a garantia do débito (sujeito passivo, obviamente, é o credor). Sujeito passivo do estelionato há de ser sempre *pessoa determinada*. Se o crime é dirigido *in incertam personam*, isto é, contra indefinido número de pessoas, o crime passa a ser o de “exploração fraudulenta da credulidade pública”, previsto no art. 2.º, n.º IX, da lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (sôbre crimes contra a economia popular): “Obter ou tentar obter (note-se que, aqui, “a tentativa é equiparada à consumação) ganhos ilícitos em “detrimento do povo ou indeterminado número de pessoas, “mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de “neve”, “cadeias”, “pichardismo” e quaisquer outros equivalentes)”.⁸ No caso de fraude em pesos e medidas no comer-

⁸ Ao Supremo Tribunal Federal foi recentemente impetrado *habeas corpus* em favor de proprietários de uma fábrica de balas, condenados, a título de estelionato, por haverem burlado a promessa de prêmios ou brindes com que procuravam assegurar maior venda do produto. Meu voto, apanhado taquigráficamente, foi o seguinte:

“O Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA: ... Há, porém, que resolver uma questão: configurar-se-á realmente, no caso concreto, o crime de estelionato? Estelionato é obter lucro ilícito, mediante fraude. Será ilícito o lucro obtido pelos pacientes, mesmo aceitando-se a versão da denúncia? O lucro que obtinham, com a venda das balas, era o preço das mesmas, naturalmente correspondente ao seu valor intrínseco mais o lucro mercantil. Se, para fomentar essa venda, através de sugestiva propaganda do produto, a empresa prometia um prêmio, dependente de serem encontradas, dentro dos pacotes de balas, certas “figurinhas” carimbadas e chamadas “figurinhas difíceis”, mas que, realmente, não eram colocadas nos pacotes, não vejo nisso o crime de estelionato, que pressupõe *something for nothing* e lesão patrimonial de *pessoas determinadas*. Parece-me que o caso deveria ficar circunscrito à órbita fiscal ou do ilícito administrativo, isto é, de ofensa à lei reguladora da venda de mercadorias com promessa de prêmios. Não se apresenta um enriquecimento sem causa, nem é admissível estelionato *in incertam personam*. Poder-se-ia alegar, então, que ocorreria na espécie o crime previsto no art. 2.º, IX, da

cio, não se individualizando pessoa lesada ou a pique de o ser, igualmente não se apresenta estelionato (ainda que simplesmente tentado), mas o crime definido no art. 2.º, XI, da citada lei n.º 1.521. Advirta-se que também nesta, em certos casos, se enquadra (art. 2.º, X) a fraude patrimonial nos *contratos de vendas a prestações*.

78. Estelionato e falsidade. Incessante controvérsia é a que se trava em torno do caso em que o meio fraudulento

lei n.º 1.521, de 1951, que é reprodução do art. 3.º, III, do decreto-lei n.º 869, de 1938, isto é, "obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos". Não posso, entretanto, identificar ganhos ilícitos mediante fraude onde há um *cor-respectivo*, que não se demonstra insuficiente.

O Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES: A fraude resultava do erro em que induziam os compradores de balas. Daí o lucro ilícito. As crianças ficavam esperando em vão.

O Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA: Havia uma contraprestação, havia um *do ut des*, isto é, o fornecimento de balas pelo seu justo preço.

O Sr. ministro ROCHA LAGOA: Era uma contraprestação.

O Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA: Se a empresa usou de ardil ou fraude para desobrigar-se da *promessa de recompensa*, o que me parece esboçar-se é um ilícito civil ou uma questão de direito privado, abstraída a questão de direito fiscal ou administrativo. Não houve o enriquecimento sem causa, que é essencial no estelionato.

O Sr. ministro HAHNEMANN GUIMARÃES: Eles acenavam com uma sorte que não era possível tirar.

O Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA: A propaganda tem por fim aumentar a venda de tal ou qual mercadoria, visa a tornar mais procurado o produto, e se ela contém falsidade, isto é, mentirosa promessa de prêmios, nem por isso haverá ganho ilícito, desde que o produto valha o preço que por ele se deu. O dinheiro recebido pelos pacientes correspondia a um valor, que era o das balas fornecidas. A promessa de prêmio acarretou maior venda, mas não lucros ilícitos. O dinheiro pago pelas balas, repito, era correlato ao valor intrínseco da mercadoria.

O Sr. ministro BARROS BARRETO: Seria ou não correspondente ao valor intrínseco, pois qualquer de nós pode comprar um artigo por determinado preço e outro inferior pelo mesmo preço.

O Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA: Essa é outra questão. Houve laudo pericial no sentido de que o valor das balas não correspondia

para a locupletação ilícita constitui, em si mesmo, crime de *falsidade*, ou, mais precisamente, introdução de moeda falsa (art. 289) ou uso de documento falso (art. 304). Entendem uns que em tal caso há concurso material de estelionato e falsidade; outros, que há concurso formal; e, finalmente, defendem outros a tese de *unidade de crime*, isto é, a de que se deve reconhecer tão-somente o *crimen falsi*. Em nossa opinião, o caso comporta duas soluções diversas, conforme seja, ou não, o *falsum* o único meio fraudulento empregado pelo agente. Na primeira hipótese, tem-se de identificar um crime único, isto é, apenas o de falsidade. É bem certo que a obtenção de *efetivo* lucro ilícito é indiferente ao *crimen falsi*, que é de natureza formal, classificado como ofensivo da *fé pública*, e não do *patrimônio*. Nada obstante, porém, o *falsum* está adstrito à potencialidade de um *præjudicium alterius*, tanto assim que deixará de existir quando falte, no caso concreto, essa potencialidade. O *falsum* não se desnatura quando o agente visa a um lucro ilícito, e nem mesmo quando este vem a realizar-se. O efetivo *præjudicium alterius*, em tal hipótese, nada mais é que o *exaurimento* do *falsum*. Quando a um crime formal se segue o dano efetivo, não surge novo crime: o que acontece é que

ao preço justo? Positivamente, é uma conjectura de V. Ex.^a a de que as balas não valiam o preço pedido.

O Sr. ministro ROCHA LAGOA: Dos elementos constantes dos autos não vejo referência ao valor intrínseco da mercadoria. Isso não foi objeto de cogitações. Da tribuna é que o advogado, com a habilitade que lhe é peculiar, lançou o argumento.

O Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA: Devemos admitir que a mercadoria só é vendável quando o seu preço corresponde ao seu atual valor no mercado. Trata-se, aliás, de um axioma em ciência econômica. Temos de admitir que o preço cobrado era proporcionado ao valor da mercadoria, correspondendo à sua qualidade e quantidade. Sr. presidente, não deparo no caso o *crimen stellionatus*, a fraude patrimonial que incide sob sanção penal. Assim, *data venia* do eminente Sr. ministro relator, concedo o *habeas corpus*".

A Suprema Corte não chegou a pronunciar-se *de meritis*, pois, preliminarmente, anulou em parte o processo contra os pacientes, por cerceamento de defesa.

êle se *exaure*, mas continuando a ser único e o mesmo (à parte a sua *maior punibilidade*, quando a lei expressamente o declare). A obtenção de lucro ilícito mediante *falsum* não é mais que um estelionato qualificado pelo meio (IMPALLOMENI). É um estelionato que, envolvendo uma ofensa à *fé pública*, adquire o *nomen juris* de "falsidade". Se alguém se limita, ao enganar outrem numa transação, a pagar, por exemplo, com cédulas falsas, ou a servir-se de uma falsa cambial de terceiro, o crime único que comete é o de introdução de moeda falsa ou de uso de documento falso.

Não procede a objeção de TOLOMEI, no sentido de que, aceita a tese de unicidade de crime, não se evitaria um desconchavo: "...quem, formando o *falsum*, dêle se serve para "induzir outrem em êrro, mas sem alcançar o esperado proveito, consumou o *falsum* e tentou o estelionato: deve responder, certamente, pelo primeiro crime, e é justo que só "por êle responda. Mas, segundo a teoria contrária, deverá "responder apenas pelo primeiro crime, ainda que o estelionato tivesse sido levado *ad exitum*". Seria isso, conclui TOLOMEI, antijurídico e antipolítico, pois o agente, sabendo que com a simples produção do *falsum*, embora sem obtenção do proveito, já incorreu na mesma pena aplicável no caso de tal obtenção, não terá interesse em *desistir*. Ora, essa não-diversidade de sanção penal nos dois casos é precisamente o que acontece em relação a todo crime formal (salvo, como já se disse, quando a lei, excepcionalmente, considera a superveniência do dano real como *condição de maior punibilidade*). Assim, a tese que vê, na espécie, a falsidade como crime único, nada tem de censurável, quando chega ao resultado apontado por TOLOMEI. E manifesta é a contradição dêste quando admite que só o crime de falsidade ocorre, se não é alcançado o proveito visado pelo agente. O que é lógico (seja ou não *justo*) é que, também nessa hipótese, aceita a tese de TOLOMEI, se teria de reconhecer um concurso material: *falsum* consumado e tentativa de estelionato. A solução pelo crime único, no caso de que se trata, parece-nos irrecusável.

Outra deve ser a solução, porém, se o êxito do *falsum* pedísse só foi possível porque acompanhado por outros meios fraudulentos. Exemplo: o agente, depois de exibir um pacote com dinheiro legítimo, faz um passe de escamoteação e, iludida a vítima, entrega um pacote com dinheiro falso. Sem dúvida que em tal caso não há um crime único, mas um concurso material de estelionato e *falsum* (concurso material, e não formal, porque há duas ações: o emprego de encenação ardilosa característica do estelionato e a introdução de moeda falsa). Outro exemplo, em que a mesma solução deve ser dada: um indivíduo, após inspirar confiança com *falsas aparências* de capacidade financeira, compra objetos numa casa comercial, pagando parte do preço em dinheiro e o restante com um falso cheque de terceiro. Se não fôra o prestígio das *falsas aparências* e do ardiloso engodo do pagamento parcial com dinheiro de contado, a anormal aceitação do cheque não teria ocorrido. Logo, concurso material entre estelionato e falsidade documental.

Distinguindo entre caso e caso é que se explica tenha eu, quando da Conferência dos Desembargadores (*Anais*, 1944), concordado em que a falsidade documental, empregada como meio fraudulento para obtenção de lucro ilícito, não importa concurso material ou formal entre tal crime e o de estelionato, e, posteriormente (*Novas Questões Jurídico-Penais*, pág. 284), afirmado que quando o *falsum* é corroborado por outros meios fraudulentos, haverá concurso material entre os dois crimes.

Cumpra também distinguir o caso em que o proveito ilícito decorre imediatamente do próprio *falsum* (dado o caráter de *coação jurídica* inerente ao dinheiro ou ao documento quando autênticos) e o caso em que isso não se dá. Assim, se o dinheiro ou documento falso não é passado, mas apenas exibido para o efeito de pura encenação, isto é, somente para fazer crer na solvabilidade ou capacidade financeira do agente, que dessarte consegue enganar a vítima e obter o lucro ilícito, o crime que se configura é apenas o de estelionato, e não também o de *falsum*. A mesma deci-

são deve ser dada quando se trate de uma falsificação grosseira ou patente, ⁹ mas que acidentalmente venha a obter êxito, aproveitando-se o agente de uma circunstância especial, como, por exemplo, a escassa luz da hora crepuscular, ou por ser a vítima um indivíduo de completa rusticidade.

79. *Estelionato e apropriação indébita.* Segundo já acentuamos, quando tratamos da apropriação indébita, a diferença entre esta e o estelionato está em que, no último (além de muito mais extenso o objeto de lesão, abrangendo, de par com as coisas móveis corpóreas, as imóveis e quaisquer direitos patrimoniais), a posse da coisa não *precede* a conduta criminosa, mas com esta se realiza. Na apropriação indébita, o agente não tem a intenção preconcebida de fazer sua a coisa alheia, que lhe é entregue, válidamente, a título precário, e não *alienationis causa*; no estelionato, via de regra, o agente obtém que a coisa lhe seja entregue *alienationis causa*, induzido a êrro o *dominus*; e ainda quando êste (ou alguém com poder *de jure* ou *de facto* sobre a coisa) julgue que está apenas *confiando* ou entregando a *res* a título precário (*causa mandati, causa depositi, causa commodati, transportandi causa, locationis causa, etc.*), outra é a intenção do agente, isto é, a de obter astuciosamente a posse da coisa em confiança ou a título precário, para dela, em seguida, se assenhorear. Na apropriação indébita, o dolo é *subsequens*; no estelionato é *antecedens*. Para que se reconheça o estelionato, é imprescindível que o emprêgo dos meios fraudulentos seja a *causa* da entrega da coisa. Assim, quando, lícitamente obtida a posse da coisa, o agente dispõe dela *ut dominus* e, em seguida, usa de meios fraudulentos para dissimular a apropriação indébita, êste é o *nomen juris* que prevalece, e não o estelionato.

⁹ Não existe o *crimen falsi* quando a *mutatio veri* é reconhecível *ictu oculi* ou *prima facie*. Assim, não comete *falsidade numária* o indivíduo que consegue impingir por bom dinheiro simples *cédulas de reclame*.

Há, entretanto, hipóteses ambíguas, em que as figuras do estelionato e da apropriação indébita como que se aglutinam. Haja vista o caso do criado que desvia o dinheiro recebido para a compra diária de gêneros e adquire êstes a crédito, em nome do patrão, ilaqueando a boa-fé do fornecedor. *Prima facie*, fica-se indeciso no reconhecimento da espécie: trata-se de apropriação indébita, de que seja sujeito passivo o patrão, ou, antes, de estelionato, de que seja vítima o fornecedor? A dúvida tem de ser dirimida mediante a aplicação de uma regra atinente ao mandato civil, segundo a qual o mandante (no caso, o patrão) só responde pelo ato do mandatário enquanto êste se conserve dentro dos limites ou termos do mandato. Na hipótese em aprêço, o mandato conferido ao criado era para comprar à vista, e não a crédito; logo, quem tem de suportar o prejuízo é o fornecedor, que imprudentemente seguiu a fé do criado. O crime a identificar-se é o estelionato.¹⁰

¹⁰ Esta já era a solução dada por aresto de um tribunal francês datado de 1813, conforme se vê do *Répertoire de Jurisprudence* de MERLIN, verb. "Vol": "*Considérant que la prevention établie contre Catherine Spanger consiste uniquement en ce qu'elle n'aurait pas employé l'argent que lui été confié par son maître, à payer les objets qu'elle était chargée d'acheter pour l'approvisionnement de son ménage; qu'en ne payant pas ces objets, et en ne les achetant qu'à crédit. elle n'en a pas moins apporté à son maître les objets qu'elle était chargée de lui procurer; que, dans ces circonstances, elle n'a pas commis ni vol, ni abus de confiance envers son maître; mais qu'elle a seulement trompé la crédulité des différents marchands et fournisseurs qui ont eu la facilité de lui faire crédit; ...que, d'après ces observations, le delit imputé à Catherine Spanger rentre dans la classe de ceux prévus par l'article 405 du Code pénal, en ce que ladite prévenue a employé, vis-à-vis des marchands et fournisseurs auxquels seuls elle a fait tort, des manœuvres frauduleuses pour leur persuader l'existence d'un pouvoir qui lui aurait été donné par son maître d'acheter leurs marchandises à crédit; ...si le domestique, au lieu d'acheter les marchandises au comptant, au lieu de les payer avec l'argent que le maître lui a donné pour les payer, les achete à crédit et garde l'argent du maître, le maître n'est pas lié par l'engagement que le domestique a contracté envers le fournisseur...*"

80. *Estelionato e extorsão.* O estelionato e a extorsão têm um ponto de contato ou semelhança: em ambos os casos, a entrega da coisa ao agente é feita pela própria vítima; mas, enquanto no estelionato o consentimento da vítima é viciado pelo erro, na extorsão o é pela coação. Num caso, a vítima cede livremente, mas *iludida*; noutro, cede *violentada* ou *intimidada*. Já o velho CARRARA, distinguindo entre extorsão e estelionato, acentuava que “*vi è differenza fra chi dà per inganno e chi dà per timore: questo mentre dà vorrebbe non dare, e dà soltanto, a dispetto di ciò che vorrebbe, per evitare il male; chi al contrario dà per inganno ha ferma volontà di dare, e alacremenente insiste in tale sua volontà illuso da fallaci apparenze*”. Pode acontecer, entretanto, que no processo da extorsão intervenha igualmente, e de modo decisivo, um *engano*, como, por exemplo, quando a ameaça é feita com uma arma de fogo que a vítima ignora estar descarregada ou quando o agente *finge* de agente policial, para que a vítima ceda *metus auctoritatis causa*; mas, ainda assim, não muda o *nomen juris*, porque a vontade da vítima é sempre *coacta*: o engano é apenas um meio para o êxito da ameaça ou intimidação. Tome-se o seguinte caso, extraído dos anais judiciais: dois indivíduos, surpreendendo um terceiro em vergonhosa situação passiva, inculcam-se agentes de polícia e o compelem, sob ameaça de o levarem preso à delegacia distrital, a entregar-lhes o dinheiro ou valores que traz consigo. O crime a reconhecer é o de extorsão.

81. *O estelionato e o jogo.* O jogo de azar é *res illicita*, quer em face do direito penal, quer perante o direito civil. Este vai ao extremo de negar ao próprio jogo *não expressamente permitido* o efeito de criar direitos, isto é, não reconhece, ainda em tal caso, um *ato jurídico*. Entretanto, se intervém fraude no jogo, mesmo que este seja *proibido*, já não tem lugar a *soluti retentio*: o perdente pode recobrar o que pagou. Dispõe o Cód. Civil, no seu art. 1.477: “As dívidas de jogo não obrigam a pagamento; mas não se pode

“recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, *salvo se foi ganha por dolo...*”. Assim, o direito à *res* entregue *solutionis causa* persiste, íntegro, na vítima da fraude, de modo que, aqui, ao contrário do que acontece nos outros *negócios ilícitos*, já não se apresenta como um ilogismo a repressão penal quando ocorre a *par turpitude*. Encontra-se mesmo na espécie um argumento, *a contrario sensu*, em favor da tese da impunibilidade da fraude nos casos de *torpeza bilateral*, quando não se dá a *repetibilidade* por parte do lesado (n.º 72).

82. *Estelionato e crime falimentar*. Quando do Anteprojeto da atual Lei de Falências (dec.-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945), continha êle o seguinte dispositivo: “Se o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais dos crimes definidos ou previstos nesta lei, os subseqüentes serão havidos como continuação do primeiro, para o efeito de se observar, na imposição da pena, a regra do art. 51, § 2.º, do Cód. Penal”. Impugnamos-lo por seu desacerto: “Em primeiro lugar, o artigo dispensa, na configuração do crime continuado, quer a homogeneidade objetiva dos fatos, quer a unidade de resolução ou de designio: basta a *sucessão* dos fatos. É teoria inteiramente nova, mas que não faz muita honra à douta Comissão. Em segundo lugar, não há falar-se, na espécie, em *crime continuado*. É hoje pacífica a razoável doutrina que, como acentua RAMELLA, reconhece, em matéria de bancarrota, a unidade de crime, não obstante a multiplicidade de fatos que a caracterizem. O fato criminoso, que, em última análise, se pune é a violação do direito dos credores pela superveniente insolvência do comerciante. Todos os atos, portanto, contra tal direito, devem ser considerados como um todo único. Por êsse evento lesivo, isto é, o prejuízo, efetivo ou potencial, dos credores, é punido o devedor, e tão-somente por causa dêle; assim, é lógico atingir com a pena somente aquilo que êsse evento representa. Não cada um dos atos que contribuíram para êle, mas a totalidade dêles, como

uma unidade inscindível. Não há razão alguma para o cúmulo material ou jurídico de penas. Por diversos ou vários que sejam os atos praticados pelo devedor, conexos com a sua falência, não são eles de efetiva relevância senão coligados com a cessação de pagamento. Em razão deste fato único, têm de ser apreciados como *unidade jurídica*. Se concorrem fatos culposos e fatos dolosos, prevalece a regra de que *major absorbet minorem*, e o que se apresenta é um único crime doloso. Os atos mencionados pelo Anteprojeto, na sua grande maioria, não são puníveis por si mesmos, mas em razão do resultado comum, que é o estado de falência, cuja declaração judicial é, no caso, condição de punibilidade. O evento lesivo é um só, uma só é a violação do interesse penal protegido". A ilustre Comissão emendou a mão, e o projeto definitivo, transformado em lei, dispôs no seu art. 192: "Se o ato previsto nesta lei constituir crime por si mesmo, independentemente da declaração de falência, aplica-se a regra do art. 51, § 1.º, do Cód. Penal". Este dispositivo, sim, está a coberto de censura. Se para a existência do crime de bancarrota não é *necessária* a prática de fato que constitua crime em si mesmo, toda vez que isto ocorra (ex.: apropriação indébita, estelionato, *falsum*, etc.) há um *quid pluris*, e, sobrevindo a declaração de falência, apresentam-se dois crimes, resultantes da mesma ação: o crime contra o crédito nas relações comerciais e o crime pedissequo, cuja punibilidade não estava condicionada à declaração de falência. Preceitua, por exemplo, o art. 187 da lei falimentar: "Será punido, com reclusão por um a quatro anos, o devedor que, com o fim de criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem, praticar, antes ou depois da falência, algum ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores". Ora, esse *ato fraudulento* pode, ou não, constituir estelionato. Logo, se configura tal crime, a regra a aplicar-se é a do art. 51, § 1.º, do Cód. Penal, e não a que disciplina o crime complexo ou o crime naturalmente uno. Suponha-se o seguinte caso: um comerciante já insolvente, para obter um em-

préstimo que não pode, nem pretende pagar, leva um capitalista ao seu estabelecimento, exibindo-lhe um apreciável *stock* de mercadorias, para aparentar solvabilidade, mas ocultando que foram compradas a crédito e ainda não se acham pagas, ou que vão ser entregues, na sua maior parte, a um credor pignoratício. Obtido o empréstimo com semelhante astúcia, e sobrevivendo a declaração de falência, responderá o falido por bancarrota e estelionato, em concurso formal.

83. *Estelionato e usurpação de energia elétrica.* É no capítulo sobre o furto, como já vimos, que o Código equipara à coisa móvel a energia elétrica; mas não se segue daí que, seja qual fôr o *modus* de usurpação de tal energia, o crime a reconhecer há de ser sempre o furto. Cumpre distinguir: se o agente faz derivar em seu proveito (ou de terceiro), mediante qualquer processo, a energia elétrica que passa pelos fios condutores dispostos pela respectiva empresa na via pública ou alhures, comete furto (pois há, tipicamente, uma *subtração*); se o agente, porém, é cliente da empresa e, para ter gratuitamente a energia, faz ardilosa alteração no “relógio de medição”, de modo a não ser assinalada a sua passagem, o crime é o de estelionato. Tal solução é idêntica à que CARRARA e IMPALLOMENI formulavam no caso de usurpação de gás de iluminação. Dizia CARRARA que reconhecível é o furto no caso de quem “*in danno della società intraprenditrice abbia applicato al conduttore del gaz un strumento di deviazione per volgere ad uso proprio quel fluido prima ch'esso pervenga al contatore*”, mas que o crime será o de estelionato na hipótese de alteração do contador, pois que, então, o agente emprega um “artifício malicioso” e “*il fluido se piglia quando già è entrato nel possesso del concessionario e non se piglia contro la volontà del proprietario, mentre la società desidera che ne prenda indefinitamente quella maggiore quantità che abbisogna, limitatamente soltanto alla capacità del tubo da lei costruito*”. No mesmo sentido, argumentava IMPALLOMENI que não há furto na última hipótese, “porque não há sub-

“tração de gás: nada foi praticado pelo consumidor para “que uma quantidade de gás passasse, *invito domino*, da “posse do produtor para a sua própria”, consistindo o fato lesivo “unicamente em que o consumidor, com alteração no “aparelho do contador, fraudasse a sociedade produtora no “preço a pagar”. E concluiu o mesmo autor: “O consumo “de gás que se faz depois de alterado o processo do conta- “dor é gás entregue em boa-fé, pelo engano em que labo- “rou o produtor, dado o expediente fraudulento do consu- “midor, de que o contador estivesse funcionando regular- “mente. O uso do gás, assim fraudulentamente obtido, cons- “titui o crime de estelionato”. TOLOMEI, embora aceitando a mesma solução, assim disserta: “O consumidor não defrau- “da, na hipótese, o gás... mas o preço dêste. Há estelionato “porque o agente obtém um lucro ilícito como o induzir em “erro o fornecedor, que, enganado pelas marcações do conta- “dor por aquêle alterado, recebe menos do que lhe era devido. “A medição ocorre precisamente no momento em que o “fluido passa da posse do fornecedor para a do consumi- “dor: a alteração fraudulenta é executada sobre o apare- “lho de medição, não para o fim e com o efeito de deixar “passar uma quantidade de fluido que não deveria passar, “mas para o fim e com o efeito de impedir a relativa mar- “cação. Assim, o que o consumidor consegue, mediante “fraude, não é a apropriação dessa parte de fluido, mas o “correspondente preço”. Não se percebe em que possa mo- “dificar o aspecto penal do caso o considerar-se como objeto material da fraude, não o gás que passa sem ser assinala- do, mas o respectivo preço de consumo (*cai a pedra quando o homem passa, ou passa o homem quando a pedra cai?*). Como quer que seja, porém, é fora de dúvida que, com a ardilosa alteração do contador, o que se apresenta é este- lionato. E não há razão alguma para deixar de se aplicar a mesma solução quando, ao invés de gás, se trate de energia elétrica.”¹¹

¹¹ A fraude empregada para o funcionamento de *aparelhos automáticos* destinados à prestação de coisas ou serviços, mediante

84. *Estelionato, curandeirismo, magia e exercício ilegal de profissão.* O Código, no seu art. 284, incrimina o *curandeirismo*, gratuito ou remunerado. Neste último caso, se o agente está sinceramente convencido do seu poder de curar, não sai da órbita do citado artigo; mas, se está conscientemente usando fraude com abuso da credulidade alheia para o exclusivo fim de locupletação, que vem a alcançar, incorrerá nas penas do crime *contra a saúde pública* e do estelionato (*lesivo do patrimônio*), em concurso material.

Quando a fraude patrimonial é exercida mediante “sortilégios, predição do futuro, explicação de sonho, ou práticas congêneres”, limitando-se o agente a cobrar o preço usual, só há a reconhecer a *contravenção referente ao patrimônio*, previsto no art. 27 da Lei das Contravenções Penais. Devemos esclarecer que foi contra o nosso parecer que se incluiu entre as infrações penais o uso profissional das *mancias* (quiromancia, cartomancia, oniromancia, etc.), cujos agentes, na quase totalidade dos casos, se limitam a dizer coisas *agradáveis* aos seus clientes. A propósito, já dissemos alhures: “Quando o agente da fraude se limita, em troca de módicos proventos, a incutir ilusões benfazejas ou a renovar esperanças alentadoras, o que se apresenta, ao invés de um crime, é uma ação meritória. A ilusão, que nos reabastece de coragem, é utilidade moral. A esperança, que dá ao homem, como diz o poeta, “o dom de suportar o mundo”, é uma ne-

a introdução de moedas, constitui, irrecusavelmente, estelionato. Antes da famosa novela de 28 de junho de 1935, que permitiu, na Alemanha de HITLER, a analogia penal, o Supremo Tribunal germânico negava-se a reconhecê-lo, argumentando que se não podia admitir *engano* (o *engano* de que fala a lei penal ao definir o estelionato) contra objetos inanimados. Atualmente, restabelecido, na legislação alemã, o *nullum crimen sine lege*, de novo se insiste na necessidade de um dispositivo expreso para o reconhecimento, na espécie, do *crimen stellionatus* (MAURACH, ob. cit., pág. 259). Entendemos que há nisso um escrúpulo excessivo. Se não se pode falar, propriamente, que o aparelho automático é iludido, não há negar que, com o artifício fraudulento para fazê-lo funcionar sem o lançamento da moeda autêntica, há *engano* contra quem o expõe ao público, resultando uma vantagem ilícita para o agente, em detrimento daquele.

cessidade da vida terrena. Nada de mais, portanto, que uma e outra tenham o seu preço, ainda quando provocadas pela fraude”.

O *exercício ilegal de profissão* (arts. 282 do Cód. Penal e 47 da Lei das Contravenções Penais) pode ser *meio* de estelionato, como quando o agente *inculca habilitação legal* e capta o dinheiro de outrem, por serviços que sabe improficuos ou inaproveitáveis.¹²

85. *Elemento subjetivo.* O estelionato, conceitualmente, só é punível a título de dolo. Seu elemento específico —

¹² No caso em que o serviço é prestado com as regras técnicas ou resulta proveitoso para quem os paga, somente haverá “exercício ilegal de profissão”. É o que ficou acentuado em acórdão do Supremo Tribunal Federal, de que fui relator. Tratava-se do caso de pseudo-engenheiro que se fizera pagar por serviços de pesquisa de minério, tendo apresentado, com os mapas e plantas, “relatório” assinado por ele próprio, mas que veio a obter, depois, a assinatura de um engenheiro autêntico. O fato fôra denunciado como concurso material de *falsidade ideológica* e contravenção de “exercício ilegal de profissão”, resultando a condenação somente por aquela, por ter sido julgada extinta, por prescrição, a punibilidade da contravenção. O Supremo Tribunal concedeu o *habeas corpus* impetrado a favor do réu, aceitando as seguintes considerações por mim feitas: “Não há falar-se, no caso, em falsidade ideológica, mas tão-somente em exercício ilegal de profissão, previsto no art. 47 da Lei das Contravenções Penais. O crime de falsidade ideológica pressupõe, necessariamente, por parte do agente, a *faculdade ou competência legal* de formar o documento público ou particular. É dessa faculdade ou competência legal que resulta a “coação jurídica” de que se revestirá o documento. Se no texto deste, formado por quem tinha competência ou faculdade legal para tanto, é feita uma declaração falsa, de molde a prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, ocorrerá, sem dúvida, o *falsum* ideológico. Ora, no caso concreto, o agente não tinha competência ou faculdade legal para assinar plantas, desenhos ou esboços, em torno de pesquisa de minérios, pela singela razão de que não é engenheiro de minas. Se ele nem sequer podia assiná-los, não se pode, evidentemente, identificar como falsidade ideológica a sua mentirosa declaração, feita num desses documentos, de que era engenheiro. O que se poderia reconhecer no caso seria o estelionato, se, afinal, o relatório da pesquisa não tivesse sido apresentado sob a responsabilidade de engenheiro autêntico, o que legalizou tudo quanto foi feito, na confor-

a fraude — exclui, necessariamente, outra forma de culpabilidade. Não existe o crime sem a vontade conscientemente dirigida à *astucia mala* que provoca ou mantém o erro alheio e à correlativa locupletação ilícita em detrimento de outrem. Não é concebível estelionato por *imprudência* ou *negligência*. Estelionato e culpa *stricto sensu* são conceitos que *hurlent de se trouver ensemble*. Deve reconhecer-se, entretanto, que é perfeitamente possível a hipótese de uma lesão patrimonial mediante *imprudente* induzimento em erro ou *negligente* manutenção em erro. Tome-se, por exemplo, o caso do indivíduo que, deixando-se empolgar pela ilusão de êxito de uma empresa, não obstante a previsível inviabilidade desta, atrai inconsideradamente ao seu erro, granjeando dessarte o dinheiro alheio, que afinal subverte na sua aventura. No seu livro *L'Argent*, EMÍLIO ZOLA descreve, com palpitante realismo, um desses especuladores temerários: é o financista Saccard, do Banco Universal, cegamente confiante no sucesso, impondo-se pelo seu poder de sugestão e arrastando à sua ilusão e à sua ruína centenas de pessoas. O caso não é infrequente na vida real, nem des-

midade do art. 16, IX, do Cód. de Minas, tendo sido afastado qualquer dano ou possibilidade de dano contra a proprietária da jazida ou concessionária da pesquisa. Ainda mesmo, porém, que se pudesse reconhecer, no caso, o estelionato, admitida a hipótese de que o relatório não seja aceito por vir a se provar que elaborado por engenheiro que realmente não procedeu à pesquisa, o certo é que é irreconhecível a falsidade ideológica. Na atualidade, em face dos próprios termos da sentença condenatória, a única infração reconhecível, repito, é o exercício ilegal de profissão. Não desconvenço disso o caso figurado pela sentença condenatória: o falso médico que escreve e assina uma receita não pratica falsidade ideológica, mas tão-somente o crime de exercício ilegal da Medicina ou, talvez, também estelionato, e isto pela razão que já acentuei: a falsidade ideológica pressupõe no agente competência ou faculdade legal de formar e subscrever o documento, e um falso médico não tem competência ou faculdade legal de escrever e assinar receitas médicas. Isto pôsto, e tendo-se em vista que, conforme reconhece a própria sentença condenatória, já se acha extinta a punibilidade, pela prescrição, da contravenção do exercício ilegal de profissão, ilegal é a coação de que se acha ameaçado o recorrente”.

provido de *periculosidade*. São ainda hoje lembrados, para empanarem a glória de John Law e De Lesseps, os retumbantes *cracks* da Companhia das Índias e da Sociedade do Panamá. Atualmente, entre nós, com o advento do dec.-lei n.º 869, de 18 de fevereiro de 1938 (de cujo anteprojeto fomos incumbidos), reproduzido pela lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, passou a ser *crime contra a economia popular a gestão temerária* (de que resulte falência ou insolvência, ou descumprimento de cláusulas contratuais em prejuízo dos interessados), em se tratando de “bancos ou “estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de “venda de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou “preferência por meio de pontos ou cotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e “aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas e sociedades de economia coletiva”. Foi, assim, suprida uma sensível lacuna de nossa legislação penal. O *afarista* visionário e afoito já não pode invocar, para sua impunidade, a indulgência que outrora lhe era assegurada, segundo o clássico ensinamento de CHAVEAU ET HÉLIE: “*Si l'agent est de bonne foi, les manœuvres lors même qu'elles auraient causé quelque prejudice en rendant un tiers dupe d'une fausse entreprise, de quelque folle illusion, ne seraient plus un élément du délit. Ce que la loi a voulu atteindre, ce n'est ni les projets téméraires et hasardeux, ni les entreprises insensées. Si l'agent a cru au succès, s'il a été lui même dupe de sa folie, s'il s'est trompé de bonne foi, il cesse d'être responsable aux yeux de la loi pénale des efforts qu'il a faits pour entraîner des tiers dans son erreur*”. Não incorrerá, é certo, nas penas do estelionato, mas incidirá na sanção (aliás, mais grave) da lei protetora da economia popular.

Sem a consciência de *ilicitude* da locupletação, não há estelionato. Figure-se o seguinte caso: um indivíduo, supondo-se falsamente credor de outro, consegue, mediante artifi-

cios ou qualquer outro meio fraudulento, induzi-lo em erro e captar-lhe o dinheiro a que se julga com direito. Haverá, aqui, “exercício arbitrário das próprias razões”, mas não estelionato. Outro caso: alguém paga por erro o *indebitum*, e o *accipiens*, pseudocredor, não recusa o pagamento, mantendo o erro, porque faltou ao cuidado de rever a conta do pagante. Exclusiva consequência jurídica será, aqui, a restituição do indevido.

86. *Consumação e tentativa.* O estelionato é crime tipicamente *material*: sua consumação depende da efetiva obtenção da vantagem ilícita, correspondente à lesão patrimonial de outrem. Sem o binômio *proveito ilícito-prejuízo alheio*, o que pode apresentar-se é a *tentativa* de estelionato. Nem sempre, porém, se julgou identificável e punível, na espécie, a simples tentativa. O direito romano, ao que se depreende de dois ou três fragmentos do Digesto, somente punia o estelionato consumado, isto é, subordinava a *persecutio stellionatus* à efetividade de um dano patrimonial. Na França, as leis de 22 de julho de 1891 e 25 de fevereiro do ano VIII não reprimiam a tentativa de *escroquerie*. E BARRÈS assim justificava tal critério de solução: “*L’escroquerie est un délit dont le caractère est en quelque sorte dans le vague, qui se compose souvent de faits indéterminés, et dont la moralité ne s’apprécie jamais sans difficulté. C’est un délit de ruse et de fourberie: il est subtil, il échappe à l’œil, et le plus souvent ce n’est que par la consommation qu’il peut être déterminé*”. O Código de NAPOLEÃO (1910), entretanto, previu expressamente, no seu art. 405, reproduzido nessa parte por leis de 13 de maio de 1863 e 16 de julho de 1935, o caso de quem haja “*tenté d’escroquer la totalité ou partie de la fortune d’autrui*”, equiparando-o ao caso de *escroquerie* consumada. Também na doutrina, o tema tem sido objeto de controvérsia. ROSSI foi ao extremo de afirmar que “*appeller les hommes à statuer sur de simples tentatives d’escroquerie, ce serait faire de la justice humaine un jeu, une arène de métaphysique*”. De seu lado, FIRMEZ negava a oportunidade da punição: “*Pour punir la tentative (de estelionato), il faudrait atteindre les simples*

manceuvres, alors qu'elles n'ont produit aucun résultat et que peut-être elles non produiront jamais. Les avantages de la repression de pareils cas ne balancent pas ces dangers; les manceuvres frauduleuses qui echouent, ne causent un préjudice actuel, ni trouble à la securité publique; il n'en reste qu'un enseignement pour l'avenir, qui apprend à demasquer des ruses et à user de prudence". Outros autores, entretanto, sustentam que ocorre a tentativa punível com o só e simples fato do emprêgo do meio iludente.

Há que temperar no radicalismo dêsses conceitos antagônicos. Abstraídas discussões bizantinas, pode dizer-se que em duas hipóteses é rigorosamente identificável a tentativa punível: a) quando o agente chega a receber a coisa, ou o título que o investe no direito a essa *traditio*, mas não consegue, por circunstâncias alheias à sua vontade (por exemplo: a oportuna denúncia de terceira pessoa), retirar a *res* da esfera de atividade patrimonial do enganado, ou efetuar de qualquer forma o direito contido no título captado; b) quando, iminente o perigo da lesão patrimonial, em virtude da *idoneidade in concreto* do meio iludente empregado, não é obtida a tradição da coisa, porque o enganado, avisado por outrem ou em razão de um incidente qualquer estranho à vontade do agente, pôde precaver-se a tempo.

Sem o reconhecimento da *idoneidade*, sob o *ponto de vista relativo*, do empregado meio iludente, não pode ser identificada a tentativa merecedora de punição. Dispõe o art. 14 do Código: "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime". Assim, na espécie, se o meio empregado é de tal modo grosseiro que, por maior desatenção ou ingenuidade, não poderia enganar a ninguém, e se por isso mesmo a pessoa visada não se deixou enganar, o que se apresenta é uma tentativa *inadequada* ou crime *impossível* (penalmente irrelevante), dada a inidoneidade absoluta do meio. Já no caso de inidoneidade relativa, isto é, quando o meio iludente, apesar de inidôneo segundo *id quod plerumque accidit*, podia ter enganado, como enganou, a pessoa contra

quem foi dirigido, dada a sua *rusticitas*, habitual ou ocasional distração ou escassez intelectual (não atingindo a debilidade mental, pois, neste caso, o crime será o de *abuso de incapazes*), e não tendo sobrevivendo a locupletação ilícita por circunstância alheia à vontade do agente, não padece dúvida que ocorre a tentativa punível. Não se deve ter em conta o tipo do *bonus pater familias* ou o tipo de perspicácia comum, nem tampouco, como quer MANZINI, a "*levatura psichica della media delle persone appartenenti alla categoria sociale del soggetto passivo*", mas, sim, o indivíduo *in concreto*, na sua personalidade *foncière*.

Não é pacífica a solução do caso em que o agente, ao invés de dinheiro de contado ou coisa de valor intrínseco e imediato, capta um título de crédito (comumente uma nota promissória ou um cheque), mas não consegue, por intercorrente descoberta do engano, descontá-lo, metê-lo em circulação, caucioná-lo ou obter o seu resgate. Segundo a opinião prevalente, haveria aí estelionato *consumado*, pois a obrigação assumida pela vítima, com a emissão do título, já representa um proveito adquirido pelo escroque. Inclina-mo-nos, entretanto, pelo reconhecimento da simples *tentativa*: enquanto o título não é convertido em valor substancial, não há *efetivo* proveito do agente. Perante o nosso Código, esta solução parece-nos inopugnável. Segundo o art. 171, para que o estelionato se consume, é necessário que à *efetiva* lesão patrimonial da vítima corresponda *efetivo* proveito do agente. Antes do uso do título de crédito ardilosamente obtido, o dano patrimonial do enganado e proveito do agente são meramente *potenciais*. O burlão apenas alcançou a *possibilidade* do proveito ou um proveito *condicionado* ao posterior desconto ou resgate do título. Proporcionar-se um proveito não é o mesmo que lograr o meio de obter um proveito. Antes de transformado, de símbolo de valor em valor concreto ou positivo, o título é, nas mãos do agente, um proveito a realizar, não um proveito realizado. Até então, o emitente não sofreu efetivamente desfalque patrimonial. Dano *in fieri* não é dano, mas *perigo* de dano. Entre a obtenção do título e a sua

conversão em dinheiro ou coisa de valor intrínseco, o agente está na fase executiva do crime, mas ainda não o consumou. O clímax do estelionato só se apresenta quando coincidem, incondicionados e *acabados*, o proveito do sujeito ativo e o prejuízo do sujeito passivo. Sem tal coincidência, está-se ainda no *iter criminis* ou na etapa de mera tentativa. Esta é que deve ser reconhecida ainda no caso em que o agente venha a perder o título, que, achado por terceiro, seja por este descontado em proveito próprio. Responderá o achador infiel por apropriação indébita, na modalidade prevista pelo artigo 169, II, mas o embusteiro somente incorrerá na sanção do art. 171, combinado com o art. 12, II e parágrafo único.

87. “*Stellionatus privilegiatus*”. O *privilegium* concedido ao furto e à apropriação indébita, quando *primário* o agente e de *pequeno valor* a lesão patrimonial, é também outorgado ao estelionato, no mesmo caso (art. 171, § 1.º): pode o juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a de multa.

O antigo Código (art. 339) já reduzia sensivelmente a pena privativa de liberdade “quando o valor do objeto sobre que recaia o estelionato não exceder de cem mil réis”.

Sobre o que se deva entender por *pequeno valor*, veja-se n.º 9.

88. *Modalidades especiais de estelionato*. No § 2.º, e seus incisos, do art. 171, deparam-se modalidades de estelionato que, não obstante o mesmo tratamento penal, o Código achou de bom aviso destacar, com especiais *nomina juris*, não apenas por amor à tradição de nosso direito, senão também porque: a) às vezes, ocorrem por meio de *simples mentira* e, dada a velha controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a idoneidade do *nudum mendacium* (com ausência de *mise en scène* ou aparato material), poderiam dar margem a dúvida, não obstante a gravidade que apresentam; b) outras vezes, ou dispensam a *efetividade* da locupletação ilícita, ou esta não resulta de um engano direto ou face a face com

o lesado, mas de uma fraude *à distância*, sem ensejo algum para que ele se precate.

Obedecem elas às seguintes rubricas: “disposição de coisa alheia como própria”, “alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria”, “defraudação de penhor”, “fraude na entrega de coisa”, “fraude para o recebimento de indenização ou valor de seguro” e “fraude no pagamento por meio de cheque”. Passemos a analisá-las, devendo ficar esclarecido, preliminarmente, que, pelo próprio enunciado do parágrafo em questão, se verifica que este não exclui a aplicação do parágrafo que o antecede, relativo ao *privilegium* no caso de *primariedade* do agente e *pequeno valor* do prejuízo.

89. *Disposição de coisa alheia como própria.* E’ a modalidade prevista no inc. 1.º do mencionado parágrafo, consistindo no fato de quem “vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria”. Para arredar equívocos ou dúvidas a que tem dado lugar este dispositivo, cumpre fixar os seguintes critérios para sua interpretação:

I. Os atos jurídicos a que se refere o texto legal — *venda, permuta, dação em pagamento, locação ou oneração em garantia* — tanto se referem a móveis quanto a imóveis. Quando destes últimos se trate, não é necessária, no sentido da existência do crime, a *transcrição*, para o efeito de transferência do domínio ou direito real (arts. 530, I, e 676 do Cód. Civil): basta que o ato atinja a fase em que seja proporcionado ao agente o efetivo recebimento da *contraprestação* (preço, coisa dada em troca, título de quitação, dinheiro de empréstimo, etc.). Se para o ato é legalmente exigida a *escritura*, que vem a ser lavrada e assinada, haverá concurso material de crimes: o de que se trata e o de falsidade ideológica (art. 299). Se entre os meios fraudulentos para burlar as cautelas do regime legal imobiliário o agente usa de *falsum* material (ex.: forjadura do título com que previamente conseguiu transcrever o imóvel em seu nome, ou de

instrumento de mandato do *dominus*, ou de *certidões negativas*), o concurso se dará com este último crime, que se considerará *continuado* pelo de falsidade ideológica contida na escritura. Tratando-se de *móveis* (no caso de alienação ou penhor) não é necessária a transcrição no Registro de Títulos e Documentos ou a *traditio rei*, desde que já obtido o preço.

II. E' claro que o dispositivo em questão abrange o caso em que o próprio *dominus* sucessivamente vende (ou dá em troca ou pagamento) o mesmo imóvel a mais de uma pessoa, intercedendo a transcrição da primeira escritura; mas nada tem a ver com a hipótese inversa, isto é, em que, negligente o primeiro comprador, o segundo logra adiantar-se na transcrição: neste último caso, pôsto que, não transcrita a primeira escritura, o agente permaneceu no domínio do imóvel, não se podendo falar em alienação de coisa *alheia*; e nenhum crime, aliás, será reconhecível, apenas restando ao lesado (que o foi, decisivamente, por sua própria incúria) o direito à restituição do preço, com perdas e danos.

III. No caso de simples *locação* (a que se equipara a *enfiteuse temporária*) de coisa *alheia*, o crime se consuma com o recebimento de aluguel, ainda que antecipadamente à efetiva posse direta do sujeito passivo.

IV. Tratando-se de *móveis*, não é imprescindível a *traditio rei* (ainda quando exigida para que se considere transferido o domínio ou direito real): basta o *in idem placitum consensus* e o recebimento do preço ou proveito por parte do agente. Ainda quando se trate de *automóvel*, e se apresente o caso de alienação ou oneração sucessiva a pessoas diversas, pouco importa que a primeira escritura não tenha sido levada à inscrição no Registro de Títulos e Documentos (decreto n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 136, 7.º).

V. Se o agente se achava na legítima posse direta ou detenção da *res aliena* (locação, depósito, comodato, venda com reserva de domínio, etc., etc.), e se o outro contratante,

feita a tradição dela, não está obrigado a restituí-la sem ser indenizado do preço pago, ou se já não pode restituí-la, por tê-la consumido ou revendido a terceiros, o crime a reconhecer já não é o de que se trata, mas o de *apropriação indébita*, de que é sujeito passivo o *dominus* (único lesado).

VI. A *oneração em garantia* somente diz com a constituição de *direitos reais de garantia*: penhor, anticrese e hipoteca. Tratando-se dos demais direitos reais, o fato incidirá na fórmula básica do estelionato (art. 171, *caput*).

VII. O dolo, aqui, é a consciência de ser alheia a coisa vendida, permutada, etc., e da ilicitude do ato de disposição e conseqüente proveito em prejuízo de outrem. Se o agente supõe razoavelmente que pode dispor da coisa ou que esta é sua, como quando a possuía como tal, com justo título e boa-fé, inexistente o crime. Se está, porém, de má-fé, nem mesmo a ulterior aquisição da *res* ao *dominus*, ou a ratificação deste ao ato de disposição, excluirá o crime.

90. *Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria.* É a modalidade prevista no inc. II do § 2.º do art. 171, configurando-se no fato de quem “vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento a prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias”. Já o direito romano identificava o estelionato “*si quis forte rem alii obligatam, dissimulata obligatione, per calliditatem alii distraxerat vel permutaverit vel in solidum dederit*”. A coisa de que dispõe o agente é de sua propriedade, mas é *inalienável*, ou está *gravada com ônus* ou é objeto de *litígio*, ou já está *prometida vender a terceiro, mediante pagamento a prestações*; e o agente maliciosamente oculta tais circunstâncias àquele com quem contrata a venda, permuta ou *datio in solutum*.

O texto legal refere-se, em primeiro lugar, à *inalienabilidade*. Pode esta ser *legal*, *convencional*, ou *testamentária*. *Legal* é a que ocorre em relação aos *imóveis dotais*, quando

não haja cláusula expressa de alheação ao marido (arts. 292 e 293 do Cód. Civil); *convencional*, a que é imposta em *doação*; *testamentária*, finalmente, a de que cogita o artigo 1.676 do Cód. Civil. Em seguida, fala o inciso em “ônus”, que é a anterior existência ou constituição de algum direito real sobre a coisa (art. 674 do Cód. Civil), devendo notar-se que a êste é equiparada a promessa de compra e venda *sem cláusula de arrependimento*, desde que transcrita no Registro Imobiliário (art. 22 do dec.-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, com a redação dada pela lei n.º 649, de 11 de março de 1949).

Menciona o inciso, igualmente, a *litigiosidade* da coisa, isto é, a circunstância de que esta é objeto atual de *lide judicial*. A venda de coisa litigiosa não é proibida pelo direito vigente: o que constitui ilicitude é a não-comunicação do litígio ao comprador.

Finalmente, refere-se o dispositivo legal à preexistente *promessa de venda*, quando imóvel a coisa e a promessa tenha sido avençada mediante pagamento a prestações. Já aqui, nada importa que a *promissio* não tenha sido transcrita no Registro Imobiliário; mas, note-se: se foi transcrita, constituindo, assim, direito real, será sujeito passivo do crime em questão quem recebe o imóvel *alienationis causa* ou em garantia; caso contrário, sujeito passivo será o promissário-comprador. O dispositivo, neste particular, atende à política social de proteção aos *economicamente fracos*, como são, em geral, os que procuram adquirir imóveis mediante pagamento a prestações e não alcançam, sequer, a compra e venda com *pacto comissório*, tendo de contentar-se com a *promissio*. A propósito, já assim discorreremos: “A compra e venda de imóveis a prestações ou a prazo constitui, na atualidade, um dos contratos de maior frequência no seio das populações urbanas. Notadamente o sistema de fragmentação de preços, cujo pagamento total, de uma só vez, exorbitaria das bolsas mal supridas, tornou acessível a propriedade imóvel ao homem das classes menos favorecidas da fortuna. Pode dizer-se que, para desmentido da *lei de bronze* de KARL MARX, segundo a qual,

dentro da organização social vigente, o proletário está fatalizado a ganhar apenas o estritamente necessário para não morrer de fome, tem sido possível até mesmo ao trabalhador humilde morar em casa própria, dado o ensejo decorrente dos pagamentos parcelados. Por outro lado, a venda a prestações da propriedade imobiliária tem sido um notável fator de progresso urbano. Grandes áreas de terreno, nas cercanias das capitais ou cidades populosas, são divididas em lotes, cuja aquisição é facilitada pelo pagamento a retalho. Acorrem, como principal clientela, os que sabem exprimir sobras no orçamento angustioso, e, dentro de algum tempo, é um bairro novo que surge, com as suas edificações de todo gênero, desde o petulante *bangalô* até o chalèzinho de fachada simples como rosto de criança... Que soma de sacrifícios representa aquêlo núcleo de habitações! Quantas privações, quantas renúncias, quanta poupança, em detrimento, muitas vezes, da própria saúde! Que de apreensões, que de sobresaltos, que de dramas íntimos, ao aproximar-se o vencimento de cada prestação, que, não raro, coincidia com a premente necessidade de um gasto extraordinário, com o atraso de uma minguada fonte de receita, com o imprevisto de uma dispensa de emprêgo! Mas, em compensação, era depois a indizível alegria de um sonho realizado: ser dono de um pedaço de terra, possuir um teto seu para morar! E' preciso ter vivido no meio dessa gente do rés do chão social, para conhecer-lhe a pertinácia heróica de formigas humanas. Nós a vemos, diariamente, apinhando os bondes, abarrotando os trens suburbanos, afrontando de cara alegre todos os desconfortos, bracejando rudemente com a vida e com o mundo, mas sem queixumes e sem desânimos. E' a infantaria da sociedade, é a legião das classes pobres. Cada indivíduo dessa vasta multidão é uma pequena tragédia de aperturas cotidianas, e ainda há entre eles os que operam o milagre de um sacrifício maior entre os sacrifícios da rotina diária. Dão-se ao requinte de *hors d'œuvre* de penúria na mesa da necessidade, para poderem economizar o dinheiro da prestação mensal, que lhes vai, com as outras, proporcionar a nesga de terreno

onde instalarão, por fim, mediante financiamento também resgatável a prestação, seu lar modesto, mas estável e seguro. Acontece, porém, que a maldade humana não tem fronteiras. É uma desgraçada verdade o apotegma de HOBBS, de que o homem é lobo para o homem. *Homo homini lupus*. Há por este mundo de Deus gente de tanta impiedade e de tão feroz egoísmo que não vacila em fazer-se carregar empoleirada na cruz penosamente transportada pelos pobres. Catervas de embusteiros, vazios de consciência, bacorejaram fácil enriquecimento ilícito à custa da boa-fé e ingenuidade dos humildes prestamistas de terrenos. Formaram-se empresas para o lôgro dos incautos. Fundaram-se sociedades anônimas ou limitadas, para a fraude sistematizada em torno à venda de lotes a prestações. Gizavam-se plantas de terrenos inexistentes ou de propriedade de terceiros, formulavam-se cláusulas leoninas e onzenárias, multiplicavam-se os ardis e procrastinações, sutilizavam-se os ludíbrios e enfiços. Montavam-se, para engodo das vítimas, escritórios aparatosos, que se fechavam, entretanto, da noite para o dia, desde que se tornasse inviável a persistência do bluff, a continuidade do conto do vigário. Milhares de milhões de cruzeiros foram assim sugados à economia popular, para a locupletação de uma corja de tratantes. Na maioria dos casos, hábilmente dissimulada a fraude sob roupagens legais, os velhacos empresários ficavam isentos de sanções de qualquer espécie, quer as civis, quer as penais; e aos prestamistas nada mais restava que a conformação muçulmana com o revés, com o desengano, com a pungente realidade de um árduo esforço inútil. Não era possível que o legislador pátrio continuasse de braços cruzados ante tamanha iniquidade. Era preciso que a lei civil fosse mais casuística nas suas sanções, e que também intervisse a sanção penal. E esta não se fez esperar, mostrando-se mesmo, em certos pontos, mais providente que a lei civil".

O inciso que ora se comenta foi como um complemento ao então vigente dec.-lei n.º 869, de 1938, reproduzido pela lei n.º 1.521, de 1951, para cuidar, não somente da fraude nas vendas a prestações, quando interessado indeterminado

número de pessoas, mas também da fraude relativa às *promessas* de venda com pagamento parcelado, ainda que em detrimento de uma só pessoa.

Cumpra advertir que outras fraudes, além das especialmente previstas, a propósito de venda, promessa de venda ou oneração de imóveis, nos incs. I e II do § 2.º do art. 171, podem não escapar de incidência na fórmula genérica do estelionato (art. 171, *caput*). Exemplo: alguém, proprietário de um terreno desvalorizado na zona rural e sem especificações precisas, fá-lo passar por outro em ótimas condições e induz um crédulo campônio à promessa de comprá-lo por preço exorbitante, que vem a ser pago até a última prestação, só então vindo a descobrir-se o ludíbrio. Na habilidade de logros de tal espécie, porém, jamais ninguém ultrapassou aquele *sitiente* mineiro, cuja endrômina chegou a ser trazida ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, no bôjo de um recurso extraordinário. Foi êle que reabilitou a finura da gente montanhesa, tão desprestigiada com a famosa *compra do bonde*. . . O caso foi assim: o tal mineiro possuía alqueire e quarta de terra, nas proximidades do morro da Mina, em Conselheiro Lafaete, mas aquilo só abundava em cascalho e tiririca. Certo dia, sorrateiramente, começou a cavar no solo, até que conseguiu formar uma buraqueira de vários metros de diâmetro. A seguir, durante noites sucessivas, passou a subtrair e a carregar do morro da Mina manganês de excelente qualidade, que foi atirando para dentro da grande cova, entupindo-a até quase às beiras. Jogou terra por cima e deixou a tiririca crescer. Passado algum tempo, tomou da picareta e, já agora sem qualquer disfarce, foi cavar de novo no lugar do *sepultamento* do manganês, para logo depois sair anunciando que descobrira uma jazida do minério. Atraído pela notícia, que correu célere, um honrado cidadão inglês, após submeter a exame as amostras fornecidas e verificar que eram de ótimo teor, não vacilou em pagar Cr\$ 80.000,00 por um carrascal que não valia mil, pois, ao fim de uma semana de extração, já nada mais restava do manganês *plantado*. . . Sem dúvida alguma que êsse embusteiro incorreu, com todos os *matadores*, no art. 171 do Cód. Penal.

91. *Defraudação de penhor.* É a modalidade prevista no inc. III do § 2.º do art. 171, isto é, o fato de quem “defrauda, “ mediante alienação não consentida pelo credor, ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do “ objeto empenhado”. Trata-se, também aqui, de fraude relativamente a coisa pertencente e possuída pelo agente, mas vinculada, em garantia de débito, a um direito real, que é, no caso, o *penhor*, tendo a coisa permanecido em poder do devedor, pela cláusula *constituti*, conforme permite a lei em certas hipóteses. É o que ocorre no *penhor agrícola*, no *penhor pecuário*, no *penhor industrial* (dec.-lei n.º 1.271, de 16 de maio de 1939, ampliado pelos de ns. 1.697, de 23 de outubro de 1939, 2.064, de 7 de março de 1940, e 4.312, de 20 de maio de 1942) e no *penhor mercantil*. Este último, na vigência da antiga Lei de Falências (dec. n.º 5.746, de 9 de janeiro de 1929), art. 92, I, deu lugar a controvérsia sobre se dispensava, ou não, a efetiva *traditio rei*, permitindo a cláusula *constituti*. Entendiam alguns que o art. 274 do Cód. Comercial havia sido alterado, de modo que o penhor mercantil só se perfazia com a real entrega da coisa. A atual lei falimentar, no entanto, já não contém dispositivo idêntico ao da lei anterior, e, quer a jurisprudência, quer a doutrina, se apaziguam no sentido da admissibilidade do *constitutum possessorium* no penhor mercantil. Aderimos a este ponto de vista, e discordamos de MAGALHÃES NORONHA, quando diz que tal questão não interessa ao juízo penal, na espécie, porque, permitida ou não a cláusula *constituti*, se a *res* foi deixada em poder do devedor, a defraudação da garantia configura, em qualquer caso, o crime, não competindo ao juiz criminal resolver o tema. De modo algum. Não só o juiz penal pode e, em certos casos, deve resolver questão jurídica de que dependa o reconhecimento de infração penal (à parte as questões sobre *estado civil*), como não poderia identificar o crime, se não admitisse a dispensa da efetiva *traditio rei*, pois estaria reconhecendo a falta de um pressuposto dêle, qual seja a existência de penhor com os requisitos legais. O conteúdo de fato do crime de que ora se trata é a *defraudação da garantia pig-*

noratícia, quer pela arbitrária alienação (sem prévio assentimento do credor), quer *por outro modo*, como pela substituição da coisa empenhada por outra de inferior qualidade (salvo nos casos permitidos em lei), pelo desfalque de sua substância ou quantidade, pelo seu escondimento, pelo consumo ou dissipação dela, enfim: por qualquer ato que importe burla ao direito do credor e *correspondente vantagem ilícita do agente*.

92. *Fraude na entrega de coisa*. Desta modalidade cuida o inc. IV do § 2.º do art. 171, concretizando-se no fato de quem “defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém”. *Defraudar*, no sentido do texto, quer dizer desfalcar, adulterar ou trocar fraudulentamente. A defraudação, segundo a letra da lei, pode versar sobre a *substância*, *qualidade* ou *quantidade* da coisa. Defrauda-se a *substância* quando se desfalca, dissimuladamente, a matéria de que a coisa se compõe, ex.: ocar ou escavar um objeto de ouro, substituindo por chumbo a porção retirada. Defrauda-se a *qualidade* quando se substitui uma coisa determinada por outra aparentemente idêntica, mas intrinsecamente inferior, ex.: substituir um anel de ouro maciço por outro apenas folheado a ouro, ou uma pérola verdadeira por uma pérola falsa. Finalmente, defrauda-se a *quantidade* quando se falseia a conta, pêso ou medida da coisa.

Como explica a rubrica marginal, — *fraude na entrega de coisa*, — o crime se consuma com a efetiva *traditio* da coisa ao destinatário. A expressão “coisa que deve ser entregue”, usada no corpo do inciso, não deve levar a equívoco: significa que a entrega da coisa representa execução de uma obrigação por parte do agente (seja a que título fôr: contrato, lei, ordem judicial), e não que o crime se consuma com a só defraudação, antes mesmo da efetiva entrega da coisa. O êxito da fraude somente pode ocorrer no momento em que a coisa é recebida pelo destinatário iludido. Se o destinatário descobre a fraude e recusa o recebimento da coisa, o que se terá a reconhecer é apenas *tentativa* do crime.

Não há confundir o crime em questão com a “fraude no comércio”, de que cogita o art. 175: no primeiro, o agente pode ser *qualquer pessoa*, enquanto na segunda se trata de *crime próprio*, isto é, o sujeito ativo somente pode ser um *comerciante* ou *comerciário*, no exercício de sua atividade (veja-se n.º 95).

A coisa defraudada tanto pode ser *móvel* quanto *imóvel*. Ninguém poderá duvidar da existência do crime, se alguém, por exemplo, faz entrega (da posse) de um terreno a outrem, em virtude de compra e venda, mas depois de haver clandestinamente retirado um *depósito* de cristal de rocha aí existente e não ressaltado na escritura.

93. *Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro.* Desta modalidade cuida o inc. V do art. 171, configurando-se no fato de quem “destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro”. Diversamente do que ocorre com a figura central do estelionato e com as outras modalidades até agora apreciadas, não se exige, aqui, a efetividade da locupletação ilícita e correlativa lesão patrimonial de outrem: basta, para existência do crime, a prática de qualquer dos atos mencionados no texto legal como *meio fraudulento* dirigido à obtenção da indevida vantagem. O só emprêgo do meio fraudulento já é o crime no seu elemento de fato. Trata-se, portanto, de crime formal ou de consumação antecipada.¹³ Não fôra a especial incriminação, qualquer desses atos (pressuposto o *animus fraudandi*) não passaria de *preparação* ou, quando muito, de *tentativa* de estelionato. O nosso Código, em discrepância com o seu mo-

¹³ Costuma-se chamar de *perigo* ao crime formal, mas isto é um erro de técnica. Crime de perigo é aquele em que o agente somente quer a criação do perigo de dano (dolo de perigo), ultrapassando de sua vontade o dano efetivo (ex.: a omissão de socorro). Ora, no crime formal, o agente quer o evento lesivo (dolo de dano), embora o *summum opus* se apresente com a só criação do perigo.

dêlo (Código italiano), não contempla, no caso, como *condição de maior punibilidade*, a efetiva obtenção do proveito ilícito. Quando tal ocorre, o que se deve reconhecer é o estelionato no seu tipo fundamental, e não o *exaurimento* do crime em questão: se a simples *preparação* ou *tentativa* de um crime é considerada entidade criminal autônoma, deve esta ser abstraída quando o fato é levado *ad exitum*, identificando-se o dito crime na sua fase de consumação (salvo se a lei, na própria órbita da entidade criminal autônoma, considere a superveniência do *eventus damni* como majorante, agravante especial ou condição de maior penalidade).

Em princípio, aquêle que destrói ou oculta a própria coisa ou em seu próprio corpo pratica uma lesão, ou agrava lesão que acidentalmente recebeu, não incide na reprovação jurídica; entretanto, se, pelo *modus faciendi* ou pelo fim que colimam, tais atos envolvem injusto dano, efetivo ou potencial, a interesses de outrem ou da coletividade, tutelados pela ordem jurídica, sua ilicitude é incontestável. Assim, ninguém pode destruir a coisa própria por meio que acarrete *perigo comum* (incêndio, explosão, inundação, desastre ferroviário, naufrágio, quando atentam contra a incolumidade pública), ou lesar a própria integridade física ou saúde para eximir-se ao serviço militar (art. 160 do Cód. Penal Militar), ou praticar qualquer desses atos, bem como o de ocultar a coisa própria ou agravar uma lesão acidentalmente sofrida, para o fim de auferir vantagem injusta em detrimento de outrem. Desta última hipótese cogita o inciso ora comentado, embora sem generalidade, limitando-se ao caso em que a ilícita locupletação visada prende-se à fraude em tórno do contrato de *seguro*. Na atualidade, assumiu êste um tal relêvo, notadamente no setor do trabalho industrial, que o legislador entendeu de o colocar sob especial proteção penal, incriminando a simples *criação de perigo* à sua violação pela fraude.

Irmanados pelo mesmo fim condicionante da incriminação, isto é, o "intuito de haver indenização ou valor de seguro", vários são os fatos distintamente previstos pela lei como *materialidade* do crime: a) destruição total ou parcial

de coisa própria; b) ocultação de coisa própria; c) lesão do próprio corpo ou saúde; d) agravação de lesão ou doença acidentalmente sofrida ou adquirida.

Destruir uma coisa é torná-la, por qualquer meio, insubstituível na sua individualidade ou substância (destruição *total*); mas uma coisa pode ser truncada em parte e, tal seja a sua natureza, não deixar de ser utilizável na parte restante, ou, quando se trate de coisas consideradas *em conjunto* ou como uma *universitas*, pode acontecer (e comumente acontece) que umas sejam destruídas e outras fiquem ilesas; e fala-se, então, em destruição *parcial*. A lei penal, na espécie, equipara à destruição total a parcial, pois, em qualquer caso, o que decide é o fim de locupletação ilícita, ou, seja, o intuito de obter o *valor* do seguro, no caso de destruição total da coisa ou coisas seguradas, ou a *indenização* proporcional, no caso de destruição parcial.

Ocultar a coisa (que há de ser, naturalmente, *móvel*) tanto é escondê-la quanto dissimulá-la de modo a torná-la irreconhecível ou parecer outra. É claro que o agente ocultará a coisa para ensejar a falsa alegação de que ela sofreu a eventualidade prevista na apólice de seguro, como, por exemplo, furto, roubo, perecimento em incêndio acidental (quando, na realidade, fôra salva).

A *autolesão*, como expressamente declara a lei, tanto é a que represente ofensa à integridade anatômica, quanto a que consista em perturbação da saúde (doença).

Finalmente, a *aggravação das consequências de lesão ou doença* pressupõe que esta haja ocorrido acidentalmente, e o agente, para o fim de obter indenização maior do que à que tinha direito, aumenta-lhe, artificialmente, a gravidade, quer quanto à natureza, quer quanto à duração. Em matéria de seguro contra acidentes no trabalho, não é infreqüente o emprego de tal fraude, e isto em razão de que a indenização por parte do segurador se gradua, *ex vi legis*, segundo a maior ou menor intensidade ou persistência da incapacidade laborativa resultante do acidente.

A autolesão se equipara, obviamente, a que o segurado determina ou provoca outrem a infligir-lhe, intencionalmente ou não. Não é infrequente o caso de indivíduos (que os norte-americanos chamam *floppers*) que têm a habilidade de se fazer vítimas de acidentes automobilísticos, em que ficam apenas feridos, vindo a reclamar, em seguida, a indenização do seguro. Também no caso de *agravação* de lesão acidental, tanto faz que seja praticada pelo próprio segurado, quanto por terceiro, a seu mando. Em tais hipóteses, o terceiro responderá por dois crimes, em concurso formal: *lesão corporal* (que não é excluída pelo consentimento do paciente) e fraude de seguro (se conhecia o intuito do segurado).

É indiferente que o seguro seja *obrigatório* ou *voluntário*, mas cumpre que seja *válido* e esteja *vigente*, pois, de outro modo, estaria excluída a possibilidade de dano e, portanto, a existência do crime. Também é irrelevante, no caso de pessoa jurídica como seguradora, que esta seja sociedade privada ou mista, instituto estatal ou parastatal.

O dolo do crime é a vontade conscientemente dirigida a qualquer dos atos mencionados no dispositivo legal, e *especifica-se* pelo fim de obter indenização ou valor de seguro. Como já se disse, a consumação do crime não depende da consecução dêsse fim. Não é necessário, sequer, que o agente reclame formalmente a indenização ou valor do seguro: basta que fique provado ter sido seu intuito a obtenção de tal vantagem. Não é inconcebível a tentativa (o crime é *formal*, mas não *unissubsistente*). Se, por exemplo, alguém é surpreendido e contido no momento em que procurava, inequivocamente, empurrar o seu automóvel *segurado* para que caísse e se destroçasse num despenhadeiro, estará, sem dúvida, incurso no art. 171, § 2.º, V, combinado com o art. 12, II.

O meio de destruição da coisa pode constituir crime de perigo comum (contra a incolumidade pública), e cumpre distinguir: *a)* se fôr “incêndio” ou “explosão”, o agente incorrerá tão-somente no inc. I do § 1.º do art. 250 ou no § 2.º do art. 251, que *qualificam* tais crimes (aumentando as penas de um terço) quando “cometidos com o intuito de obter

vantagem pecuniária". A entender-se de outro modo, isto é, se se reconhecesse, no caso, um concurso formal de crimes, haveria um intolerável *bis in idem*; ¹⁴ b) se outro fôr o crime de perigo comum (inundação, desastre ferroviário, desabamento, naufrágio), terá de ser admitido o concurso formal; c) se, em qualquer caso, o agente consegue receber a indenização ou valor do seguro, haverá concurso *material* de crimes: o de perigo comum (qualificado ou não) e o de estelionato no seu tipo fundamental, pois, já então, se apresentam duas *ações distintas*, uma lesiva da incolumidade pública e outra *efetivamente* lesiva do patrimônio alheio.

94. Fraude no pagamento por meio de cheque. É este o *nomen juris* da modalidade de estelionato prevista no derradeiro inciso do § 2.º do art. 171, consistindo no fato de quem "emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento". A proteção penal do cheque se impôs na atualidade, dado o generalizado uso dêsse *instrumento de pagamento*, cuja função é a de quase-substitutivo da moeda corrente, tornando-se necessário o máximo de garantia a tal função, praticamente subordinada à confiança que deve inspirar o cheque, para o efeito de sua

¹⁴ Conf. MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 234), cuja argumentação é irrefutável: "Cremos que o legislador não se esqueceu, ao "capitular êsse crime agravado (refere-se ao incêndio qualificado "pelo inc. 1.º do § 1.º do art. 250), que já prescrevera no art. 171, "§ 2.º, n.º V, figura contida nêle, porém, aumentou a pena, levando "em conta a ocorrência de um elemento estranho a essa figura: o "perigo comum. Se, portanto, alguém incendia a própria casa, ocorrendo êsse perigo, não nos parece possa ser apenado duas vêzes: "uma por ter destruído a própria coisa com intuito de receber indenização, e outra por haver incendiado a própria coisa com o fito "de obter vantagem pecuniária, existindo perigo comum. Nesta hipótese, havendo concurso formal, será o delinqüente punido, no "grau máximo (art. 250, § 1.º, n.º 1, comb. com o art. 51, § 1.º), com a "pena de 12 anos, mais do que o dôbro da cominada à fraude para "recebimento do seguro. O que nos parece dar, no caso, é o desaparecimento do delito do art. 171, § 2.º, n.º V, contido integralmente na figura do art. 250, § 1.º, n.º 1".

aceitação e circulação. O direito brasileiro foi dos primeiros a reconhecer a necessidade da sanção penal para assegurar a lealdade em torno à ordem de pagamento por meio de cheque. O art. 7.º da nossa Lei do Cheque (lei n.º 2.591, de 7 de agosto de 1912) já determinava que ficará sujeito às penas do estelionato “aquêlê que emitir cheques sem ter suficiente provisão de fundos em poder do sacado”. Tal dispositivo veio a ser entrosado na antiga Consolidação das Leis Penais (artigo 338, § 2.º), e o Código de 40 ampliou-o, acrescentando à “emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos” a “frustração do pagamento de cheque”. Esta última hipótese pode apresentar-se de dois modos (segundo o modelo francês, em que se inspirou o nosso legislador): pela intercorrente *retirada* ou pelo *bloqueio* (*bloqueo*) da provisão (contra-ordem, revogação do cheque). Entre nós, o cheque não é só o emissível por quem dispõe de fundos disponíveis em *bancos*, senão também em poder de *comerciantes*. É o que dispõe o art. 1.º da lei n.º 2.591, que acrescenta, no seu § 1.º: “Consideram-se fundos disponíveis: a) as importâncias constantes de conta-corrente bancária; b) o saldo exigível de conta-corrente contratual; c) a soma proveniente de abertura de crédito”. É de notar-se, entretanto, que o crime em questão deixará de existir se o cheque é emitido sobre fundos de outra origem, desde que o sacado não tenha razões de direito para negar-se à ordem do emitente e conhecidas dêste. Por outro lado, não deixará de ocorrer o crime, em qualquer caso, se, embora o sacado seja devedor do emitente, ainda não se ache vencida ou não seja exigível a dívida, ou *haja empecilho legal para o pagamento, do qual seja sabedor o emitente* (como, por exemplo, no caso de penhora, já notificado desta o sacado e dela tendo positiva ciência o sacador). É necessário que os fundos existentes sejam atualmente *disponíveis*, pois a *indisponibilidade* se equipara à *inexistência* de provisão. O crime só é punível a título de dolo. Tal como no estelionato em seu tipo fundamental, êste é *genérico* e *específico*. O dolo genérico, na hipótese de “emissão”, é a vontade de emitir o cheque, sabendo que não será pago, total ou parcialmente,

por falta ou insuficiência de provisão (por mais *culposos* que seja o *erro* do agente, ao supor que dispunha de provisão bastante em poder do sacado, inexistirá o elemento subjetivo do crime); na hipótese de “frustração”, é a vontade da retirada ou bloqueio da provisão, acompanhada da consciência da ilicitude de qualquer desses atos. O dolo específico é o *animus lucri faciendi* ou a intenção de defraudar.¹⁵ Assim, se o agente emite o cheque apenas para fornecer um *documento de dívida*, cientificado o tomador da inexistência (ou insuficiência) de provisão, não será subjetivamente reconhecível o crime. Idêntica solução tem de ser dada na hipótese de frustração do pagamento, se houver *justo motivo* para a retirada ou bloqueio da provisão, como, por exemplo, se o emitente vem a verificar que nada deve ao tomador ou deve quantia inferior à consignada no cheque, ou vem a saber que o tomador perdeu o cheque ou que este lhe foi furtado.

Quanto à consumação do crime, na sua forma de frustração do pagamento, não há dúvida sobre o seu momento: é o da retirada ou bloqueio da provisão. No tocante à hipótese de emissão de cheque sem provisão ou com provisão insuficiente, porém, há controvérsia. Entre nós, BASILEU GARCIA (ob. cit., pág. 160) afirma que se trata de “crime formal, que se consume no instante em que aquele que emite o cheque lança nele a sua assinatura”. Já MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 252) entende que, para o *summum opus*, é necessária a apresentação do cheque, cujo pagamento é negado por falta ou insuficiência de provisão. Não estamos nem por um, nem por outro desses critérios. Perante o nosso Código, que não colocou a emissão de cheque a descoberto entre

¹⁵ CUELLO CALÓN (ob. cit., pág. 53) faz a seguinte observação: “En el derecho brasileño como el bloqueo está previsto en el código penal entre las defraudaciones (estelionato e outras fraudes), para la existencia del delito será menester que concurra un dolo específico, que en este caso sería el ánimo de defraudar”. Não se deve inferir daí, porém, que nas outras hipóteses não haja necessidade desse dolo específico (não há estelionato, no seu tipo central ou modalidade, sem o *animus lucri faciendi*).

os *crimina falsi*, não basta a *assinatura* do cheque: é imprescindível a *entrega* dêste ao tomador, pois só então se apresenta a vantagem ilícita correlativa à lesão patrimonial. O próprio verbo *emitir*, empregado no texto legal, está a dizer isso mesmo, pois significa *pôr em circulação*. Não é condição do crime, entretanto, a apresentação do cheque a pagamento: não se deve confundir o momento em que o tomador sofre o prejuízo (isto é, aquêle em que recebe o cheque que não poderá ser pago) e o momento em que vem a ter conhecimento do prejuízo (isto é, o momento em que verifica a falta de provisão). É força reconhecer, porém, que se o emitente consegue, antes da apresentação do cheque, suprir de provisão o sacado, ou se êste, por confiança ou amizade ao emitente, *honra* o cheque, pagando-o, não obstante a ausência de fundos, o crime desaparece: no primeiro caso, há um como que *arrependimento eficaz*, que torna irrelevante a conduta anterior do emitente; no segundo, o que se apresentará é como que um *crime putativo* (foi erroneamente que o sacador supôs que o cheque não seria pago, e *ab initio* não havia, sequer, possibilidade de dano). É de notar que o nosso Código, diversamente de outras legislações, não exige *expressis verbis* que a provisão deve existir no momento da emissão do cheque, permitindo, assim, a interpretação extensiva de que se satisfaz com a existência de provisão no momento da apresentação do cheque.

Já nos referimos acima ao caso em que o tomador, ao receber o cheque, está ciente da ausência de provisão: deve entender-se que o aceitou apenas como um *título de dívida*, e, assim, ou foi o próprio emitente que lhe deu tal ciência, e não haverá o dolo específico do crime, ou, ainda que *silente* o sacador, deixará de haver o crime, porque o que a lei tutela, na espécie, é o cheque como *instrumento de pagamento*, e não como título probatório de dívida. ¹⁸ Se o tomador, em tal

¹⁸ Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo acórdão merece transcrição na íntegra: "Não se configurou, na espécie dos autos, o crime definido no art. 171, § 2.º, n.º 8.º, do Código Penal. Trata-se, é certo, de cheque emitido por quem não ti-

caso, endossar o cheque a terceiro, será êle o único criminoso, pôsto que o *endosso* não é mais que uma *nova emissão*. E se recebeu o cheque para servir-se dêle como um meio de *coação* contra o seu devedor, cometerá *extorsão indireta* (art. 160).

O dec. n.º 22.924, de 12 de julho de 1933 (modificativo da Lei do Cheque), dispõe que o cheque deve ser apresentado dentro de um mês, quando passado na praça onde tem de ser pago, e de 120 dias, quando deva ser pago em outra. Indaga-se: se o portador não apresentar o cheque dentro do prazo, poderá o emitente retirar ou bloquear a provisão, sem incorrer no crime? A resposta não pode deixar de ser negativa, isto é, o crime não deixará de existir (como não cessaria no caso de ausência de fundos). Conforme esclarece o art. 5.º da Lei do Cheque, a exigência da apresentação dentro do prazo legal só tem o efeito de liberar da ação regressiva os endossantes e avalistas. Quanto ao emitente, desde que entregou o cheque, perdeu para sempre o direito de dispor da provisão correspondente em poder do sacado (dispõe o art. 8.º da lei que “o beneficiário adquire direito a ser pago pela provisão

“ nha provisão de fundos em poder do sacado. Mas, como esclareceu
“ a pessoa que recebeu o dito cheque, este lhe foi entregue como documento comprobatório de um empréstimo. Disse ela, ao prestar
“ declarações na instrução criminal, que, tendo prometido ao acusado
“ do um empréstimo de Cr\$ 2.000,00 com prazo de oito dias, fez ao
“ mesmo entrega de um cheque dessa importância, recebendo, na
“ mesma ocasião, dêle acusado, o cheque de fls., também de Cr\$..
“ 2.000,00. E acrescentou que o apelante o preveniu de que não tinha
“ fundos no Banco. Não disse que ficou prometido o depósito de tais
“ fundos. Segundo informações do mesmo declarante, deveria o
“ acusado mandar-lhe entregar, em sua casa, dentro dos referidos
“ oito dias, a quantia mutuada. Nessa ocasião, seria devolvido, a êle,
“ réu, o título em questão. Como se vê, o acusado não efetuou um
“ pagamento por meio de cheque. Êle e a vítima recorreram ao cheque
“ como se fôsse este título de crédito propriamente dito, equiparável à
“ letra de câmbio ou nota promissória. Com isso, atribuíram-lhe aquela
“ função que lhe não é própria. O cheque não se destina à comprova-
“ ção de operações de crédito. Embora emitido *pro solvendo*, sem o
“ poder liberatório da moeda, é êle um instrumento ou meio de pa-
“ gamento. E somente quando recebido com essa finalidade, isto é,
“ para a realização de um pagamento, a lei penal tutela os interês-

de fundos existentes em poder do sacado desde a data do cheque"). Apenas no caso de deixar de existir, supervenientemente à expiração do prazo, a provisão, *por causa não-imputável ao emitente*, perecerá o direito do portador moroso (art. 5.º, al.). É a mesma solução do direito italiano, segundo o comentário de ASCARELLI (in *Nuovo Digesto Italiano*, verb. "Assegno bancario"): "*La mancata presentazione dell'assegno al pagamento nei termini suindicati fa decadere il portatore dai suoi diritti contro il girante; egli conserva ciò nonostante i diritti verso il traente a meno che, dopo il decorso di detti termini, la disponibilità dei fondi sia venuta a mancare per fatto del trattario (per es., fallimento di questo), ch  allora il possessore perde anche l'azione contro il traente, totalmente o limitatamente alla parte della somma venuta a mancare*".

Para a validade do cheque, a lei exige certas formalidades extrínsecas, entendendo uns que se trata de enumeração *taxationis causa* e outros meramente enunciativa. Basta a d vida para que, em direito penal, prevaleça a primeira corrente de opinião, que é a mais favorável ao réu: se falta

"ses de seu beneficiário ou portador. A rubrica marginal do citado inciso do art. 171 da lei penal não deixa d vida a respeito. Bem esclarecido ficou, por meio dela, que a emissão do cheque sem suficiente provisi o de fundos em poder do sacado s  constitui o crime de que aí se cogita, quando represente "fraude no pagamento por meio de cheque". Desviado de sua função específica, não goza o referido título da especial proteção da lei penal. Poderá mesmo ser elemento de crime de responsabilidade de quem o recebe. Tal acontecerá quando se verificarem as condições previstas pelo estatuto penal no art. 160. O caso dos autos não é de fraude penal. Não se apura nem a fraude característica do crime imputado ao apelante, nem outra qualquer, de natureza criminal. Como se mostra no parecer de fls., a declaração espontânea, feita pelo acusado, de inexistência de fundos, em seu favor, no Banco-sacado, declaração que o favorecido confessou ter-lhe sido feita, afasta a hipótese do  lcito penal no procedimento do mesmo "acusado" (*Revista Forense*, vol. 102).

O acêrto desta decisão não deve, porém, levar o juiz penal a desprevenir-se contra possível conchavo, *post factum*, entre o emitente e o tomador, para o insucesso da ação do Ministério Público.

qualquer dos requisitos formais exigidos pela lei, o título deixa de ser cheque, não se podendo falar, portanto, em “fraude no pagamento por meio de cheque”, embora possa ser reconhecido, no caso, o estelionato no seu tipo fundamental (ficando, assim, afastada a objeção de DONNEDIEU DE VABRES, no sentido de que seria estranho que a circunstância de um vício de forma, que em nada atenua a imoralidade ou o caráter delituoso do agente, possa suprimir sua responsabilidade).

Tema debatido é, também, o de saber se configura a modalidade de estelionato em questão a emissão de cheque sem provisão ou a frustração do pagamento do cheque emitido, quando se trata de dívida de jôgo. Entendemos que o crime não deixa de existir. MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 260) e CUNHA PEIXOTO (ob. cit., pág. 102), entretanto, opinam no sentido negativo. Diz o primeiro que não há crime porque a dívida de jôgo não obriga a pagamento, mas acrescenta: “Todavia, se o cheque é transmitido a terceiro de boa-fé, por simples tradição ou endosso, ocorre a responsabilidade penal, pois a ilicitude da causa que o originou não pode ser oposta ao terceiro que a ignora; ela vigora apenas entre as partes”. Há, nesse raciocínio, *data venia*, uma falha. Como se compreende que só exista crime quando o cheque é transmitido a terceiro *bona fide*, se, com a emissão do cheque, já foi criada, *ab initio*, a possibilidade dessa transmissão, que é, ainda na espécie, perfeitamente lícita, representando direito integrado no patrimônio do tomador? Nem seria admissível que a existência do crime ficasse dependendo da transmissão, ou não, do cheque a terceiros, isto é, do puro arbítrio do tomador. De seu lado, CUNHA PEIXOTO assim argumenta: “O cheque é dado *pro solvendo* e não *pro soluto*. O não-pagamento do título entregue para saldar dívida de jôgo não constitui, pois, repetição de quantia paga, única hipótese em que o ganho no jôgo integra o patrimônio do vencedor. Para se evitar a repetição do pagamento é necessário que o credor tenha, realmente, recebido em dinheiro o valor do débito. E se não houve pagamento, já que o sacado não saldou o cheque, é injurídico falar-se em repetição de paga-

“mento. Além disso, o crime previsto no art. 171, § 2.º, número 6.º, do Cód. Penal, só se consuma quando há fraude no pagamento; inexistindo a obrigação de pagar, *ipso facto* é afastado o delito”. A este argumento respondeu, vantajosamente, o ministro Luís Gallotti, como relator, no Supremo Tribunal, do recurso de *habeas corpus* n.º 33.015: “... em-bora o cheque seja dado *pro solvendo* e não *pro soluto*, fôr-ça é reconhecer que, se o paciente tivesse provisão de fun-dos, o cheque teria sido pago e o paciente não teria ação para recobrar a respectiva importância. Logo, não há negar que, na espécie, a emissão do cheque sem fundos importou para a vítima um dano patrimonial”.¹⁷ No caso de frustra-

¹⁷ Pelo relêvo dêsse julgamento, do qual só discordei no ponto em que aceita a tese da admissibilidade de estelionato no caso de *torpeza bilateral* (veja-se n.º 75), transcrevemos abaixo as respectivas notas taquigráficas:

“RELATÓRIO

“O Sr. ministro Luís Gallotti: O advogado Joaquim Luís de Oliveira Belo requereu ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal *habeas corpus* em favor de H. E. F., condenado a um ano de reclusão, pelo crime de fraude no pagamento por meio de cheque.

“O *habeas corpus* foi denegado pelo seguinte acórdão (fls. 18):

“Denega-se a ordem, verificado que o paciente não se encontra sofrendo constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção.

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* n.º 11.082, em que são impetrante e paciente, respectivamente, o advogado Joaquim Luís de Oliveira Belo e H. E. F.:

“Acordam os juizes da 3.ª Câmara do Tribunal de Justiça, unânimemente, denegar a ordem impetrada, verificado que o paciente não se encontra sofrendo constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção, como alega.

“Dito paciente acha-se condenado por crime de estelionato previsto no art. 171, § 2.º, VI, do Cód. Penal (fraude no pagamento por meio de cheque), no Juízo da 13.ª Vara Criminal.

“O processo correu regularmente, sem alegação de nulidade.

“Pretende por este meio sumário de *habeas corpus* invalidá-lo, para o que apresenta no petítório uma série de considerações em

ção do pagamento de cheque, ainda mais evidente é a sem-razão da tese contrária. Se o primeiro tomador pode trans-

“conexão com o mérito da causa, impossíveis de serem apreciadas neste julgamento.

“O fato que a denúncia descreve e que a sentença reconheceu como provado está enquadrado no dispositivo penal referido nessas peças.

“A matéria desenvolvida na petição de fls. 3 a 8 é típica de apelação e não do presente remédio judicial.

“Custas *ex lege*”.

“Recorreu o impetrante, insistindo nos fundamentos do pedido, nos quais, alega, não discutiu matéria de fato, tendo procurado, tão-somente, com base na própria sentença condenatória, provar que os fatos nela contidos não constituem crime. Assim é que, argumenta, o segundo fundamento do pedido gira em torno da inexistência do crime, uma vez que o cheque fôra emitido como garantia ou mesmo em pagamento de dívida de jogo. É o ensinamento de EDGAR NORONHA, para quem, sendo elemento do crime o dano contra o patrimônio, dano algum haverá contra o patrimônio no pagamento de uma dívida de jogo com cheque sem fundos. E, quanto ao segundo fundamento, o que se afirma é que o juiz, partindo do pressuposto de que o crime está no simples fato da emissão do cheque sem fundos, desprezou os elementos probatórios do processo, sobretudo os elementos constitutivos do delito. É que, depois da emissão do cheque, foi estabelecido ajuste entre o paciente e a tomadora, chegando aquele a pagar certa importância. Ora, com esse ajuste, desapareceu um elemento do crime — a intenção de fraudar o patrimônio da tomadora. O cheque transformou-se em título de dívida. No entanto, para a sentença nada disso importa, porque o crime já se achava consumado.

“A sentença condenatória está assim fundamentada (fólias 12 v.-13):

“Está suficientemente esclarecido, nestes autos, que o réu, tendo ido jogar buraco no apartamento de Raquel Abbadie, e ali, tendo perdido, emitiu, entregando a esta, o referido cheque ao portador, sem que, para tanto, dispusesse realmente em poder do sacado de suficiente provisão de fundos (fls. 9, 16 v., 45 v. e 22-23). E Raquel, ao prestar declarações em Juízo, esclareceu que só no dia seguinte, tendo ido ao Banco, para receber a importância do cheque, é que veio a saber que o emitente não dispunha de fundos no estabelecimento (fls. 67). Pretende o acusado que o cheque fôra emitido apenas como comprovante de dívida e para resgatá-lo parceladamente (fls. 16 v.). Entretanto, não comprovou cumprida-

ferir imediatamente a terceiro o cheque, ou, seja, o direito à provisão correspondente em poder do sacado, sem estar su-

“mente essa sua alegação e, segundo Raquel, só após ter ela verificado a inexistência de fundos, é que ambos concordaram no resgate parcelado da dívida (fls. 67), quando o crime, portanto, já se achava consumado. A lei vê a fraude no pagamento por meio de cheque com o simples fato de sua emissão sem aquela suficiente provisão, a menos que decorra inequivocamente comprovado que a pessoa a favor de quem se emitiu fôra previamente cientificada de tal circunstância, ou que, por qualquer motivo ponderável, não podia ignorá-la, fatos que estariam a excluir, respectivamente, de um lado, a caracterização da fraude, e, de outro, a sua idoneidade. Trata-se, ademais, como já se deixou antever e como doutrina o professor BASILEU GARCIA, de um crime formal, que se consuma no instante em que o emitente lança no título a sua assinatura (*Anais do 1.º Congresso do Ministério Público*, vol. IV, pág. 160) e, em que, por conseguinte, se verifica um evento de perigo, com dolo de dano. Na espécie, trata-se de dano contra o patrimônio individual, ainda que eventualmente de terceiro não determinado no momento da consumação, o que na figura criminosa de que ora se cogita se torna mais sensível quando se atenta para a finalidade do cheque — instrumento de pagamento — que, como título de crédito, tem como um de seus primordiais objetivos a sua introdução na circulação econômica, por via de endosso, ou da tradição manual, conforme seja, e que, por tal razão, se liberta de suas causas, de modo a se tornar literal e autônomo o direito que nele se contém, como até mesmo abstrato. E é justamente na indeterminação do titular do direito cartular e, portanto, na assunção da obrigação relativamente a um titular indeterminado, como diz ASCARELLI, que assenta a circulação dos títulos de crédito. E, assim, nem mesmo importa que o cheque tivesse sido dado em pagamento de dívida de jôgo, uma vez que a tomadora poderia, de imediato, e ainda insciente da inexistência dos respectivos fundos, introduzi-lo na circulação, isto é, transferir-lhe a propriedade a terceiro de boa-fé, que haveria de sofrer o dano decorrente da violação do seu direito de ser imediatamente pago pela provisão de fundos existentes em poder do sacado, como decorre dos termos do art. 8.º da lei n.º 2.591, de 7 de agosto de 1912, resultado que, se não fôra querido pelo emitente, este, pelo menos, teria assumido o risco de produzi-lo. Em suma, em se tratando de um dos denominados crimes de consumação antecipada, que se consideram perfeitos com a só probabilidade de dano, emitido o cheque, consumado está o mesmo, desde que não se verifique a inexistência de fraude, nos termos a que já anteriormente se aludiu, pouco importando que o dano não

jeito à repetição perante o tomador, a retirada ou bloqueio da provisão representa para êle, sem dúvida alguma, uma lesão

“venha realmente a se verificar, uma vez que o agente, ainda que o não tenha querido, assumiu o risco da sua produção.

“Pelo exposto, julgo procedente a denúncia, e, atento às diretrizes dos arts. 42 e 43 do Cód. Penal, imponho ao réu as penas de *um ano de reclusão e Cr\$ 500,00 de multa*, condenando-o mais ao pagamento das custas do processo e da taxa penitenciária de *Cr\$ 100,00*”.

“É o relatório.

“VOTO

“O Sr. ministro LUÍS GALLOTTI (relator): Está reconhecido na sentença que o paciente emitiu e entregou o cheque em pagamento *de dívida de jôgo*.

“Não é, pois, de fato e sim de direito a questão de saber se essa circunstância exclui o crime de estelionato, e portanto o exame de tal questão cabe num pedido de *habeas corpus*.

“É muito conhecida a controvérsia sobre se a conduta ilícita ou imoral da vítima (torpeza bilateral) impede a configuração do crime de estelionato.

“Afirmativamente respondem CARRARA, PESSINA, BINDING, ANGELOTTI e, entre nós, MACEDO SOARES, GALDINO SIQUEIRA, NÉLSON HUNGRIA.

“Negativamente, respondem TOLOMEI, BATTAGLINI, PUGLIA, MANZINI, SALTELLI-DI FALCO, e, entre nós, JOÃO VIEIRA, BENITO DE FARIA, BASILEU GARCIA, EDGAR NORONHA, sendo neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em recentes e reiterados arestos.

“SALTELLI-DI FALCO acentuam que a circunstância da imoralidade da pessoa induzida em erro é absolutamente irrelevante, e respondem ao argumento, de que não pode invocar a proteção do direito quem contra êle age, ponderando que o objeto jurídico da tutela não é um interesse privado, mas um interesse público e, assim, a atuação objetiva do direito penal ocorre independentemente da situação em que se encontre o sujeito passivo do crime (*Commento del nuovo Codice Penale*, vol. II, pág. 1.103).

“MANZINI estuda, a fundo, o problema (*Trattato*, ed. de 1952, vol. 9.º, págs. 644 e segs., n.º 3.383) e mostra que as hipóteses de que se trata se podem classificar em três categorias:

“1.ª) o sujeito passivo se propunha a cometer, em concurso material ou moral com quem o enganou, um *fato delituoso* (mera intenção);

patrimonial. Segundo penso, o argumento decisivo no sentido da existência de crime, no caso, é o concernente à *circulabili-*

“2.ª) o sujeito passivo tinha em mente cometer, por meio da-
“quele que o enganou ou com o seu concurso material, um ilícito
“meramente civil (mera intenção);

3.ª) o sujeito passivo foi enganado quando se achava com o
“agente numa relação antijurídica ou imoral (fato antijurídico ou
“imoral do sujeito passivo).

“Em tôdas estas hipóteses, sustenta MANZINI, o estelionatário é
“punível independentemente das conseqüências jurídicas relativas
“à conduta ilícita ou imoral da vítima. A intenção desta não se pode
“atribuir qualquer valor jurídico, que tenha eficiência positiva ou
“negativa sobre a tutela penal, pois as normas civis, que declaram a
“nulidade do contrato contrário a regras imperativas ou cuja causa
“ou objeto é ilícito, nada têm a ver com a repressão dos delitos, nem
“a incriminação do estelionato tem por fim constranger o estello-
“natário à execução do seu contrato fraudulento. O direito penal
“pune os fatos delituosos pela criminalidade que revelam os que
“o cometem, e não em consideração das qualidades morais dos
“particulares sujeitos passivos dos crimes. Se, dada a identi-
“dade do objeto genérico, o direito penal relativo à tutela do patri-
“mônio e o direito civil se podem encontrar em muitos pontos, isso
“não significa que a aplicação do direito penal fique subordinada
“às normas de direito privado, como pretendem aqueles que não
“consideram que o patrimônio, antes de ser um instituto de direito
“privado, é um instituto de direito constitucional, como a liberdade
“individual e como os outros bens fundamentais da pessoa, garan-
“tidos pela ordem jurídica geral do Estado. Violada a ordem jurí-
“dica objetiva do Estado pelo fato do agente, mediante a execução
“de um estelionato ou de uma tentativa de estelionato, a vontade
“do sujeito passivo particular, que antes desse momento podia li-
“vremmente dispor dos próprios direitos patrimoniais, não tem qual-
“quer eficácia dispositiva sobre o poder-dever do Estado, no tocan-
“te à reintegração da ordem jurídica, tratando-se de um crime de
“ação pública.

“Exemplificando com o caso do jogo de azar, MANZINI observa
“que, se o ato da vítima representa por si um delito ou outro fato
“juridicamente ilícito, ela responderá por este fato, sem que por isso
“deva ficar impune o estelionatário.

“E acrescenta, a meu ver com inteira procedência: Se o elemen-
“to do dano civilmente reparável fôsse necessário para a imputabi-
“lidade do estelionato, este não poderia imputar-se em todos os ca-
“sos em que tal dano não se apresentasse. Assim, p. ex., não have-
“ria estelionato quando o sujeito passivo conseguisse *incontinenti*

dade do cheque, como salientei no meu voto de adesão à conclusão do ministro GALLOTTI.¹⁸ Se o cheque deve preencher a

¹⁸ Eis o meu pronunciamento:

“O Sr. ministro NÉLSON HUNGRIA: Sr. presidente, como lembrou o eminente ministro relator, sou daqueles que defendem a tese de que, no caso de fraude numa transação ilícita, se exclui, via de regra, o estelionato: só merece a proteção da lei penal o patrimônio aplicado a fins legítimos ou não-contrários aos bons costumes. Desde o momento que êle é aplicado a fins ilícitos ou imorais, já não mais merece proteção legal, deixa de ser um bem ou interesse juridicamente tutelado.

Adotando-se outro critério, chegar-se-ia às mais absurdas ou intoleráveis soluções.

Há um exemplo que se formula *ad terrorem*: suponha-se um indivíduo que se faça passar por *assassino profissional* e aceite simuladamente mandato para um homicídio, recebendo desde logo o *proctium criminis*, com o qual se locupleta. Teria êle de responder por estelionato, porque, faltando com a contraprestação, deixou de praticar o homicídio. Seria isso um rematado desconchavo. Entendo que, em casos tais, a justiça penal deve abster-se de interferir, proferindo o “*non raggionam di lor, ma guarda e passa*”.

No caso vertente, porém, não se pode adotar tal solução. É certo que o jogo de azar é *res illicita* e as dívidas dêle provenientes não são legalmente exigíveis; mas, se vêm a ser voluntariamente pagas, não pode ser repetido o dinheiro, salvo se houve fraude no jogo.

Por outro lado, o cheque é um título circulável, podendo ser transferido a terceiros *bona fide*, isto é, ignorantes da origem do título, e basta essa eventualidade para que se reconheça a inaplicabilidade, na espécie, do critério por mim defendido, de exclusão do estelionato no caso da *utriusque turpitudine* ou de fraude em negócio ilícito.

Assim, de acôrdo com a tese do eminente ministro relator, nego provimento ao recurso”.

“reaver do agente a colsa que lhe dera, porque, em tal hipótese, a vítima não poderia lamentar, ao menos em regra, um dano ressarcível. Se o estelionato nas relações ilícitas não fôsse punível, os estelionatários se constituiriam em agentes auxiliares de uma justiça paradoxal, dizendo: não é vedada a indústria de fraudar os imorais incautos. E esta lucrativa indústria, que transmutaria o estelionato num vingador da imoralidade, prosperaria rapidamente, favorecida pela benévola neutralidade da lei penal. O moralista poderá sustentar, com razão, que a vítima desonesta mereceu o castigo; mas o jurista não pode admitir a compensação do de-

função de quase-substitutivo da moeda, há que reconhecer que a "fraude no pagamento por meio de cheque", na hipótese de dívida de jogo, é tão criminosa quanto o pagamento de tal dívida com dinheiro falso.

95. *Estelionato qualificado*. Dispõe o § 3.º do art. 171 que "a pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência". Trata-se de qualificativa ou majorante relacionada não só ao estelionato no seu tipo básico (*caput* do art. 171), como às

"lto com a imoralidade. A lei penal, por outro lado, tem não só o escopo de reprimir a delinquência, mas também o de preveni-la com a cominação da pena e o exemplo da condenação dos culpados. Ora, a impunidade dos estelionatários que agem contra sujeitos imorais viria contrariar um dos fundamentos básicos do direito penal, pois, se o estelionato nas relações ilícitas fôsse um fato juridicamente indiferente, se criaria uma segura e frutuosa indústria fraudulenta, favorecendo assim a mais grave imoralidade, para não existir aparência de proteger, com a punição dos estelionatários, a imoralidade meramente intencional das vítimas.

"EDGAR NORONHA, no seu excelente livro (*Crimes contra o Patrimônio*, vol. 2.º, 1952, págs. 152 e segs., n.º 241), também examina detidamente a questão, dizendo: Os que negam o estelionato no ato ilícito fazem uma apreciação unilateral. Ressaltam a pessoa do iludido e deixam no olvido a do mistificador. Ignoram que, enquanto à má-fé daquele podem aliar-se a ingenuidade, a rusticidade e a simplicidade, a do agente revela temibilidade acentuada, pois não só como aquele conhece a *ilicitude* do ato, mas dessa *ilicitude* tira *provetto*. Olvida-se que antes de se dizer que existe vítima de um crime, é necessário firmar se houve ofensa à objetividade jurídica tutelada. Vítima de um delito é o titular do bem jurídico protegido. Ora, no caso não se pode negar ter sido desfalcado o patrimônio do lesado. Quem, ainda que de má-fé, perde seu dinheiro ou outra utilidade, tem seu patrimônio diminuído. Objetase que o patrimônio juridicamente protegido é tão-somente o que serve a fins lícitos. A afirmação esquece que, na grande maioria dos casos, esse fim ilícito não passou de mera intenção, e se para o próprio agente a simples intenção não é punível, por que o será para quem teve prejuízo, para quem foi lesado? A impunidade do agente equivale à punição do fraudado. Punição *sui generis*,

modalidades que vimos de apreciar (incisos do § 2.º do artigo 171). A *ratio* da especial agravação de pena é a *difusão* do *eventus damni*, pois êste, nos casos mencionados no texto legal, afeta interêsse da coletividade ou de indefinido número de pessoas.

Entidade de direito público é a que integra a organização administrativa do Estado ou gravita na órbita dessa organização (União, Estados federados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias ou entidades parastatais). *Instituto de economia popular* é todo aquêle que serve a direto interêsse econômico do povo ou indeterminado número

“convenhamos, mas punição. Cremos não há negar ter sido violado
“o patrimônio do lesado, que é a objetividade jurídica do crime, havendo, portanto, vítima.

“E acrescenta:

“Suponhamos que a má-fé da vítima se exteriorize em atos. Suponhamos que ela chegue a praticar um crime (e isso é o máximo que pode fazer). Qual a consequência? Evidentemente puni-la por êsse crime. Mas êsse fato não pode fazer com que desapareça o delito do estelionatário, porque um crime não justifica ou dirime outro. Nossa lei é ainda mais radical do que a italiana a respeito da nenhuma influência do ato doloso da vítima em relação ao crime do agente. Com efeito, no Código fascista, no art. 62, n.º 5, vamos encontrar esta atenuante: “ter concorrido para determinar o acontecimento simultaneamente com a ação ou omissão do culpado, o ato doloso da pessoa ofendida”. O ato doloso do ofendido atenua, destarte, o crime. Entretanto, em nosso diploma não vemos essa circunstância. Ora, se perante a lei peninsular, a maior parte dos autores sustenta a existência do crime, presente a má-fé da vítima, parece-nos mais fácil sustentar essa opinião diante da nossa, que não viu nem motivo para atenuar a pena. Por que se abrir exceção para o estelionato, se, noutros casos, há crime, não obstante haver a vítima delinqüido também? No próprio título que comentamos, iremos encontrar prova de que o fato ilícito da vítima não exclui o crime do agente. No art. 174 pune-se quem, valendo-se da inexperiência, da simplicidade ou da inferioridade mental de outrem, o induz à prática de jogo. Entretanto, a vítima, induzida por exemplo a praticar o jogo do bicho, estará cometendo uma contravenção. Portanto, se a lei admite crime, quando o sujeito passivo comete também crime ou contravenção, não há razão para se excluir o estelionato, por ocorrer má-fé do iludido.

de pessoas (bancos populares, cooperativas, caixas Raiffeisen, sociedades de mutualismo, etc.). *Instituto de assistência social ou de beneficência* é o que atende a fins de filantropia, de solidariedade humana, de caridade, de altruístico socorro aos necessitados em geral, de desinteressado melhoramento moral ou educacional.

96. *Duplicata simulada*. Com esta rubrica, o art. 172 incrimina o fato de “expedir duplicata que não corresponda a venda efetiva de mercadoria, entregue real ou simbolicamente com a respectiva fatura”. O antecedente histórico do dispositivo é o art. 168, n.º 8, da lei n.º 5.746, de 9 de dezembro de 1929 (antiga Lei de Falências), que considerava crime falimentar (isto é, cuja punibilidade é subordinada à declaração de falência do agente) a “existência de duplica-

“Depois de muitos outros, EDGAR NORONHA apresenta este argumento, que considera decisivo:

“É um argumento de direito positivo, que mostra a evolução operada na estruturação do crime pelas leis penais. Se buscarmos os antigos estatutos penais italianos, veremos que, capitulando a *truffa*, incluíam sempre o requisito da *boa-fé alheia*, não sendo, por certo, necessário insistir sobre a influência que sempre tiveram nas nossas construções jurídico-penais. Assim, o Código toscano, no art. 404, § 1.º, f, dizia: “*Chiunque, sorprendendo l'altrui buona fede, com artificio, maneggi, o raggiri, diversi da quelli contemplati sotto le lettere precedenti, o nel seguente art. 405, si procura un ingiusto guadagno in danno altrui*”. No Código sardo encontramos, no art. 626, também o “*artifizio o maneggio doloso atto ad ingannare o ad abusare dell'altrui buona fede*”. Se passarmos para o Código ZANARDELLI, o mesmo deparamos: “*Chiunque con artifizii o raggiri atti a ingannare o a sorprendere l'altrui buona fede...*”. Nessas leis era sempre posta em relêvo a *boa-fé alheia*. Entre nós o mesmo se deu. Combatendo a extraordinária amplitude da definição do estelionato, no Código de 1830, o de 1890 dispôs: “*Usar de artíficios para surpreender a boa-fé de outrem...*” (Compreensível, assim, que autores do renome de NÉLSON HUNGRIA e GALDINO SIQUEIRA, perante essa lei, sustentassem que a má-fé da vítima excluía o crime.) Ora, enquanto isso se passa com esses Códigos, nos estatutos modernos despreza-se o requisito. Vejam-se os Códigos italiano (art. 640), o uruguaio (art. 347), o chinês (art. 339), o

tas que não representam operações reais". Foi o art. 32 da lei n.º 187, de 15 de janeiro de 1936, que ampliou o critério de incriminação, suprimindo o advento da falência do agente como condição de punibilidade: "Incorrerá na pena de prisão celular por um a quatro anos, além da multa de 10% sobre o respectivo montante, o que expedir duplicata que não corresponda a uma venda efetiva de mercadorias

"polonês (art. 264, § 1.º), o dinamarquês (art. 279), o suíço (artigo 148) e o brasileiro (art. 171). Não mostra esse fato a orientação tomada por essas leis, fugindo de mencionar a *boa-fé alheia*, e, portanto, não a exigindo expressamente como requisito do crime? cremos que a resposta não pode deixar de ser afirmativa. Todavia, no tocante à emissão de cheque, sem fundos, em pagamento de dívida de jogo, EDGAR NORONHA é de parecer que ela não configura o crime do art. 171, § 2.º, n.º IV, do Cód. Penal.

"Não obstante reproduzir as opiniões de GARRAUD, MOSSA e CUELLO CALÓN, segundo as quais pouco importa que o cheque, emitido sem provisão, tenha sido dado em pagamento de uma dívida de jogo, procura mostrar que o caso é diverso da fraude bilateral verificada nos chamados *contos do vigário*. Nesta a má-fé do otário não vai além da *intenção*, o que não se passa com quem pratica jogo ilícito. Não se pode dizer lesado em seu patrimônio quem deixou de ganhar ilegalmente.

"Igual é o parecer de CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, na sua ótima monografia (*O Cheque*, 1952, vol. 1.º, págs. 100-102, ns. 105-106): não há crime na emissão de cheque sem fundos para pagar dívida de jogo.

"Ora, neste caso, a meu ver, além das razões desenvolvidas na primeira parte deste voto, outras existem no sentido de que se configura o crime de estelionato.

"Em primeiro lugar, ao concluir pela existência de crime na hipótese de torpeza bilateral, EDGAR NORONHA não se referiu apenas aos casos em que a vítima não vai além da intenção, antes expressamente se referiu também a hipóteses em que o sujeito passivo chegue a cometer um crime ou uma contravenção.

"No caso dos autos, teríamos dois contraventores, sendo um deles, além disso, estelionatário.

"Argumenta ainda EDGAR NORONHA que, entre nós, o art. 171, § 2.º, VI, do Cód. Penal não visa proteger o instituto do cheque, e sim punir um caso de estelionato (crime contra o patrimônio).

"No meu entender, porém, a lei visa às duas coisas: proteger o instituto do cheque e punir o crime contra o patrimônio, tanto as-

“entregues, real ou simbolicamente, e acompanhadas da respectiva fatura”. Cumpre notar, entretanto, que no regime do Cód. Penal de 1890, mesmo antes da lei n.º 187, a simulação de duplicata, de que resultasse locupletação ilícita em detrimento alheio, podia ser configurada como *species* de estelionato (art. 338, n.º 8: “Usar de falsa qualidade... ou de qualquer ardis para persuadir a existência de bens, crédito..., e por esse meio induzir alguém a entrar em negócios..., tirando para si proveito, ou locupletando-se com a jactura alheia”). É o que, com toda razão, acentuava CARVALHO DE MENDONÇA (*apud* FÁBIO PENA, *Da Duplicata*, pági-

“sim que a própria Lei do Cheque (dec. n.º 2.591, de 7 de agosto de 1912) admite seja punido com as penas do estelionato quem emite cheque sem fundos, e o fato de ter sido incluída essa modalidade de crime no vigente Cód. Penal não significa que, ao fazê-lo, não tenha o legislador também visado a proteção do instituto do cheque.

“Em direito, o argumento que se apóia na classificação das matérias não é, por si só, decisivo.

“Prova disso nós temos no Cód. Penal argentino, que classifica a emissão de cheque sem fundos entre os delitos contra a fé pública, o que levaria a ter o crime como consumado com a só emissão dososa do cheque; no entanto, o crime é subordinado ao não-pagamento do cheque no prazo de 24 horas, o que não permite ter como existente o delito se o prejuízo patrimonial é reparado.

“Que a figura do art. 171, § 2.º, VI, do nosso Cód. Penal compreende também a proteção do cheque, mostrou-o lucidamente o ilustre Prof. BASILEU GARCIA (*Anais do Ministério Público*, vol. 4.º, pág. 160, cit., in VALENTIM ALVES DA SILVA, *Repertório de Jurisprudência do Código Penal*, ed. Limonad, 2.º vol., pág. 919, n.º 2.334).

“Por último, cumpre considerar que o art. 1.477 do Cód. Civil, embora disponha que as dívidas de jogo não obrigam a pagamento, todavia acrescenta: “mas não se poderá recobrar a quantia que voluntariamente se pagou”.

“Assim, embora o cheque seja dado *pro solvendo* e não *pro soluto*, força é reconhecer que, se o paciente tivesse provisão de fundos, o cheque teria sido recebido e o paciente não teria ação para recobrar a respectiva importância.

“Logo, não há negar que, na espécie, a emissão do cheque sem fundos importou para a vítima num dano patrimonial...

“Diante do exposto nego provimento ao recurso”.

na 310): “A fatura em duplicata somente se expede no ato da entrega da mercadoria, isto é, no ato de tradição da coisa vendida (dec. n.º 17.535, de 10 de novembro de 1926, artigo 1.º). Quem desconta a duplicata de uma fatura tem a convicção íntima de representar ela o preço de mercadorias vendidas. Quem emite sem base num contrato de compra e venda, perfeito e acabado, e em via de execução mediante a entrega da coisa vendida, não pode deixar de ter a intenção de iludir terceiro, porque sabe praticar um ato em flagrante oposição à lei, ato que visa conferir-lhe uma situação vantajosa, ainda que aparente. Não se cogita de título falso ou falsificado, mas de título viciado de simulação fraudulenta. Se o emissor deseja criar um crédito cambial fundado em mero favor, poderá recorrer à letra de câmbio ou à nota promissória, cuja causa é estranha ao domínio cambial; nunca, porém, fantasiar uma fatura de mercadorias vendidas para imprimir ao título caráter que absolutamente não tem. De certo, o portador do título, ignorando a fraude, nem sendo dela partícipe, tem ação cambial contra seus signatários (dec. n.º 2.044, de 1908), mas o seu emissor, criando um valor fictício de circulação com violação de lei expressa, usando da qualidade de vendedor (falsa qualidade) e preparando destarte um ardil para persuadir a existência de mercadorias vendidas e entregues, a fim de entrar em negócio com proveito para si ou com enriquecimento à custa de outros, este emissor da duplicata, dizia, parece-me visivelmente estelionatário. O seu crime está definido no art. 338, n.º 8, do Cód. Penal”. A verdade, porém, é que ninguém jamais cuidara de provocar, no caso, a ação penal, e a duplicata simulada, como expediente de comerciantes em má situação financeira, para obtenção artificial de numerário, medrava livre e impunemente. Tal foi a repercussão maléfica dessa prática no jogo dos negócios, notadamente na órbita bancária, que o legislador, afinal, entendeu de reagir com um preceito especial de incriminação e, para maior eficácia da repressão, identificou o crime no simples fato de expedir duplicata simulada, independente-

mente de efetiva locupletação com a jactura alheia. Salvo alteração na penalidade cominada, o art. 172 do Código de 40 reproduziu o dispositivo da lei n.º 187. Com a simples expedição da duplicata fictícia, o crime se apresenta íntegro. Deve atender-se, porém, que *expedir* duplicata não é apenas *formar* o título: é necessário que seja, pelo menos, tentada a sua circulação, mediante desconto ou caucionamento. Não obstante o seu íntimo parentesco com a *falsidade ideológica*, a duplicata simulada é crime patrimonial, para o qual não é *quantum satis*, como nos crimes contra a fé pública, um perigo abstrato, senão, no mínimo, um perigo concreto de dano. O crime não deixa de existir, ainda que a duplicata simulada não alcance, por motivo de desconfiança, o pretendido desconto ou caucionamento, pois, com a sua apresentação para um fim ou outro, *concretizou-se* a possibilidade do evento lesivo.

O elemento subjetivo do crime é o dolo genérico: basta a vontade conscientemente dirigida à expedição de duplicata não correspondente à venda efetiva de mercadoria. Pode ter o agente a *boa intenção* de *honrar* o título no seu vencimento, mas isso não importa: não será excluído o dolo. O legislador considerou, aqui, que as *boas intenções* só servem para *calçar o inferno*, tendo a experiência demonstrado que, apesar delas, o prejuízo dos confiantes e incautos era freqüente; e daí a severidade do critério de identificação do crime. E note-se que se o agente, *ab initio*, tinha o intuito de injusta locupletação, e esta vem a realizar-se, o crime passa a ser, inquestionavelmente, o de estelionato (art. 171, *caput*).

Sabe-se que a duplicata é título descontável ou caucionável mesmo antes do aceite do comprador (pois, com a só assinatura do vendedor, já existe um responsável pelo resgate). No caso de duplicata simulada, cumpre, então, distinguir: se o título é descontado ou caucionado, ou simplesmente apresentado para um ou outro efeito, já com o *aceite de favor* do pseudocomprador, haverá concurso de agentes (pseudovendedor e pseudocomprador serão co-autores do cri-

me); caso contrário, e verificando-se o alheamento do pseudo-comprador à simulação, é claro que único criminoso é o pseudovendedor.

A tentativa, na espécie, é inadmissível: ou o título é apresentado à circulação, e o crime se consuma, ou não sai das mãos de quem o formou, permanecendo inócuo, e não há crime algum.

97. *Abuso de incapazes.* O Código de 1890 (art. 338, n.º 7) incluía entre as formas do estelionato o fato de “abusar, em próprio ou alheio proveito, das paixões ou inexperiência de menor, interdito ou incapaz, e fazê-lo subscrever ato que importe efeito jurídico em dano dêle ou de outrem, não obstante a nulidade do ato emanada da incapacidade pessoal”. O Código atual, porém, entendeu de destacar o crime sob o especial *nomen juris* de “abuso de incapazes” (alheando-o ao quadro do estelionato), e alterou a antiga fórmula, ora para ampliá-la, ora para restringi-la ou expungir-la de defeitos: a) ao abuso de *paixão* e *inexperiência*, limitadamente referido ao caso de *menoridade* do sujeito passivo, foi acrescentado o abuso de *necessidade*; não exige a antecedente *interdição*, nos casos em que a incapacidade do sujeito passivo pode dar lugar a tal medida; b) generalizou o caráter do ato prejudicial a que é induzido o sujeito passivo: não apenas a *subscrição* de documento de relevância jurídica, mas todo e qualquer ato suscetível de produzir efeito jurídico; c) suprimiu a cláusula “não obstante a nulidade do ato emanada da incapacidade pessoal”, que era supérflua, pois é claro que, a ter-se em conta tal nulidade, o crime jamais ocorreria; d) não contempla, por estranha à *ratio* da incriminação, a incapacidade por causas sociais, ou não-biológicas.

O crime de *abuso de incapazes* tem afinidade com o estelionato, mas dêle difere em mais de um ponto. Em primeiro lugar, trata-se de *crime formal*; sua consumação não está condicionada à efetividade do dano, bastando a criação do perigo de dano. Outro ponto de divergência está em que não exige, necessariamente, o emprego de *meio fraudulento* para

induzimento em erro, contentando-se com a persuasão pura e simples (persuasão que já é *fraude*, pois alcançada com abuso da condição de indefensabilidade psíquica do sujeito passivo).

São elementos do crime: a) menoridade, ou alienação ou debilidade mental do sujeito passivo; b) abuso da necessidade, paixão ou inexperiência do menor ou da condição própria do alienado ou débil mental; c) induzimento à prática de ato suscetível de efeito jurídico, em detrimento da vítima ou de outrem; d) dolo genérico e específico (*animus lu-cr-andi*).

Quanto ao elemento *sub a*:

O *menor* a que se refere o art. 173 deve ser entendido como sendo o de idade inferior a 18 anos. Sob pena de se atribuir ao Código uma desmarcada incoerência, êsse artigo tem de ser acareado e conciliado com o art. 23. Não se trata, aqui, da *menoridade civil*, que vai até os 21 anos. A *ratio* da incriminação, na espécie, é o pérfido aproveitamento da falta de discernimento e autodeterminação que caracteriza o infante e o adolescente. Ora, se o indivíduo entre os 18 e 21 anos já é declarado pelo art. 23 (*a contrario sensu*) plenamente responsável, por isso mesmo que é considerado capaz de entendimento ético-jurídico e *self control*, não é compreensível que seja a presa fácil da circunvenção de que cuida o art. 173. Por outro lado, o menor que o Código sistematicamente protege, de modo especial, é o de idade inferior a 18 anos (arts. 159, § 1.º, 215, parág. único, 216, parág. único, 217, 218, 227, § 1.º, 231, § 1.º, 244, 245, 247, 248 e 249). Também a lei n.º 2.252, de 1954, entrosada no Código, somente tutela, penalmente, o menor de 18 anos. Ainda mais: a lei n.º 1.521, de 1951 (art. 4.º, letra b, comb. com o § 2.º, IV, letra b) destaca do âmbito do art. 173 a prática de *usura* mediante abuso da necessidade, inexperiência ou leviandade do *menor de 18 anos*. Finalmente, se é certo que aos 18 anos completos a pessoa adquire a *maioridade política* (art. 131 da Constituição federal), reconhecendo-se nela capacidade para contribuir até mesmo na escolha dos que devem governar a Nação, seria um des-

conchavo o atribuir-lhe o rematado estado de incapacidade intelectual que, segundo o pressuposto do art. 173, a deixaria à mercê do inescrúpulo de qualquer tratante, mesmo sem o emprêgo de engano.

Se o menor já atingiu 18 anos, e é induzido a êrro por meio fraudulento, ficando lesado em seu patrimônio, o fato constituirá estelionato, e não abuso de incapazes; se, porém, se deixa lesar sem ser *enganado* astuciosamente, *imputet sibi*: não haverá crime algum, restando-lhe apenas, se fôr caso, recorrer ao juízo cível.

Alienado mental, no sentido do art. 173, é o *louco*, ou, seja, o portador de mórbida alteração psíquica, que o priva do uso da razão, da faculdade de autocrítica e de autogoverno. *Débil mental* é o mórbido deficiente psíquico, igualmente desprovido de discernimento adequado e autodeterminação. Como o débil mental é um *minus* em relação aos *idiotas* e *imbecis*, segue-se que êstes (ainda quando não se queira classificá-los na categoria dos *loucos*) são abrangidos pelo texto legal. Não estão em causa, porém, os simples *inferiorizados psíquicos* (*psicopatas* em sentido estrito), nos quais, embora reduzidos, não estão suprimidos o entendimento ético-jurídico e o autogoverno (pressupostos da responsabilidade moral); pois, de outro modo, a especial tutela do art. 173 estaria em contraste com o parág. único do art. 22.

A prova da menoridade ou da alienação ou debilidade mental, quando são estas patentes ou reconhecíveis *ictu oculi*, dispensa, respectivamente, a certidão do registro civil e o exame psiquiátrico.

Quanto ao elemento *sub b*:

O verbo *abusar* é empregado no texto legal com o sentido de *aproveitar, prevalecer-se, tirar partido*. O *modus* da ação criminosa é o *aproveitamento* da condição de menoridade ou de alienação ou debilidade mental da vítima.

Ao estado de menoridade são inerentes ou naturais a impaciência na satisfação de necessidades (supostas ou reais, com ou sem motivos reprováveis), a impulsividade dos sentimentos e a fácil sugestionabilidade em matéria de negócios,

decorrente do desconhecimento da vida prática. Por isso é que a lei relaciona o *abuso*, de que cogita em relação ao menor, à *necessidade*, *paixão* ou *inexperiência* dêste, isto é, pressupõe que o êxito da circunvenção, no caso, se prende a qualquer dessas *causas*.

É de se indagar se, ainda que *emancipado*, o menor continua sendo idôneo sujeito passivo do crime em questão. Se o *nomen juris* adotado pela rubrica lateral do art. 173 é “abuso de *incapazes*”, e se a *incapacidade*, na espécie, não é outra senão a definida pelo direito privado, deve entender-se que o *menor* referido no texto do artigo é o legalmente inabilitado para os atos da vida civil, não estando, portanto, incluído o menor emancipado. A *ratio* da especial proteção penal do menor de 18 anos assenta, aqui, na condição de des-governo e *inexperiência* que lhe é própria, e, assim, desaparece quando tal menor é emancipado, *ope legis*, em razão de fatos que revelam, por parte dêle, excepcionalmente, a aquisição da plena posse de si mesmo e o conhecimento dos negócios. Seria um desconchavo se, por exemplo, se considerasse sujeito passivo de “abuso de *incapazes*” o menor emancipado pelo “estabelecimento civil ou comercial, com economia própria”, pois ninguém se arriscaria a entrar em negócios com êle, pelo justo receio de incorrer em sanção penal.

Quanto ao elemento *sub c*:

Induzimento é a persuasão à efetiva prática do *ato* pelo sujeito passivo. Convém repetir que não é necessário o emprego de meio fraudulento para produção ou manutenção de erro: basta a fraude consistente no *abuso* a que a lei se refere. Se não há *induzimento*, tendo o sujeito passivo espontaneamente praticado o ato, poderá haver ilícito civil, e não o crime de que se trata.

O *ato* deve ser juridicamente relevante e *patrimonialmente* lesivo do próprio sujeito passivo ou de terceiro. Se constitui crime em si mesmo (por exemplo: forjadura de um título de suposta responsabilidade de outrem), o agente responderá por tal crime com a agravação genérica do artigo 45, III, se o sujeito passivo fôr *alienado* ou *débil mental*;

se fôr *menor*, responderá pelo crime do art. 1.º da lei n.º 2.252, de 1.º de julho de 1954 (“corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 anos, com ela praticando infração penal ou *induzindo-a* a praticá-la”), desaparecendo, em qualquer caso, a figura do “abuso de incapazes”. Se se trata de contrato *usurário*, o crime passa a ser o do art. 4.º, letra b, e § 2.º, IV, letra b, da lei n.º 1.521, de 1951.

O proveito visado ou obtido pelo agente pode consistir em dinheiro, objetos de valor, quitação de dívida, título de obrigação, etc. Se o *ato* induzido fôr radicalmente nulo por motivo outro que não a incapacidade do sujeito passivo (ex.: contrato sem a forma exigida *ad substantiam* ou *ad probationem*), e ainda não produziu seu fim prático, inexistirá o crime por falta de objeto.

Quanto ao elemento *sub d*:

O dolo do crime é a vontade conscientemente dirigida ao abuso da condição de pessoa que se sabe incapaz e ao seu induzimento à prática de ato juridicamente relevante e prejudicial a si mesma ou a terceiro (dolo genérico), com o fim de proveito próprio ou alheio (dolo específico). O dolo será excluído se o agente razoavelmente supunha achar-se em face de pessoa maior de 18 anos ou civilmente capaz (erro de fato). Já não assim se procedeu na dúvida a tal respeito, isto é, com dolo eventual. O proveito visado ou alcançado pelo agente deve ser *indevido*, pois, do contrário, o que poderá apresentar-se é o “exercício arbitrário das próprias razões”.

98. *Induzimento a especulação.* O jogo, que tanta sedução exerce, porque acena com a eventualidade do enriquecimento fácil, é essencialmente *aleatório*; mas a experiência ou o atilamento de quem o pratica podem diminuir-lhe a álea, ou mesmo evitar, dadas certas circunstâncias, a participação nêle, porque evidente a eventualidade de perda. Daí o incriminar a lei (art. 174) o fato de “abusar, em proveito próprio “ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou “aposta, ou à especulação com títulos ou mercadorias, sa-

“bendo ou devendo saber que a operação é ruinosa”. No tocante a esta última parte, o dispositivo do nosso Código inspirou-se no art. 158 do Código suíço¹⁹ e quer significar o chamado *jogo de Bôlsa*, isto é, a especulação (mediante contratos ou operações *a têrmo*) com títulos ou mercadorias. Trata-se, também aqui, de autêntico jogo, pois as partes contam sômente, para o próprio lucro, com a eventual alta ou baixa dos preços, no predeterminado momento da liquidação. O Cód. Civil dispõe expressamente, no seu art. 1.479, que “são equiparados ao jogo, submetendo-se, como tais, ao disposto nos artigos antecedentes (relativos ao jogo ou aposta), os contratos sôbre títulos de Bôlsa, mercadorias ou valores, em que se estipule a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que êles tiverem, no vencimento do ajuste”. Pode dizer-se, então, que o artigo 174, ora comentado, cuida do induzimento do inexperienced, simplório ou pobre de espírito (ainda que não atinja o grau de debilidade mental) a qualquer forma de jogo (ilícito ou lícito).

Sujeito ativo do crime é quem *induz* o sujeito passivo ao jogo, aposta, ou especulação bolsista, podendo ser pessoa diversa daquela com quem compete ou contrata a vítima. Frequentemente, aliás, o agente não passa de um *intermediário* ou *agenciador* de outrem, limitando-se a auferir uma comissão percentual, e pode mesmo acontecer que aquêle que *monta* o jogo, aceita a aposta ou contrata com o sujeito passivo jamais se tenha avistado com êste e ignore, portanto, a sua condição pessoal. O proveito visado ou obtido pelo agente pode não ser ilícito em si mesmo, como no jogo ou aposta permitidos ou especulação bolsista, mas, ainda em tal caso, é ilícito o *modus* de sua obtenção ou tentativa de obtenção,

¹⁹ “Celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage pecuniaire, aura abusé del'inexperience d'une personne dans les affaires de bourse ou de sa légèreté pour l'entraîner à speculer sur des papiers-valeurs ou des marchandises, alors qu'il savait ou devait savoir que ces opérations étaient en disproportion évidente avec la fortune du spéculateur, sera puni”, etc.

isto é, com abuso da condição do induzido à operação aleatória.

Quando se trate de jôgo em sentido estrito ou aposta, basta o *induzir* ou, seja, fazer com que a vítima se empenhe naquele ou nesta; mas, se se trata de especulação bolsista, é ainda necessário que o agente proceda “sabendo ou devendo saber que a operação é ruínosa”. A cláusula “ou devendo saber” não quer significar que o art. 174 admita o contra-senso de uma “fraude culposa”. O que aí se quer acentuar é que o crime não deixa de existir ainda quando o agente não tenha a *certeza* de que a operação redundará ruínosa, mas conhece fatos que não podem deixar de prognosticar o seu insucesso. A fraude, então, está em induzir o inexperiente ou desprovido de perspicácia à especulação, não obstante a contra-indicação desses fatos, que não podiam ter escapado, de modo algum, ao entendimento do agente.

Suponha-se, no entanto, que, contra tóda previsão, a operação resulte em benefício do induzido. Indaga-se: ainda em tal caso, existirá o crime? A resposta deve ser afirmativa. Quando da revisão do Projeto de Código suíço, dizia GAUTIER (*Protokoll der zweiten Expertenkommission*, vol. 2.º, página 368) que “*le texte englobe les spéculations réussies aussi bien que les spéculations ratées*”. No mesmo sentido se pronuncia HAFTER (ob. cit., pág. 309): “*Ohne Bedeutung für die Tatbestandserfüllung ist, ob die Spekulation misslingt oder gelingt*” (isto é, “é irrelevante que a especulação resulte, ou não, em insucesso”). Outra, realmente, não pode ser a solução, de vez que, sendo o crime de *consumação antecipada* ou condicionada à só criação do perigo *in abstracto* (reconhecível segundo *id quod plerumque accidit*) de dano da vítima ou de terceiro, será indiferente que fatos supervenientes, inteiramente imprevisíveis no momento em que ocorre o induzimento à especulação, venham, *in concreto*, demonstrar o contrário.

É escusado dizer que o crime só é punível a título de dolo, que se especifica pelo *animus lucrandi*: além da vontade conscientemente dirigida ao induzimento do sujeito passivo, que o agente sabe inexperiente ou apoucado de espírito, ao

jogo ou aposta, ou à especulação bolsista, cujo insucesso sabe certo ou tem razões para prever como certo, é necessário o fim de proveito próprio ou alheio.

Será excluído o dolo, se o agente razoavelmente supõe que o induzido seja pessoa experiente ou de perspicácia comum (êrro de fato). Já não será assim, porém, se ele tem dúvida a respeito e não se abstém (dolo eventual).

99. *Fraude no comércio.* Esta é a rubrica lateral do artigo 175, que incrimina espécies de fraude idêntica à modalidade de estelionato denominada "fraude na entrega de coisa" (art. 171, § 2.º, n.º IV), mas diferenciada desta porque estritamente relacionada ao "exercício de atividade comercial". Para a incriminação distinta da *fraude no comércio*, há razões ponderáveis: em certos casos, a pena cominada ao estelionato seria excessiva, porque a vítima, aceitando a coisa entregue, sem prévia verificação, que estava a seu alcance e não devia omitir, por ser bem conhecida a tendência dos comerciantes ou seus prepostos em fazer passar "gato por lebre", contribui culposamente para o êxito da fraude; em outros casos, porém, como quando se trata de objetos preciosos, cuja verificação de genuinidade não pode ser feita *prima facie* e depende de conhecimentos técnicos, o adquirente tem de confiar no comerciante, e este vem a trair o dever de lealdade a que está adstrito, a punição deve ser até mais grave que a do estelionato. Discordamos de MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., pág. 322) quando empresta à expressão legal "exercício de atividade comercial" o sentido amplo de qualquer ato, ainda que isolado, objetivamente classificado como *de comércio*. *Ato de comércio* é uma coisa e *atividade comercial* é outra. Esta última é uma *species* do *genus* "atividade econômica", que pressupõe, conceitualmente, continuidade, habitualidade, *profissionalidade*. Para atestá-lo, aí estão os artigos 197, III, e 395 do Código, 47 da Lei das Contravenções Penais, 3.º do dec.-lei n.º 9.070, de 15 de março de 1946, e 352 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Exercício de atividade comercial não quer dizer senão "exercício profissional do comércio, por conta própria ou de

outrem". Assim, repita-se: idôneo sujeito ativo de qualquer das fraudes de que ora se trata é sòmente o *comerciante* ou o *comerciário*. Se o agente não reveste tal qualidade ou condição, o fato será punível a título de "fraude na entrega de coisa", e não por "fraude no comércio". Caso o art. 175 não tivesse *particularizado* o sujeito ativo das fraudes de que cogita, seria um repetição ociosa do art. 171, § 2.º, IV. Mais do que em qualquer outra fraude punível, apresenta-se, aqui, como meio de engano, o *capcioso subentendido* ou *sugestão implícita*, a que os alemães chamam *schlüssige Handlung*. É o que ocorre, as mais das vèzes, quando alguém vende coisa falsificada, imperfeita ou de inferior qualidade, sem inculcar, de modo expresso, que é verdadeira, perfeita ou de superior qualidade, mas cobrando preço correspondente a esta (isto é, como se a coisa fôsse verdadeira, perfeita ou de superior qualidade). É o engano a que é levada a vítima por efeito de *facta concludentia* ou insinuação implícita do agente.

A fraude no comércio versa tão-sòmente sòbre coisas *móveis*.

O preceito penal fala em *mercadorias*, e estas, em face do art. 191 do Cód. Comercial (relativo à compra e venda), são apenas os "efeitos móveis ou semoventes".

A primeira das espécies de tal fraude (tòdas subordinadas à condição de serem praticadas "no exercício de atividade comercial") é a que consiste no "enganar o adquirente ou consumidor, vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada" (art. 175, n.º I). *Falsificada* se diz a mercadoria de má qualidade a que se dá a aparência enganadora de boa qualidade, para ser vendida como tal. *Deteriorada* é a mercadoria parcialmente estragada ou avariada, e a fraude, então, consiste em disfarçá-la, de modo a parecer intata ou perfeita. A coisa deteriorada equipara-se a eivada de *vício redibitório*, que, no caso, sendo *conhecido* do agente, é *ocultado* ao comprador.

Adverta-se que as mercadorias não devem ser destinadas à alimentação ou a fins terapêuticos, pois, em tal caso, o crime passa a ser lesivo da *saúde pública*, enquadrando-se nos

arts. 272, § 1.º, 273, § 1.º, 276 e 279. Outrossim, o crime será os dos incs. III e V do art. 2.º da lei n.º 1.521, de 1951 (repressiva dos crimes contra a economia popular) se a mercadoria vendida é fabricada com desatenção a “determinações oficiais, quanto ao peso e composição”, ou é vendida como pura, não obstante misturada com outras de espécies ou qualidades desiguais, “cobrando-se preço marcado para as de mais alto custo”.

A segunda modalidade de fraude no comércio é a de “enganar o adquirente, entregando uma mercadoria por outra”. Já aqui, não se trata de *falsificação*, mas de *substituição* de uma coisa por outra, sendo esta de valor inferior ao daquela (ex.: entregar um *sub-rogado* ao invés da coisa genuína, que era a devida), ainda que tal inferioridade seja apenas convencional (ex.: entregar casimira nacional de ótima qualidade, como se fôra casimira inglesa), ou defraudada na substância, qualidade ou quantidade (ex.: entregar sacas de café desfalcadas, colocando-se seixos em lugar da porção de grãos retirada).

Se se trata de substância medicinal, fornecida em desacôrdo com receita médica, o crime será o do art. 280.

A fraude no comércio, nas hipóteses acima, pode concorrer com o crime de *violação de marcas de indústria ou comércio* ou de *concorrência desleal*.

No § 1.º do art. 175 se definem quatro espécies outras do crime: a) “alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal”; b) “substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor”; c) “vender pedra falsa por verdadeira”; d) “vender, como precioso, metal de outra qualidade”. O enunciado do parágrafo dispensa esclarecimentos; mas, a propósito da hipótese *sub b*, é suscitada a questão de saber se a substituição de pérolas naturais (classificadas entre as *pedras preciosas*) por pedras *cultivadas* (japonêsas) constitui o crime de fraude no comércio. Sem dúvida, as pérolas *cultivadas* não são *falsas*, mas seu valor é inferior ao das pérolas naturais, ainda que tal inferior-

ridade seja puramente convencional; e é o quanto basta para a *criminosidade* da substituição.²⁰

O dolo do crime é o genérico: vontade e consciência de entregar coisa diversa da que devia ser entregue, de valor inferior a esta. Não é exigido o *animus lucrandi*, embora o crime, pela sua classificação, há de representar, pelo menos, um perigo de dano patrimonial a outrem. Como é claro, o dolo será excluído pelo *erro de fato* em que labore o agente, por mais culposos que êle seja; e o fato não provocará, então, sanções outras que não as de direito privado. É irrelevante, porém, a *opinião* do agente sobre o valor da coisa entregue, no sentido da inocuidade do *aliud pro alio*.

Em qualquer das modalidades da fraude no comércio, a consumação ocorre com a efetiva entrega da coisa substituída ou fraudada. Se o destinatário, reconhecendo, *prima facie*, a fraude, se nega a receber a coisa, o que se poderá identificar é a simples *tentativa*.

100. *Outras fraudes.* Obedecendo à rubrica “outras fraudes”, o art. 176 contempla, para especial atenuação de pena (facultando até mesmo, em face das circunstâncias, o perdão judicial), certas modalidades de estelionato que apresentam escassa gravidade. Dizem com o abuso de quem, em situação de insolvabilidade, toma refeição em restaurante, obtém poisada em hotel ou se utiliza de meio de transporte. São formas do calote preordenado que a gíria denomina *ca-*

²⁰ Eis como se pronuncia DONÀ (ob. cit., pág. 187): “... não se trata de pérolas *falsas*, pois são produzidas pela ostra, do mesmo modo que as verdadeiras, com a só diferença de que não se formam casualmente no seio do molusco, mas por meio de especial operação, colocando-se um pequeno núcleo de madrepérola sob o fígado do animal. Tratando-se, então, de um simples estímulo à natureza (a cor, o peso, a qualidade, a duração correspondem inteiramente ao produto natural), nem mesmo o exame radiográfico pode atestar qualquer diferença. De resto, a diferença de valor entre as duas espécies é meramente convencional, e, assim, reconhecida a identidade biológica, seria muito duvidosa a existência da fraude, se esta não fôsse prevista e punida por especial disposição de lei”.

rona. Nas legislações penais francesa e suíça, a especial incriminação de tais burlas (*filouterie d'aliments, filouterie d'auberge, filouterie de transport, obtention frauduleuse d'une prestation*) resultou da dúvida sobre se podiam ser, ou não, enquadradas na fórmula do estelionato.²¹ Já na Alemanha, dada a amplitude com que o respectivo Cód. Penal configura o estelionato, não houve necessidade de incriminação especial, reconhecendo a jurisprudência como compreendidas na fórmula de tal crime a *Zechprellerei* (usurpação de alimentos), a *Logisprellerei* (fraudulenta obtenção de posada em hotel) e a *Fahrtprellerei* (utilização fraudulenta de meio de transporte). Entre nós, ainda no regime do Código de 1890, sustentávamos a existência do estelionato no particularizado caso de "usurpação de alimentos" (*Fraude Penal*, pág. 90): "Outro caso, perfeitamente identificável como estelionato perante o nosso Código, mas que nunca vimos punido como tal pelos tribunais do país, é o do indivíduo que, num restaurante ou casa de pasto, se faz servir alimentos ou bebidas, sabendo não poder pagar a despesa do consumo. É o *scrocco*, dos italianos, a *filouterie d'aliments*, dos franceses,

²¹ A lei francesa de 28 de janeiro de 1937 assim dispõe sobre a *filouterie d'aliments et boissons* e a *filouterie d'auberge*: "Quiconque, sachant qu'il est dans l'impossibilité absolue de payer, se sera fait servir des boissons ou des aliments qu'il aura consommés, en tout ou en partie, dans des établissements à ce destinés, même s'il est logé dans lesdits établissements, sera puni d'un emprisonnement de six jours au moins et de six mois au plus, et d'une amende de 2.000 francs au moins et de 24.000 francs au plus. La même peine sera applicable à celui qui, sachant qu'il est dans l'impossibilité absolue de payer, se sera fait attribuer une ou plusieurs chambres dans un hôtel ou auberge et les aura effectivement occupées. Toutefois, dans les deux paragraphes précédents l'occupation du logement ne devra pas avoir dépassé la durée d'une journée d'hôtel, telle qu'elle est fixée par les usages locaux". E ainda vigora, na França, a lei de 31 de março de 1926, que assim prevê a *filouterie de transport*: "Quiconque, sachant qu'il est dans l'impossibilité absolue de payer, aura pris en location une voiture de place, sera puni d'un emprisonnement de six jours au moins et de six mois au plus, et d'une amende de 2.000 francs au moins et de 120.000 francs au plus".

a *Zechprellerei*, dos alemães. Há evidentemente no fato uma astuciosa *veritatis immutatio* (pois, com o fingir a atitude de um cliente normal, o agente faz supor sua solvabilidade, induzindo em erro o dono do estabelecimento), assim como há lucro ilícito e o dolo específico do estelionato. Não há que censurar, entretanto, na solução do caso, o critério prático de nossas autoridades policiais, que se limitam a punir o astucioso filante com uma breve detenção correcional, nas próprias sedes das delegacias. Apesar da *criminosidade* do fato, sua repressão com as penas do estelionato seria aberrante do nosso conhecido espírito de liberalidade ou do nosso sentimento de aversão à sovinice. Não terá sido por outro motivo que o Anteprojeto SÁ PEREIRA contempla a hipótese como simples *contravenção*, sob o título de *usurpação de alimentos*, cominando-lhe leve penalidade (detenção até seis dias). Seria mesmo de sugerir que fôsse *facultada* ao juiz a não-aplicação da pena quando comprovada a “extrema necessidade” do agente”. O Código de 40 não concordou em que o fato, efetivamente lesivo do patrimônio alheio, figurasse como simples “contravenção”, e acrescentou, na incriminação, as hipóteses do insolvente que toma poisada em hotel ou se utiliza de meio de transporte. A especial incriminação não foi motivada pela dúvida de que se pudesse reconhecer, na espécie, o estelionato (pois que inquestionável o enquadramento de tais fatos no art. 171), mas tão-somente para um atenuado tratamento penal ou eventual perdão judicial, dada a pouca ou mínima gravidade das burlas em questão. Cumpre advertir que o *privilegium* só é possível nas hipóteses em que não é exigido prévio pagamento, com ou sem *tickets*, como ocorre, habitualmente, nos restaurantes, nos hotéis e nos veículos de transporte urbano. São fraudes de relêvo mínimo. Tratando-se de hipótese diversa, frustrando o agente o pagamento prévio ou usando *bilhete falso*, responderá por estelionato no seu tipo básico ou falsidade documental (arts. 293, § 1.º, e 304).

Trata-se, em qualquer das modalidades previstas, não de crime formal (como entende MAGALHÃES NORONHA), mas

de crime de dano: somente se consuma com a efetividade deste. Os extremos característicos do estelionato apresentam-se aqui: emprego de meio fraudulento (atitude simuladora de solvabilidade), proveito ilícito em correspondência com lesão patrimonial de outrem (*tomada* de refeição, obtenção de *alojamento* ou *utilização* de meio de transporte, sem poder o agente efetuar o pagamento) e *animus lucrandi* (implícito na ciência de impossibilidade de pagamento). O nosso Código inspirou-se na lei francesa, que, como já vimos (nota 21), criou, no caso, um crime tipicamente material. Para o *summatum opus*, é necessário, pelo menos, a tomada parcial da refeição no restaurante, a ocupação do cômodo do hotel por um espaço relevante de tempo, ou a utilização do meio de transporte, por menor que tenha sido o percurso. Antes disso, o que pode haver é simples *tentativa*, perfeitamente concebível na espécie, como *in exemplis*: já tendo sido trazida a refeição, ou ao entrar o agente no quarto do hotel ou no veículo de transporte, é descoberto (por aviso de terceiro ou outra circunstância) o plano de burla, que, assim, se frustra. Tanto a superveniência de dano é indispensável que, se, intercorrentemente, um terceiro efetuar o pagamento da refeição, da hospedagem ou transporte, inexistirá o crime por falta de objeto.

O dolo, no caso, é a vontade consciente de praticar qualquer das ações mencionadas no texto legal, sabendo o agente que não dispõe de recursos para efetuar o pagamento (de modo que, como já foi notado, está implícito o *animus lucri faciendi*, que especifica o dolo). Como nos crimes dolosos em geral, o *erro de fato* excluirá, aqui, o elemento subjetivo. Assim, se o agente supõe que traz dinheiro consigo, quando, na realidade, esqueceu em casa a carteira (fato muito freqüente) ou esta lhe foi furtada *à son insu*, não lhe poderá ser imputada a prática da fraude.

Inexistirá o crime se o agente se encontrava em "estado de necessidade" (arts. 19, I, e 20) ou, seja, de "extrema penúria", não lhe sendo exigível conduta diversa da que teve. Ao condescender com as fraudes de que se trata, o legisla-

dor entendeu que não era suficiente o *privilegium* do § 1.º do art. 171: aprioristicamente reduziu a penalidade e ainda facultou o perdão judicial (parág. único do art. 176), conforme as circunstâncias, entre as quais se hão de incluir, naturalmente, o diminuto valor do prejuízo e a *primariedade* do agente. Ainda mais: exigiu, como condição de processabilidade ou punibilidade, a *representação* do lesado: sem esta, não poderá o Ministério Público intentar a ação penal. Segundo entendemos, o perdão judicial deve seguir-se à efetiva *condenação* do réu (reconhecidas a existência do crime e a autoria imputada), pois, de outro modo, seria criar um benefício de que a lei não cogita, isto é, o de poupar ao réu até mesmo o desfavor de não ser considerado reincidente, se vier a cometer novo crime.

101. *Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedades por ações.* Não há negar que, nos tempos modernos, a sociedade por ações tem sido um instituto adequado ao ritmo da crescente intensidade do desenvolvimento econômico. Pelas vantagens que proporciona (possibilidade e rapidez de formação de vultosos capitais pelo concurso ou cotização do público, limitação da responsabilidade dos sócios às respectivas cotas acionárias, subdivisão dos riscos, transferibilidade das ações representativas do capital, sem perturbação na estrutura e funcionamento da sociedade, etc.), tornou-se o instrumento ideal para constituição e êxito de empresas comerciais ou industriais de grande envergadura, a cujos arrojados e vicissitudes não poderiam fazer face as outras formas de sociedade. De par, porém, com a sua função benéfica, a sociedade por ações tem sido um fácil e freqüente ensejo para aventuras e fraudes, em detrimento da bolsa de *intraneis* e *extraneis*. Os inescrupulosos e hábeis *brasseurs d'affaires* e espertalhões de alta escola encontram nela um excelente meio de se locupletarem à custa alheia. Já dizia LEROY-BEAULIEU (*Essai sur la repartition des richesses*, página 334) que “*la question si grave des sociétés par actions pourrait être étudiée au point de vue des facilités qu’elles*

donnent aux hommes habiles pour s'enrichir aux dépens du public, pour passer à celui-ci leurs mauvaises affaires personnelles". As vezes, a fundação de uma sociedade por ações não passa de um bluff organizado, de uma *mise-en-scène* preordenada para o engano e espoliação de outrem, e o estelionato nitidamente se apresenta; outras vezes, embora inicialmente formada para objetivos seriamente colimados, dão margem, em seguida, a um sistema de abusos de confiança, de falsidades, de múltiplos processos fraudulentos, para subversão de lucros e capital, por parte de diretores ou administradores cúpidos e mal vigiados; e, ainda outras vezes, sua formação ou seu funcionamento se pontilham de mentiras aliantes ou malversações, que procuram disfarçar-se sob artifícios de contabilidade ou sob a roupagem do chamado *dolus bonus*. Veio daí a necessidade de uma especial legislação penal, encontrada em quase todos os países do mundo civilizado, para coibir tais fatos, mesmo na sua fase incoativa ou preparatória, ou ainda quando se limitem a criar mero perigo de dano. Instituiu-se o que se pode chamar o *direito penal das sociedades por ações*. No Brasil, o legislador não se descuidou do assunto, e adotou um duplo critério de incriminação: ora identifica, na espécie, simples crime *contra o patrimônio individual*, ora crime *contra a economia popular*. Neste último caso, as penas são sensivelmente agravadas, e ainda o prévio *consensus* das vítimas não excluirá o crime. É o que ocorre quando se trate de sociedade de cunho eminentemente popular, isto é, cujo capital é dividido em ações de valor suficientemente reduzido, para que sua subscrição se torne acessível ainda mesmo à bolsa de pessoas pertencentes às classes menos favorecidas da fortuna ou à *multidão anônima*, ou se destine a fins que diretamente interessem à economia do povo, e pôsto que venham a cair em falência ou insolvência. A Lei Orgânica das Sociedades por Ações (dec.-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940), nas suas *disposições penais*, já continha a ressalva de que os crimes aí definidos teriam caráter *subsidiário* em relação aos crimes contra a economia popular, previstos pelo então vigente dec.-lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938 (atualmente substituído pela lei

n.º 1.521, de 1951). A mesma ressalva veio a ser feita pelo Código de 40, que, no seu art. 177, reproduziu os dispositivos incriminadores do dec.-lei n.º 2.627, com exceção apenas dos relativos à *falsidade ideológica* de laudos periciais sobre a avaliação dos *apports* “in natura” (pois tal fato se enquadra no art. 199 do Código) e à infração de impedimento para o exercício de cargo de diretor, gerente ou fiscal (pois, ou o fato incide no art. 359 do Código, ou não reclama a severidade da sanção penal).

São incriminados pelo art. 177 fraudes e abusos que podem ocorrer desde a etapa de fundação até a de eventual liquidação da sociedade por ações, compreendendo esta a *sociedade anônima* (ou *companhia*) e a *sociedade em comandita por ações*.

A primeira das incriminações é assim formulada (art. 177, *caput*): “Promover a fundação de sociedade por ações, fazendo, “em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembléia, “afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo”. Trata-se, como se vê, de fraude praticável na fase de formação da sociedade. É a afirmação falsa ou a omissão da verdade, por parte dos fundadores da sociedade, sobre fatos a esta relativos, nos prospectos ou em comunicação ao público ou à assembléia de subscritores do capital. Para evitar justas desconfianças em torno da *seriedade* ou probabilidade de êxito da projetada sociedade, *fundadores* aventureiros ou sem escrúpulos costumam referir imaginários fatos favoráveis ou calar a verdade sobre desfavoráveis fatos reais, *in exemplis*: atribuírem-se condições de crédito, de experiência ou de técnica que não possuem; designarem falsamente como seus companheiros, aderentes ou patronos a pessoas de notória integridade moral ou prestígio financeiro; inculcarem-se mentirosamente titulares de domínio da coisa a explorar, ou de patentes, ou de auspiciosos compromissos por parte de terceiros; publicarem listas fictícias de subscritores, ou com subscritores que realmente não passam de *homens de palha*; noticiarem fantasiosamente *entradas* condicionantes da sociedade; ocultarem

que os bens constitutivos dos *apports* estão onerados; sonegarem informações sobre circunstâncias que façam prever como certo ou provável o insucesso da planejada empresa ou especulação, etc., etc.

Não há, porém, confundir com tais burlas o *otimismo* de que habitualmente se revestem os prospectos e as publicações ou comunicações. Como diz HAFTER, "simples otimismo não é já informação falsa".²² As opiniões, apreciações ou previsões, por mais excessivamente lisonjeiras, não constituem engano fraudulento, desde que os fatos sejam expostos sem adulteração da realidade. A lei não pretende acobertar da álea os subscritores, mas apenas evitar que sejam ludibriados.²³ É dos negociistas o acentuar, com *óculos côr de rosa*, a vantagem de suas propostas. No caso da formação das sociedades por ações, o apêlo ao público é sempre acompanhado de certa fantasia na interpretação dos fatos no sentido do futuro êxito ou prosperidade da empresa a organizar, mas a ninguém pode escapar o artificialismo dessa *literatura afa-rista* ou *de reclame*. Só se apresenta o crime quando há informação conscientemente falsa ou intencional ocultação da verdade sobre fato preciso, de iniludível relevância.

Segundo o texto legal, é necessário que o anúncio falso ou omissivo da verdade se faça "em prospecto ou em comunicação ao público ou à assembléia". *Prospecto*, conforme define o art. 40, III, do dec.-lei n.º 2.627, é o documento que, quando da subscrição pública do capital, deve conter a exposição clara e precisa das bases da sociedade e os motivos ou razões que têm os fundadores para esperarem o êxito do empreendimento. Publicado juntamente com o projeto de esta-

²² Ob. cit., pág. 287: "*Blosser Optimismus ist noch nicht unwahre Angabe*".

²³ HOUPIN e BOSVIEUX, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, II, pág. 852; PATIN ET CAUJOLLE, *Législation pénale en matière commerciale*, pág. 183: "*La loi ne songe point, en effet, à mettre le souscripteur à l'abri des aléas que comporte nécessairement le placement auquel se livre. Elle veut seulement qu'il ne soit pas trompé à l'aide de mensonges*".

tutos, o seu original deve ficar depositado no escritório de um dos fundadores, e, como de hábito, imprimem-se folhetos com os seus dizeres, para distribuição ao público. Mas, além do prospecto, os fundadores costumam fazer comunicações ou anúncios pela imprensa, rádio, televisão ou alto-falante, ou mediante cartazes, boletins ou circulares a domicílio. Qualquer que seja o modo de *publicação* de que os agentes se sirvam, pôsto que possibilite o engano de indefinido número de pessoas, existirá o crime. Prevê a lei, igualmente, a falsidade de comunicação feita à *assembléia*, isto é, à assembléia geral dos subscritores convocada para aprovação dos laudos de avaliação de bens ou para a constituição da sociedade, quer se trate de subscrição pública, quer de subscrição particular. É indiferente que a comunicação à assembléia se faça por escrito ou oralmente.

O elemento subjetivo do crime é a vontade e consciência no sentido da afirmação falsa ou ocultação da verdade (*dolo genérico*), para o fim de promover fundação de sociedade por ações (*dolus specialis*). Trata-se de crime tipicamente formal: basta, para sua consumação, o simples perigo de dano. Não é preciso, sequer, que ocorra a subscrição ou subvenha a constituição da sociedade. O crime se aperfeiçoa com a só publicação ou comunicação contendo a afirmação falsa ou a omissão da verdade.

Não é concebível a tentativa: ou é feita a publicação ou comunicação, e o crime se consuma; ou tal não ocorre, e não há fato penalmente relevante.

Os *fundadores* podem receber o concurso consciente de outrem, como, por exemplo, de banqueiros incumbidos de fomentar e receber subscrições ou de gerentes de jornais a sôdo da insidiosa propaganda, e em tal caso haverá co-autoria (art. 25).

Na *sanctio* do art. 177 é feita uma ressalva: “se o fato não constitui crime contra a economia popular”. É de notar-se que a lei n.º 1.521, de 1951, no seu art. 3.º, n.º VII, considera crime lesivo da economia popular o fato de “dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios,

para o fim de subscrição... de ações", mas comina pena sensivelmente mais grave que a do art. 177. Como resolver-se pela aplicação de um ou de outro dos dispositivos penais? Segundo pensamos, o critério distintivo é o seguinte: a lei n.º 1.521 sòmente cuida da fundação de sociedades de cunho tipicamente popular, isto é, a cujas ações seja fixado um preço suficientemente módico, para que sua aquisição se torne acessível à bolsa do público em geral. É o critério de diferenciação autorizado, aliás, pelo inc. X do próprio art. 3.º da lei n.º 1.521.

Nos incisos do § 1.º do art. 177, todos igualmente com a cláusula de *subsidiariedade* ("se o fato não constitui crime contra a economia popular"), segue-se a incriminação de fraudes e abusos atinentes, já agora, ao *funcionamento* de sociedades por ações. Tem-se de cotejar tais incisos com os ns. VII, IX e X do art. 3.º da lei n.º 1.521. Nestes se enquadrará o crime quando se tratar: a) de sociedade de feição marcadamente popular, ou cujo capital seja fracionado em ações de valor igual ou inferior a Cr\$ 1.000,00; b) de gestão fraudulenta ou temerária de bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; de sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; de sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou cotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas e sociedades de economia coletiva, *pôsto que, em qualquer caso, sobrevenha a falência ou insolvência, ou haja descumprimento de cláusulas contratuais com efetivo prejuízo dos interessados*.²⁴

²⁴ Se não ocorre falência ou insolvência, ou infração de contrato com clientes, poderá ser identificada alguma das fraudes do § 1.º do art. 177, a não ser que se apresente outro crime, como, por exemplo, apropriação indébita ou *falsum*.

No Supremo Tribunal Federal, com apoio de meus ilustres pares, assim relatamos e votamos no recurso de *habeas corpus* n.º 32.707:

No inc. I do § 1.º do art. 177, é incriminado o fato de “o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações, que, “em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação “ao público ou à assembléia, faz afirmação falsa sôbre as “condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulenta- “mente, no todo ou em parte, fato a elas relativo”. O *prospecto*, já aqui, é o que diz com a subscrição pública para aumento de capital (art. 108 do dec.-lei n.º 2.627). *Relatório* é o *compte rendu* dos negócios sociais no exercício findo. *Pa-*

“O recorrente A. L. de S. M. foi denunciado, juntamente com outros, perante a 5.ª Vara Criminal do Distrito Federal, como incurso no art. 3.º, IX, da lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, isto é, por crime de “gestão fraudulenta” contra a economia popular, porque, como diretor d’ “A Equitativa dos Estados Unidos do Brasil, Sociedade Mútua de Seguros sôbre a Vida”, teria participado: a) de malversações do patrimônio da sociedade em pagamentos e recebimentos ilegais, aumentos desproporcionais nas despesas de administração e produção e transações dolosamente onerosas; b) de pagamentos sem comprovantes de despesas, ou sem que a mercadoria adquirida tivesse dado entrada no almoxarifado ou depósitos da sociedade; c) de falsificação do balanço de 1951, no propósito de ocultar a situação real da sociedade, em consequência da dilapidação criminoso de seu patrimônio. Como, ao ser oferecida a denúncia, o representante do Ministério Público, em promoção à parte, tivesse requerido se oficiasse ao Dr. procurador geral do Distrito, no sentido de abertura de segundo inquérito policial para apuração de “graves irregularidades” da administração anterior à do recorrente, entenderam os advogados dêste, Drs. FRANCISCO CAMPOS e SERRANO NEVES, que o próprio Ministério Público estava confessando a deficiência da denúncia, no tocante a fatos que, pela sua natureza e continuidade, se entrosam incindivelmente com os descritos na denúncia e podem até mesmo apagar a característica de ilícito penal atribuída aos últimos; e, assim, estava sendo descumprido o art. 41 do Cód. de Proc. Penal, que é imperativo ao dispor que a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Além disso, não se poderia compreender, no caso, uma duplicidade de processo, isto é, uma outra e ulterior denúncia sôbre fatos que estão em íntima conexão com os imputados ao recorrente, cuja defesa, pelo oferecimento da atual e incompleta denúncia, se acha prejudicada. Foi, então, impetrada uma ordem de *habeas corpus* em favor do recorrente à 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça local, que, entretanto, a denegou, não só porque não é de se supor conexidade entre atos

recer, no sentido restrito da lei, é a exposição que deve ser apresentada pelo "conselho fiscal", nos termos do art. 127 do dec.-lei n.º 2.627. *Balanço* é o documento em que se resume, ao fim de cada ano ou exercício social, após o inventário do ativo e passivo, a situação real da sociedade, devendo ser acompanhado da conta de lucros e perdas, na conformidade dos arts. 129 a 136 do citado decreto-lei (onde

de administração autônomas, como porque, a todo tempo, antes da sentença final, poderia, no mesmo processo já instaurado, ser retificada a denúncia ou supridas as suas omissões, sem necessidade de segundo processo.

Daí o presente recurso, que me coube relatar, depois de se declararem impedidos os Srs. ministros LAFAYETTE DE ANDRADA e ROCHA LAGOA.

Abstraidas, por inteiramente infundadas, as razões do recorrente, o que para logo fere a atenção, no caso vertente, é a errônea classificação dos fatos como enquadrados no art. 3.º, inc. IX, da lei número 1.521, de 1951, que subordina a existência do crime de "gestão fraudulenta", indeclinavelmente, a que a sociedade seja levada à falência ou insolvência. A sociedade em questão não é, sequer, passível de falência, de acordo com o art. 140 do dec.-lei n.º 2.063, de 7 de março de 1940, e a sua insolvência, para o efeito de liquidação, depende de prévia verificação do Departamento de Seguros Privados e Capitalização, o de que jamais se cogitou na espécie, pela singela razão de que contra "A Equitativa" não há nem mesmo suspeita de exaustão de seus recursos financeiros. No próprio período de gestão do recorrente, teria ela dado lucros líquidos.

Acontece, porém, que alguns dos fatos imputados, independentemente de condição de insolvência da sociedade, constituem crimes, isto é, apropriação indébita e falsidade ideológica, posto que não sejam aplicáveis às sociedades mútuas de seguros os dispositivos penais relativos às sociedades por ações ou anônimas em geral. Quanto à apropriação indébita, entendo, é certo, que, em se tratando de *administração privada*, é indispensável a prévia "prestação de contas", salvo quando haja prova inequívoca do desvio de valores administrados; mas, no sumaríssimo do *habeas corpus*, não é possível averiguar se existe, ou não, semelhante prova inequívoca. Assim, embora erroneamente classificados pela denúncia, alguns dos fatos por esta descritos constituem crime, não se apresentando, portanto, constrangimento ilegal, uma vez que o Ministério Público, em aditamento, ou o próprio juiz do processo, na sentença final, poderão fazer a devida retificação".

se encontra a disciplina contabilística do balanço). Finalmente, sobre a “comunicação ao público ou assembléia”, veja-se o que já se disse no comentário ao *caput* do art. 177. A exatidão dos documentos ou comunicação a que se refere a lei não diz apenas com o interesse dos acionistas, mas também com o de terceiros que, induzidos pelos informes ali contidos, poderão vir a entrar em ligação com a sociedade. Com afirmações falsas ou omissão da verdade sobre as condições econômicas da sociedade, a fim de que esta, erroneamente, se considere próspera, não só se pode dilatar o prejuízo dos acionistas até a *debacle* final, como tornar fácil a circulação das ações já emitidas ou de outros títulos que venham a ser emitidos (com ou sem garantia especial) para aumento do capital. De modo geral, pode dizer-se que as informações contrárias à verdade ou omissivas desta são criminosas quando criam um dano potencial aos acionistas (progressividade de prejuízos) ou a terceiros (possibilidade de obtenção artificial de fundos). Também aqui se trata de crime formal: consuma-se com a simples expedição do prospecto, com a apresentação do relatório, parecer ou balanço, ou com a comunicação ao público ou à assembléia.

Notadamente as fraudes destinadas a falsear o balanço são numerosas e variadas, como sejam: criação de um ativo artificial pelo excessivo valor atribuído aos bens imobiliários ou ao *stock*, simulação de *stocks* inexistentes, majoração do algarismo dos títulos em carteira, cômputo no ativo de dívidas incobráveis, litigiosas ou prescritas, inclusão de lucros problemáticos ou ainda não-realizados, omissão de perdas previstas como certas, jogo de escrita sobre operações fictícias, etc.

O erro de fato, ainda que grosseiro, exclui o elemento subjetivo, que é, aqui, a vontade e consciência da falsidade da afirmação ou da omissão da verdade sobre a real situação econômica da sociedade. Inexistirá o crime se o agente se limitar a meras considerações otimistas, sem deturpar ou omitir fatos.

Pode haver concurso com o crime de falsidade material ou ideológica. Assim, a apresentação de balanço intrinsecamente falso encerra dois crimes, em concurso formal: o de que ora se trata e o do art. 299 ou 304. No caso de concurso de agentes, aplica-se, sem qualquer limitação, a regra do art. 25.

O inc. II do art. 177 cuida de outro caso de fraude por parte do diretor, gerente ou fiscal: promover, por qualquer artifício, falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade. Este fato já era incriminado pelo Código de 90 (art. 340, n.º 3). Não importa que o fim do agente, promovendo a falsa cotação, seja no sentido da alta ou da baixa, ou que seja alcançada dentro ou fora da Bôlsa. A lei protege tanto o interesse dos *intraneis* quanto o dos *extraneis*. Trata-se da criação de mercados fictícios para encarecimento dos títulos da sociedade (e conseqüente granjeio de lucros artificiais), ou, ao contrário, para forçar a baixa de sua cotação (facilitando a compra deles pela própria sociedade, com ou sem interposição de pessoa). Exemplo típico de tal fraude é o caso já por mim citado em outro livro (*Dos crimes contra a economia popular*) e de que nos dá notícia GAETANO DONÀ (*La delinquenza negli affari*, pág. 108): "O famoso especulador norte-americano Allen A. Ryan havia fundado a Stutz Motor Company, cujas ações, porém, não *caminhavam*, pois faltava, ao que parece, confiança. E ele achou, então, de comprar as próprias ações, oferecendo um excelente preço. As propostas afluíram e, afinal de contas, ocorreu que ele havia comprado três vezes as ações emitidas, pois muitos vendedores, seduzidos pelo lucro, haviam vendido em Bôlsa a descoberto. Quando estes se puseram à cata das ações para fazer face à entrega, não acharam mais nem uma, e tiveram de dirigir-se aos agentes de Ryan para poder obtê-las. Ele as havia pago a 160 dólares e fez revendê-las a 400, lucrando, assim, 16 milhões de dólares!"

O crime é de natureza formal: é irrelevante, para sua consumação, o advento de dano efetivo, bastando que, com o artifício empregado, as ações ou outros títulos sejam falsa-

mente cotados. É possível a tentativa: não obstante o artifício empregado, deixa de sobrevir, por motivos alheios à vontade do agente, a colimada alta ou baixa fictícia da cotação.

No inc. III do art. 177 é previsto o abuso, por parte do diretor ou gerente que “toma empréstimo à sociedade ou usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia geral”. Este preceito é sancionatório de dispositivos do art. 119, e seu parágrafo único, do dec.-lei n.º 2.627, segundo os quais “os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade” ou “tomar empréstimo à sociedade sem prévia autorização da assembléia geral”. É fácil calcular o detrimento a que estaria exposto o interesse da sociedade (e, portanto, dos acionistas), se os diretores ou gerentes, prevalecendo-se do seu prestígio, tomassem empréstimos ou pudessem servir-se, em seu exclusivo proveito pessoal ou de outrem, dos bens ou haveres da sociedade, sem o prévio *placet* da assembléia geral. O *empréstimo*, de que fala o texto legal, tanto é o de coisas não-fungíveis (comodato) quanto o de dinheiro ou outras coisas fungíveis. Quanto ao *uso arbitrário* (sem o consentimento da assembléia geral) de bens ou haveres sociais, somente diz com coisas infungíveis. É óbvio que deve tratar-se de uso *irregular*, isto é, alheio ao destino da coisa na economia ou no interesse da sociedade. Exemplo: o diretor ou gerente serve-se, ou autoriza que outrem se sirva, sem nenhum proveito para a sociedade, de máquina pertencente à fábrica explorada pela mesma.

Se, ao invés do uso, é reconhecível disposição da coisa *animo domini*, o crime será o de apropriação indébita agravada (art. 168, § 1.º, III). Não exclui o crime a aprovação ulterior ou ratificação da assembléia geral. O elemento subjetivo é a vontade conscientemente dirigida à arbitrária tomada de empréstimo ou ao uso arbitrário de bens ou haveres sociais *lucri faciendi causa*.

Os incs. IV e V do artigo ora comentado prevê os abusos, também por parte do diretor ou gerente, consistentes na compra ou venda, por conta da sociedade, de ações por ela

própria emitidas, salvo quando a lei o permite, ou em aceitar tais ações em penhor ou caução, como garantia de crédito social. Relacionam-se tais incisos com os arts. 15 e 28, parágrafo único, do dec.-lei n.º 2.627. Dispõe o primeiro destes artigos: "A sociedade anônima não pode negociar as próprias ações. Parág. único. Nessa proibição não se compreendem as operações de resgate, reembolso, amortização ou compra previstas em lei". Preceitua, por sua vez, o parág. único do art. 28: "É proibido à sociedade anônima aceitar as próprias ações em caução ou penhor, salvo para garantia de gestão de seus diretores". As ressalvas correspondem aos arts. 19, 76, letra *b*, e 116, letra *d*, do citado decreto-lei.

A *ratio* da incriminação é, no caso de negociação de ações da própria sociedade, impedir a redução clandestina do capital social, em prejuízo da empresa ou da garantia oferecida aos credores, ou evitar especulações no sentido da alta ou baixa fictícia das ações, ou o ensejo a outras possíveis fraudes. Quanto à aceitação de caucionamento de ações da própria sociedade, em garantia de dívidas ativas desta, é manifesto o prejuízo potencial da sociedade, que passaria a ser, a um só tempo, credora e fiadora, recebendo, para sua própria segurança, títulos que representam dívida sua para com os acionistas.

No inc. VI é incriminada a distribuição de lucros ou dividendos fictícios, em desacôrdo com o balanço ou mediante balanço falso. Não pode haver distribuição de lucros ou dividendos sem que se verifique pelo balanço anual a existência de *superavit*. Se, não obstante a ausência de lucros positivos ou já realizados, se faz distribuição de dividendos, estão sendo estes subtraídos ao capital ou ao fundo de reserva legal (que é um anexo do capital), o que não é admissível, pois, do contrário, estaria sendo levada a sociedade à ruína. Tal distribuição irregular somente pode ser explicada como uma fraude visando, ou à simulação de uma prosperidade que não existe e conseqüente aumento de um crédito que a sociedade realmente não merece, ou à indevida obtenção, por parte do diretor ou gerente, de percentagens que a lei lhe atribui (artigo 134 do dec.-lei n.º 2.627).

Para verificação de lucros líquidos é indispensável o balanço ao fim de cada ano social. Se há distribuição de dividendos sem prévio balanço ou em desacôrdo com êste, a fraude é reconhecível *prima facie*. No caso de balanço falso, porém, é preciso distinguir entre a hipótese de falsidade intencional e a de inexatidão por êrro de avaliação ou contabilidade, que tenha passado despercebido ao diretor ou gerente: no primeiro caso, haverá o crime de que ora se trata em concurso com o de falsidade material ou ideológica (art. 299 ou 304); no segundo, nenhum crime poderá ser reconhecido. Balanço falso é o balanço *fraudulento*, como tal se entendendo, na espécie, aquêle que, *artificialmente*, apresenta majoração dos valores ativos ou minoração dos valores passivos, de modo a fazer supor um lucro inexistente ou superior ao que realmente existe. Sôbre os expedientes de falseamento do balanço, veja-se o comentário sôbre o inc. I.

O elemento subjetivo é, aqui, a vontade e consciência da distribuição de dividendos fictícios, conhecendo o agente a inexistência, contra-indicação ou falsidade do balanço.

Consuma-se o crime com a efetiva colocação da quantia dos lucros ou dividendos fictícios à disposição dos acionistas, independentemente de proveito pessoal do agente. Tem-se sustentado que, no caso de *falso balanço*, a consumação deve ser reconhecida já no momento em que é obtida a aprovação da assembléia geral; mas, como observam PATIN e CAUJOLLE (ob. cit., pág. 204), não é isso admissível, pois, em tal momento, ainda não há distribuição de dividendos. Igualmente, não é aceitável a opinião segundo a qual, em qualquer caso, o *summatum opus* sômente ocorre com o efetivo recebimento dos dividendos pelos acionistas, pois, se assim fôsse, o crime ficaria dependendo, para sua integração, da vontade dos acionistas, que poderiam adiar indefinidamente o recebimento.

Indaga-se: haverá o crime se os dividendos são imputados às reservas *extraordinárias* ou *ocultas*? A solução é no sentido negativo, desde que expressamente se declare a fonte dos dividendos (quando não se *finge* balanço para dar à distribuição o caráter de lucros no exercício atual). Trata-se de re-

servas, ainda quando não estatutárias, constituídas mediante deduções sobre os lucros de exercícios anteriores e que, ao contrário da reserva legal, *não crescem ao capital*. Assim, no caso, não haveria distribuição de lucros *fictícios* ou de quantia retirada ao capital. Sempre que este (ou a reserva legal) ficar indene, pode haver precipitação (como quando, não obstante a sua verificação, os lucros reais ainda não foram liquidados, inexistindo em caixa a respectiva importância), mas não fraude criminosa.

No inc. VII é contemplado o fato do diretor, gerente ou fiscal que, mediante interposta pessoa, ou conluído com acionista, consegue a aprovação de conta ou parecer. O *modus faciendi* tanto é a *interposição de pessoa* quanto o *conluio com acionista*: no primeiro, há a utilização de *testa de ferro*, a quem o diretor, o gerente ou o fiscal, burlando a proibição de votarem na aprovação das respectivas contas ou pareceres, hajam confiado ações para que possa votar na assembléia geral no sentido de tal aprovação; no segundo, dá-se o suborno ou aliciamento de acionista autêntico para que vote pela aprovação.

O crime somente se consuma com o êxito da fraude, isto é, com a efetiva aprovação das contas ou pareceres. Antes disso, o que se poderá reconhecer é simples *tentativa*, quando não mera *preparação*. É óbvio que as contas ou pareceres devem estar em contraste com a verdade, importando sua aprovação uma lesão ou perigo de lesão ao interesse da sociedade ou de outrem. A "interposta pessoa" ou o "acionista conluído" são co-autores (art. 25).

O inc. VIII cuida do *liquidante* (seja na liquidação judicial, seja na extrajudicial) que pratica as fraudes e abusos previstos nos incs. I, II, III, IV, V e VII. A incriminação, aqui, é corolário do que dispõe o art. 146 do dec.-lei n.º 2.627: "A responsabilidade dos liquidantes obedece às regras que definem a responsabilidade dos diretores".

O inc. IX, finalmente, refere-se ao "representante da sociedade anônima estrangeira, autorizada a funcionar no país, que pratica os atos mencionados nos ns. I e II, ou dá

“falsa informação ao govêrno”. A lei fala, aqui, em “sociedade anônima”, mas, como já vimos, a esta é equiparada a “sociedade em comandita por ações”, e a rubrica do art. 177 faz referência, de modo genérico, às *sociedades por ações*, de modo que está abrangida no inc. IX a sociedade de que cuida o art. 163 do dec.-lei n.º 2.627. Sôbre os incs. I e II, a que faz remissão o IX, veja-se o que ficou dito acima. Quanto à “falsa informação ao govêrno”, é de esclarecer que, segundo o artigo 64 do referido decreto-lei, “as sociedades anônimas ou “companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto, “não podem, sem autorização do govêrno federal, funcionar “no país, por si mesmas ou filiais, sucursais ou agências, ou “estabelecimentos que as representem”, e o parág. único do mesmo artigo dispõe sôbre o que deve instruir o pedido de autorização para funcionamento. Se entre as informações prestadas, espontaneamente ou provocadas pelo govêrno para suprimimento de omissões, há inverdades, de que tenha ciência o representante da sociedade estrangeira, aplica-se o inciso em questão.

Incriminada à parte, para menor rigor de tratamento penal, é a *negociação* de voto pelo acionista (§ 2.º do art. 177): “Incorre na pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00, o acionista que, a fim “de obter vantagem para si ou para outrem, negocia o voto “nas deliberações da assembléia geral”. Este parágrafo tem de ser acareado com o inc. VII do artigo: se o acionista negocia o seu voto com o diretor, gerente ou fiscal, no sentido de aprovação de conta ou parecer, o dito inciso é que se aplica. Feita esta ressalva, é indiferente, para existência do crime do § 2.º, que este seja, ou não, lesivo do interêsse social. O que a lei incrimina, no caso, é a *corrupção* em si mesma. É irrelevante que o voto tenha sido improfícuo, ou mesmo que ainda não tenha sido dado. O momento consumativo é o da *negociação* do voto, e o dolo se especifica pelo fim de lucro (“obter vantagem para si ou para outrem”).

102. *Emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant”*. No art. 178, é especialmente incriminado o fato

de “emitir conhecimento de depósito ou *warrant*, em desacôrdo com disposição legal” (cominada a pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00). Trata-se de coibir a fraude em tôrno à formação e circulação dos especiais títulos à ordem expedidos pelos chamados *armazéns gerais*, em favor dos depositantes de mercadorias cuja guarda e conservação lhes são temporariamente confiadas, na conformidade do dec. n.º 1.102, de 21 de novembro de 1903. Tais títulos, como se sabe, servem ao fim de, com a sua transmissão, possibilitar a venda ou o penhor das mercadorias depositadas, sem necessidade de tradição material destas. Circuláveis mediante endosso (em prêto ou em branco), tal como ocorre com os títulos cambiais, denominam-se *conhecimento de depósito* e *warrant*: com o endosso do primeiro, transfere-se a propriedade ou livre disposição das mercadorias; com o do segundo, é assegurado apenas um direito de penhor sôbre estas. Embora originariamente unidos, tais títulos podem ser separados e endossados a pessoas diferentes, e, neste último caso, o direito conferido pelo endosso do conhecimento de depósito é limitado pelo direito pignoratício conferido pelo endosso do *warrant*. Reputa-se irregular a emissão quando (dec. n.º 1.102): a) a empresa de armazém geral não esteja legalmente constituída; b) inexistir autorização do governo federal para a emissão; c) serem os títulos arbitrariamente negociados pela própria empresa emissora; d) não existirem em depósito as mercadorias especificadas, ou não corresponderem as existentes, em qualidade, quantidade ou pêso, às mencionadas nos títulos;²⁵ e) tenha sido emitido mais de um *título duplo* sôbre as mesmas mercadorias, salvo o disposto no art. 20 do dec. n.º 1.102.

A *ratio* da incriminação é garantir a seriedade da operação de que resultam os títulos em questão ou promover a segurança de sua circulabilidade, evitando que seja ludibriado o respectivo endossatário ou portador, que ignora a nulidade ou infidelidade dêles.

²⁵ O caráter genérico do art. 178 do Código afasta sua subordinação à antiga casuística da *parte penal* do dec. n.º 1.102.

É de notar-se que o dec. n.º 1.102 permite a emissão dos títulos de que se trata, mediante autorização do governo da União, aos armazéns alfandegados ou de estações ferroviárias federais, às empresas de docas ou concessionárias de entrepostos ou trapiches alfandegados.

É escusado dizer que respondem pela fraude todos aqueles que *conscientemente* participarem dela (depositário, depositante ou terceiro). O erro de fato excluirá, como é óbvio, a *conscientia sceleris*. Assim, por exemplo, o depositante estará isento de culpabilidade se ignorava a irregularidade de constituição do *armazém geral* ou a ausência de autorização oficial para a emissão dos títulos.

Não constitui crime a emissão de um título único (sòmente o conhecimento de depósito ou sòmente o *warrant*): não é isso uma irregularidade, pois, se a emissão dos *dois* títulos é um *benefício* ao depositante, pode este contentar-se com um só dêles.

103. *Fraude à execução*. A derradeira entre as fraudes patrimoniais especialmente previstas pelo Código, como *genus proximum* do estelionato, é a *fraude à execução* (art. 179): “Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00”. Trata-se da insolvência fraudulenta de devedor *não-comerciante*, pois, se o sujeito ativo é comerciante, o crime passa a ser *falimentar* (pressuposta a declaração judicial de falência), de que não cogita o Código e é objeto de lei especial (atualmente o dec.-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945). Já a antiga Consolidação das Leis Penais (art. 337) incriminava, cominando a pena de seis meses a dois anos de prisão, o fato de “o devedor não-comerciante, que se constituir em insolvência, ocultando ou alienando maliciosamente seus bens, ou simulando dívidas em fraude de seus credores legítimos”. Menos ampla é a incriminação da lei penal vigente: para que o crime se apresente, é necessário que, ingressado o credor em juízo, esteja iminente a execução, ou, seja, a penhora ou apreensão judicial dos bens. Entendeu o

legislador de 40 que somente em tal hipótese se justifica a sanção penal, pois, de par com o prejuízo do credor ou credores, há criação de embaraço à já provocada administração da justiça. Antes do ajuizamento da ação, tem-se em conta que a imprevidência do credor, deixando de cercar-se de garantias ou de usar *medidas preparatórias*, justifica a abstenção do direito penal, para a só aplicação das sanções civis. O critério restritivo foi inspirado no art. 164 do Cód. Penal suíço, que somente incrimina a *fraude à penhora* (*Pfändungsbetrug*): "O devedor executado que, na iminência de penhora e em prejuízo de seus credores, diminui o seu ativo, notadamente alienando, danificando, destruindo, depreciando ou inutilizando seus bens, ou procede a uma diminuição fictícia dêsse ativo, como quando desvia ou oculta bens, simula dívidas ou reconhece créditos simulados, ou incita a fazê-los valer, é punido, se vem a ser oficialmente atestada a sua carência de bens, com reclusão até cinco anos ou com detenção".

Não é indispensável que haja uma *sentença*, bastando, no caso de *títulos executivos* pré-constituídos, o ajuizamento da ação, e dêste tenha conhecimento o devedor. Em qualquer caso, é necessária a ciência inequívoca do devedor, ainda que extrajudicialmente, de que seus bens estão na iminência de penhora, bem como a vontade de frustrar a execução, em prejuízo do credor exequente (ou dos que possam vir, em concurso, à execução). É o que acentua HAFTER (ob. cit., página 343): "Cumpro demonstrar que o devedor, ao praticar as ações imputadas como fraudulentas, tenha procedido com o conhecimento da iminência da penhora e com a intenção de prejudicar o credor".²⁶ Perante o nosso Código, ao propósito de frustrar a execução (dolo direto), se equipara a aceitação do risco de tal resultado (dolo eventual).

²⁶ "Nachzuweisen ist wohl, dass der Schuldner im Bewusstsein des... einer ihm bevorstehenden Pfändung und mit dem Vorsatz der Gläubigerschädigung die betrügerischen Handlungen vorgenommen hat".

Crime material, a “fraude à execução” somente se consuma com o efetivo prejuízo do credor ou credores, isto é, com a carência ou insuficiência, real ou simulada, de bens em que se possa *filiar* a penhora. A ação fraudulenta tem de resultar na ausência ou diminuição do ativo ou aumento do passivo, ainda quando mediante simulação.

O texto legal fala em *alienação*, *desvio*, *destruição* ou *danificação* de bens, ou *simulação de dívidas*. *Alienação* é todo ato de transferência do domínio de bens a terceiros, compreendendo a própria cessão de direitos creditórios. Não importa a nulidade *pleno jure* da alienação (arts. 895 e 888, V, do Cód. de Proc. Civil). Contrariamente, porém, ao que ocorre no juízo cível, a alienação, na órbita penal, não se presume fraudulenta *juris et de jure*. Nem toda alienação colima o objetivo de frustrar o direito dos credores: pode ser mesmo, às vezes, um recurso de que se serve o devedor para obter numerário destinado a algum negócio especialmente lucrativo, que virá salvá-lo de sua ruína financeira. Em tal caso, por isso mesmo que falta o *animus nocendi*, não será reconhecível o crime. É o que também observa HAFTER: “Nem toda alienação realiza o crime. Uma venda pode ser conveniente, ou mesmo necessária, apresentando-se como natural na atividade do devedor. A prova do momento subjetivo, no sentido de que o devedor agiu com a intenção de prejudicar os credores, assume, aqui, uma especial importância”.²⁷ Somente a alienação a título gratuito ou a preço vil deve ser considerada *prima facie* como fraudulenta, pois, como a alienação simulada, *in se dolum habet*. GAUTIER (*in Protokoll der zweite Expertenkommission*, vol. II, pág. 395) assim se exprime: “L’alienation ne cause la diminution de l’actif que si elle est improductive ou pas suffisamment productive. Celui qui aliène pour un prix juste ne diminue pas son actif”. En-

²⁷ “Nicht jede Veräußerung erfüllt den Tatbestand. Ein Verkauf von Vermögensstücken kann zweckmässig, ja notwendig sein, sich aus dem Geschäftsgetriebe des Schuldners als selbstverständlich ergeben. Der Beweis des subjektiven Momentes, dass der Schuldner mit dem Vorsatz, die Gläubiger zu Achädigen, gehandelt haben muss, wird hier von besonderer Bedeutung”.

tenda-se, porém: a alienação por justo preço não é criminosa desde que feita sem o propósito de tornar inviolável a penhora, a que se exime facilmente o dinheiro de contado (recebido como preço da res).

Quanto ao *desvio* de bens, é todo ato que importa a sua sonegação à penhora, como, por exemplo, a sua ocultação, a sua remessa para o estrangeiro, etc.

No tocante à *destruição* ou *danificação* (que acarrete inutilização total ou parcial), veja-se o que já dissemos sobre o *modus faciendi* do crime de dano (n.º 146).

É claro que, em se tratando de bens *impenhoráveis*, ope legis (art. 942 do Cód. de Proc. Civil) ou por convenção (no caso de doação com essa cláusula, ou de fideicomisso *inter vivos*) ou testamento, não haverá crime.

Finalmente, quanto à *simulação de dívidas*, quer a lei significar o fingido aumento do passivo. Neste caso, é necessário que o crédito fictício (cujo titular é co-autor do crime) provoque o *concurso de credores* e o rateio do ativo, em prejuízo dos credores legítimos. Antes disso, o que pode haver é simples *tentativa*.

O fim de causar prejuízo aos credores especifica o dolo do crime, mas não há indagar se o agente visa a obter vantagem econômica, a satisfazer a própria maldade ou a exercer vingança contra os credores (como no caso de destruição ou danificação dos bens).

Qualquer das ações previstas pela lei serão indiferentes, se em razão delas o devedor não fica *insolvente*: desde que lhe restem bens suficientes para *desinteressar* os credores, inexistirá o crime. Trata-se de crime de "ação privada", de modo que é *condição de punibilidade*, na espécie, a *queixa* do credor ou credores prejudicados (parág. único do art. 179).

CAPÍTULO VII

DA RECEPÇÃO

Recepção

Art. 180. ⁴ *Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser*

⁴ Com as alterações da lei n.º 2.505, de 11 de junho de 1955.

produto de crime, ou influir para que terceiro de boa-fé a adquira, receba ou oculte:

Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 10.000,00.

Receptação
culposa

§ 1.º *Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:*

Pena — detenção, de um mês a um ano, ou multa, de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 10.000,00, ou ambas as penas.

§ 2.º *A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.*

§ 3.º *No caso do § 1.º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. No caso de receptação dolosa, cabe o disposto no § 2.º do art. 155.*

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* alemão, arts. 259 a 261; francês, arts. 460 e 461 (alterados por lei de 22-8-1915); suíço, art. 144; iugoslavo, art. 265; holandês, arts. 416 e 417; polonês, arts. 160 e 161; dinamarquês, arts. 284 e 303; russo, art. 164; espanhol, art. 17, 1.º; português, art. 23, 4.º; italiano, arts. 648 e 712; indiano, arts. 410 a 413; japonês, art. 256; uruguaio, art. 197; venezuelano, art. 472; argentino, arts. 277 a 279; boliviano, art. 12, 2.º; colombiano, art. 200; cubano, art. 342; costarricense, art. 401, 3.º (e Cód. Policial, artigo 109); chileno, art. 454; equatoriano, art. 546; guatemalteco, art. 32, 1.º; haitiano, art. 46; salvadoriano, art. 15, 1.º; mexicano, art. 400, III; hondurenho, art. 14, 1.º; nicaraguense, art. 20, 1.º; panamenho, arts. 370 e 371; paraguaio, art. 243; peruano, art. 243.

BIBLIOGRAFIA. Especial: CARRARA, *Ricettazione dolosa di cose furtive*, in *Opuscoli*, III, págs. 426 e segs., 1898; LETO (G.), *Il reato di ricettazione*, 1896; GRETERER (X.), *Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung* (Favorecimento e receptação sob o aspecto histórico-dogmático), 1879; BELING (E.), *Begünstigung und Hehlerei, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, VII, 1907; DAMBAU (S.), *Hehlerei und Vortat* (Receptação e fato anterior), in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 238; HELLBERG, *Der Grundgedanke der Hehlerei* (A idéia fundamental da receptação), *idem*, fasc. 419; SCHMELLEN, *Hehlerei und hehlertische*

Ausbeutung, *idem*, fasc. 398; DE VALLES, *Le délit de récel après la loi de 22 mai 1915*, 1916; JANNITTI (E.), in *Digesto Italiano*, verb. "Ricettazione"; CORDOVA, in *Nuovo Digesto Italiano*, verb. "Ricettazione"; KÖHLER, *Begünstigung und Hehlerei*, separata da *Gerichtsaal*, vol. 61; SOARES DE MELO, *Da receptação*, 1937; SCHRÖDER, *Begünstigung und Hehlerei*, in *Festschrift für Rosenthal*, 1949; MEZGER, *Zur Entwicklung der sogenannten Ersatzhehlerei* (Sobre a evolução da chamada receptação do sub-rogado), in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 59; MARTIN (D. N.), *El delito de encubrimiento*, 1946.

COMENTARIO

104. *Histórico e conceito geral.* Como fato punível, a receptação já figurava no direito romano. Abstraído o caso da espetacular *actio furti concepti*, concedida pela lei das XII Tábuas, foi no período justiniano que surgiu, com linhas nítidas, o *crimen extraordinarium receptatorum*, compreendendo a receptação pessoal (*receptatio latronum*) e a receptação real, isto é, relativa a coisas provenientes de *furtum*. Para o tratamento penal, o receptador era equiparado ao *latro* ou *fur* (*receptatores tenentur eadem poena, qua ipsimet fures*), considerada a receptação como *auxilium post delictum* ou cumplicidade subsequente. Na Idade Média, persistiram os mesmos critérios, salvo no tocante à pena, que, no correr dos tempos, veio a ser atenuada para o receptador. Embora já sugerida por CARPSÓVIO (século XVII) e prestigiada pelas Constituições Teresiana e Josefina, somente nos princípios do século XIX, por influência, notadamente, de NANI, é que se consolidou e difundiu a idéia da *autonomia* da receptação, que, aliás, passou a ter como pressuposto, não apenas um crime especificamente contra o patrimônio, mas todo e qualquer crime que acarretasse uma anormal situação patrimonial em favor do agente. Desde que não ajustada ou prometida anteriormente ao crime originário, entendeu-se que a receptação não podia ser considerada, em relação a este, uma forma de cumplicidade. Foi repudiado o ilogismo de uma participação em crime já consumado. O Código bávaro (1813), de autoria intelectual de FEUERBACH, e o Código toscano, entre outros, foram dos primeiros a adotar o novo critério, isto é, a identificação da receptação como crime *per se stante*, inde-

pendente do crime a que sucede. Por outro lado, distinguiu-se, para diversa classificação, entre a receptação pessoal, que recebeu o nome de *favorecimento* (*Begünstigung*, *favoraggiamento*), e receptação real, a que ficou reservado o *nomen juris* de *receptação*. O Código francês (1810), entretanto, permanecera fiel ao antigo sistema (como o foi até o advento de leis de 1915 e 1945), quer quanto ao *récel de malfaiteurs*, quer quanto ao *récel de choses*. Dispunha o seu art. 61: “*Ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs, exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l’Etat, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissant habituellement logement, lieu de retraite ou réunion, seront punis comme leurs complices*”. E dizia o art. 62: “*Ceux qui sciemment auront récelé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l’aide d’un crime ou d’un délit, seront aussi punis comme complices de ce crime ou délit*”. Nestes dispositivos vieram a inspirar-se os nossos Códigos de 1830 e 1890. Este último teria tido como justificativa a defesa que CARRARA e VON BURI (dois vexilários da Escola Clássica) haviam feito do anacrônico critério da cumplicidade *per posterius*. Havia, também, o exemplo dos Códigos português e espanhol, que até hoje continuam reconhecendo, na espécie, uma participação *post delictum*. Com esta, porém, rompeu o Código atual: distinguindo entre *favorecimento* e *receptação*, considera ambos como crimes autônomos, classificados o primeiro como crime *contra a administração da justiça* e a segunda entre os crimes *contra o patrimônio*. A exemplo do Código italiano, separou da receptação o próprio *favorecimento real* (receptação de coisas *amoris causa*, e não *animo lucri faciendi*), e previu, de par com a receptação *própria*, a receptação *imprópria* (mediação para a receptação), que equipara àquela. Igualmente em contraste com o Código revogado, destacou, para atenuado tratamento penal, a *receptação culposa*, que considerou uma *species* do crime “receptação”, não seguindo, assim, o modelo italiano, que, sob o nome de *incauto acquisto*, achou de incluir a receptação culposa no elenco das *contravenções*.

Embora incluída na classe dos crimes patrimoniais, a receptação, em face do Código brasileiro, não está subordinada à condição de que seja patrimonial o crime precedente ou crime *a quo* (*strafbar Vortat*): pode ser *pressuposto* dela todo crime que haja proporcionado ao seu autor um proveito econômico, que vem a ser consolidado ou assegurado, *animo lucrandi*, pelo receptador. Não somente o furto, o roubo, a extorsão, a apropriação indébita ou o estelionato, mas também o peculato, a moeda falsa, a falsidade documental, o suborno passivo, a prevaricação cúpida, a concussão, o lenocínio, o contrabando, o crime mercenário em geral. A receptação pode ser definida como o crime que acarreta a manutenção, consolidação ou perpetuidade de uma situação patrimonial anormal, decorrente de um crime anterior praticado por outrem. É um crime *parasitário* de outro crime.

105. *Receptação dolosa*. É a principal modalidade de receptação, prevista no art. 180, *caput*: “Adquirir, receber ou “ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser “produto de crime, ou influir para que terceiro de boa-fé a “adquira, receba ou oculte”. Na hipótese de aquisição, recebimento ou ocultação da *res* proveniente de crime, apresenta-se a *receptação própria*; na hipótese de influência (mediação) para que outrem a adquira, receba ou oculte *bona fide*, a *receptação imprópria*. Poderia parecer que, na última hipótese, há uma *participação* na receptação, a ser disciplinada pelo art. 25 do Código e, assim, o art. 180 seria, em parte, *superfluo*; mas acontece que, ainda mesmo no caso em que não surta efeito a influência do mediador, o crime (que, aqui, é tipicamente formal) não deixa de existir (contrariamente ao que se dá no caso de *participação*, segundo o art. 27).

Três são os *modos* da receptação própria: aquisição, recebimento ou ocultação. *Aquisição* é a obtenção da coisa a título de domínio (*alienationis causa*). Pode ser onerosa (compra) ou gratuita (doação). Não é excluído, sequer, o caso em que a coisa é entregue para solução de débito do criminoso precedente para com o receptador, ou o caso em que a aquisi-

ção resulte de sucessão *causa mortis*, sabendo o herdeiro que a coisa fôra receptada pelo autor da herança. É necessário que a aquisição se aperfeiçoe com a efetiva tradição da coisa: antes desta, o que pode haver é tentativa de receptação. O que a lei penal visa é a coibir a maior dificuldade na recuperação da coisa pelo *dominus*, ou na recomposição do *status quo ante*, e tal situação não ocorre enquanto a coisa permanece no poder do criminoso anterior. Não importa, na aquisição onerosa, que o preço pago seja vil ou justo: o *preço vil* é indício legal da receptação culposa, mas alheia-se à receptação dolosa. Pode esta ocorrer ainda quando o preço da aquisição tenha sido o normal, e, conseqüentemente, normal o proveito obtido ou a obter. É a justa lição de FRANK: “O justo preço pago por uma coisa, visando-se somente ao ganho normal do negócio, não exclui a idéia de proveito”.¹

Recebimento é a tomada de posse da coisa entregue a qualquer outro título que não seja de propriedade. Exemplo: receber a coisa em depósito ou para guardá-la, ou em penhor, ou para usá-la, conservá-la, consumi-la.

Ocultação é a dissimulação da posse da coisa por meio de escondimento desta. Tem-se dito que não pode haver ocultação sem que preceda aquisição ou recebimento da coisa (e, assim, seria ociosa a menção expressa à ocultação), mas não é isso exato: quem apreende, por exemplo, a coisa abandonada pelo ladrão para acobertar-se de suspeitas, e a oculta, para posteriormente entregar-lha, mediante recompensa, é, incontestavelmente, receptador, e, no entanto, não se pode dizer que tenha adquirido ou recebido a coisa.

Quanto à *receptação imprópria*, consiste, como já vimos, na mediação tendente a influir que outrem de boa-fé adquira, receba ou oculte a coisa proveniente de crime. Não é necessário que sobrevenha, efetivamente, qualquer desses resultados: o crime se aperfeiçoa com os simples atos de mediação, pôsto que *idôneos*. O texto legal supõe que o *terceiro* esteja

¹ *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, pág. 427: “... der volle Preis für eine Sache gezahlt, also nur der normale Handelsgewinn erstrebt wurde, dem Begriff des Vorteils nicht entgegen”.

de boa-fé: se estiver de má-fé, e vem a adquirir, receber ou ocultar a coisa, responde também como receptador.

Objeto da receptação é a coisa *móvel* (dinheiro, jóias, mercadorias, títulos ao portador, etc.). Um *imóvel* não pode ser receptado, pois a receptação pressupõe um *deslocamento da res*, do poder de quem ilegitimamente a detém para o do receptador, de modo a tornar mais difícil a sua recuperação por quem de direito. A coisa há de ser *produto de crime*, isto é, há de ter resultado, imediata ou mediatamente, de um fato definido como *crime*. Não importa que haja sido alterada, intercorrentemente, a individualidade da coisa, nem que esta tenha sido substituída por outra. Assim, a aquisição do ouro resultante da fusão de uma jóia furtada é receptação, do mesmo que o é a aquisição da coisa obtida com o dinheiro furtado, ou a guarda do dinheiro alcançado com a venda da *res furtiva*, ou a compra da apólice de penhor desta. O reconhecimento da receptação ainda quando se trate de *sub-rogação* (*Ersatzhehlerei*) é objeto de controvérsia; mas, perante o nosso Código, que fala, de modo irrestrito, em “produto de crime”, é incontestável que a coisa *sub-rogada*, representando produto indireto ou mediato do crime, não exclui a receptação. Nem há razão de ordem jurídica ou política para decidir de outro modo. A situação patrimonial ilícita decorrente do crime *a quo* não desaparece, como é claro, pelo fato de ter sido substituída por outra a coisa diretamente obtida com aquele.

Não são *produto* do crime os *instrumenta sceleris*: a aquisição, recebimento ou ocultação destes, com o fim de *salvar* o criminoso, será *favorecimento pessoal* (art. 348), e não receptação.

É perfeitamente possível a receptação de receptação, isto é, a mesma coisa pode ser objeto de receptações sucessivas. O que se faz mister é que a coisa seja proveniente de crime, e este não é apenas o crime originário, senão também a intercorrente receptação. Se, entretanto, a coisa vem a ser adquirida ou recebida por terceiro de boa-fé, que, por sua vez, a transmite a outrem, não comete este receptação, ainda que

tenha conhecimento de que a coisa provém de crime. Houve, em tal caso, uma interrupção ou solução de continuidade da situação patrimonial anormal criada pelo crime originário e mantida, acaso, por intercorrente receptação de má-fé.

A receptação de várias coisas, provenientes de um só ou de vários crimes, realizada num só contexto de ação, é crime naturalmente único; mas, se várias as coisas, embora procedentes de um só crime, são receptadas mediante ações separadas no tempo, dá-se receptação *continuada* (art. 51, § 2.º).

Pode acontecer que, não obstante tratar-se de coisa proveniente de crime, a aquisição, recebimento ou ocultação dela não constituir receptação, mas outro crime. Assim, quem adquire ou recebe, para guardar, moeda falsa, comete o crime do § 1.º do art. 289, e não receptação.

É indispensável que seja *crime* a infração penal de que procede a coisa receptada. Não há receptação se o fato antecedente é simples *contravenção*. Não será tal, por exemplo, a aquisição do produto de caça proibida.² Também não o será a guarda do dinheiro angariado pelo falso mendigo ou pelo agente ou *ponteiro* de jogo de azar.

O elemento subjetivo compreende a *ciência* de que se adquire, recebe ou oculta coisa procedente de crime ou de que se influi para tal aquisição, recebimento ou ocultação por parte de terceiros *bona fide* (dolo genérico) e o *fim de proveito próprio ou alheio* (dolo específico).

Como já se disse, o *animus lucrandi* é que distingue a receptação do favorecimento real, pois este se opera *amoris pietatisve causa* (não é crime patrimonial, mas lesivo do interesse da regular administração da justiça). É preciso que haja *certeza* da proveniência criminoso da coisa. Se o agente procede na *dúvida*, o que se apresenta é a receptação culposa. Esta será reconhecida ainda quando o agente proceda com *dolo*

² O Cód. de Caça, entretanto, dispõe, no seu art. 66: "Incorrerá na multa de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 2.000,00 o proprietário de mercearia, hotel, restaurante, pensão ou bar que entregar a consumo "aves silvestres nacionais, desde que estas não provenham de estabelecimentos de criação registrados na Divisão de Caça e Pesca".

eventual. O texto do art. 180 é iniludível: não basta que o agente tenha razões para *desconfiar* da origem criminosa da coisa, pois cumpre que *saiba* tratar-se de produto de crime. É imprescindível o *dolo direto*, isto é, o conhecimento positivo de que se está mantendo a situação ilícita decorrente de um crime anterior.

Não é pacífico se a receptação pode ocorrer no caso de *dolus subsequens*, isto é, no caso em que alguém, tendo adquirido ou recebido a coisa em boa-fé, vem posteriormente a saber que é produto de crime, e não a restitui ao *dominus*. A jurisprudência francesa decide no sentido afirmativo (cons. BOUZAT, *Traité théorique et pratique de Droit Pénal*, 1951, pág. 500). Entendemos que esta é a solução que se impõe por *força de compreensão*. Não há distinguir entre *ciência contemporânea* e *ciência posterior*, se esta não tem como consequência a interrupção da situação patrimonial resultante do crime *a quo*.

No caso de receptação própria, o crime se consuma com o ato de aquisição (com efetiva *traditio*), recebimento ou ocultação da coisa, e é possível a tentativa. Na receptação imprópria, a consumação ocorre com a prática de qualquer ato idôneo de mediação (idôneo no sentido da *influência* para que outrem de boa-fé adquira, receba ou oculte a coisa), e não é possível a tentativa (ou o ato é idôneo, e o crime se consuma, ou não o é, e não há crime algum).

Na primitiva redação do Código, a pena da receptação dolosa era "reclusão, de dois a quatro anos, e multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 10.000,00". O excesso do *mínimo* da pena privativa de liberdade apresentava-se manifesto, tendo resultado, como eu já informara, de um erro tipográfico ou dactilográfico. A *sanctio* do art. 180, conforme fôra decidido pela Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA MACHADO, era, afora multa, "reclusão de dois meses a quatro anos". Na impressão ou talvez na cópia remetida à Imprensa Nacional, foi omitida a palavra "meses". Quando membro de uma das Câmaras Criminais do então Tribunal de Apelação do Distrito Federal, tive oportunidade de dar o meu testemunho a

respeito (como componente, que fui, da referida Comissão), ao mesmo passo que sugeria, para conjurar a *demasia* de punição, se reconhecesse a receptação culposa, ao invés da dolosa, sempre que não existisse a evidência mesma da ciência do acusado quanto à origem criminosa da coisa receptada. Dissentiu do meu voto, porém, o desembargador JOSÉ DUARTE, que é, sem favor algum, um dos mais dextros penalistas pátrios, e, na sua dissidência, chegou a pôr em dúvida o meu testemunho acêrca do apontado erro. Abespinei-me e dei-lhe a seguinte réplica, que se ressentia de certa exaltação, mas sem o mais remoto intuito de negar o alto mérito do meu contendor: “No *Diário da Justiça* de 2 de fevereiro de 1943, páginas 607 e segs., vem publicado um *voto vencido* que o meu prezado amigo e douto colega desembargador JOSÉ DUARTE teria proferido por ocasião do julgamento da revisão criminal n.º 1.288, no Tribunal de Apelação do Distrito Federal. Não me lembrando de ter ouvido ao ilustre dissidente senão uma dúzia de palavras anunciando lacônicamente a sua discrepância, foi com grande surpresa que vi depois, esparramada por várias páginas do órgão oficial, a profusa defesa do seu ponto de vista. Nenhum só dos argumentos dêsse arrazoado havia sido expendido em sessão aberta, de modo que ficaram a coberto de réplica no texto do acórdão, de que fui relator designado. Seja-me lícito ponderar que a *deslealdade* do meu preclaro colega foi tanto mais censurável quanto êle achou de impugnar o testemunho que eu prestara a respeito de um erro de cópia na redação do art. 180 do Cód. Penal (de cuja elaboração fui *minima pars*) e me alfinetou com a sua ironia, asseverando que, a crer-se no apontado erro, o copista fôra, sem o pressentir, mais sábio que o legislador. Não é positivamente louvável que um juiz de tribunal colegial evite o debate *facie ad faciem*, para ulteriormente, na solidão do gabinete, desafogando-se sôbre a passividade do papel, emitir conceitos desamáveis aos companheiros de quem discorda. Deixemos, porém, de lado a *deselegância* (tão de estranhar da parte de quem sempre encontrei airoso cavalheiro) e vamos ao *voto vencido*, onde há muito que respirar. Usarei nesta

minha réplica o mesmo sistema do meu caro colega: amigos, amigos, direito penal à parte. Não é fácil tarefa deslindar os *pontos de chegada* do Sr. JOSÉ DUARTE. Dispondo de vasto cabedal de leituras, tem êle o prazer das digressões e das citações eruditas, inteiramente esquecido da austera singeleza de que deve revestir-se a literatura dos arestos. A cada passo, perde de vista os temas nucleares, para discorrer *de omni re scibili et quibusdam aliis*. Dir-se-ia que ainda não se libertou da *mania* dos juizes noviços, que, condoídos da pressuposta ignorância alheia e ávidos de renome, entendem de bordar suas sentenças com difusas lições doutrinárias, em sete línguas diferentes. Acresce que o seu estilo, ressentindo-se do péssimo gôsto do meu caríssimo amigo e insigne ministro OROZIMBO NONATO, costuma afeiçoar-se à usança de 1500, obrigando a gente a consultar o VITERBO, o BLUTEAU e outros bolorentos lexicógrafos. Lido e relido, desinchado e esca-nhoado, o *voto vencido* do Sr. JOSÉ DUARTE resume-se no seguinte: não é verdade que tenha havido um lapso de cópia na *sanctio* do art. 180 do Cód. Penal, pois o que ali está escrito é, talqualmente, o que se queria e o que se devia escrever, por injunção do ensinamento doutrinário, da lição sociológica, do primor técnico, do exemplo das legislações do mundo civilizado e do próprio sistema estrutural do Código. Pesa-nos retrucar que precisamente por tudo isso é que o dito êrro se evidencia a ôlho desarmado. Eis o que diz o acórdão de que divergiu o desembargador JOSÉ DUARTE: “O mínimo da pena “de reclusão cominada à receptação dolosa (art. 180) é tão “chocantemente exagerado no seu *quantum*, que a única ex-“plicação é ter havido um êrro de cópia ou de impressão, “neste particular. Não se compreende que o mínimo da pena “de receptação dolosa seja superior ao do furto simples, da “apropriação indébita ou do estelionato e igual ao do furto “qualificado e do peculato, ou à metade do mínimo do roubo “ou da extorsão. A demasia que isso representa está bem de-“monstrada no presente caso: a autora do furto, isto é, do “crime incontestavelmente mais grave, foi condenada a re-“clusão por um ano, enquanto o receptor, isto é, o autor

“do crime menos grave, foi condenado a reclusão por dois anos! Está-se a ver que, no original do Código ou do seu projeto, estava escrito, relativamente à sanção do art. 180, “que a pena seria “reclusão, de dois *meses* a quatro anos”, etc., “e que, na cópia ou impressão, foi omitida a palavra “meses”. De que isso ocorreu, inadvertidamente, pode dar testemunho o próprio relator designado para este acórdão e participante da Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA”. A aberrante iniquidade da pena mínima que figura cominada no art. 180 (*caput*) não pode deixar de ferir a consciência de quantos não se acostumaram a resolver questões penais à distância da realidade dos fatos sociais. Toda a argumentação em contrário do Sr. JOSÉ DUARTE não passa de uma sucessão de sofismas, de equívocos, de falsos raciocínios. Para primeira amostra, fixemos a seguinte afirmativa sua: “Em nenhum tempo, em nenhuma legislação, se puniu a receptação com a preocupação de considerá-la um crime de menor gravidade que aquêle de que se originou”. A *coragem* de tal aserto só se compreenderia se o desembargador DUARTE estivesse escrevendo para uma récula de *calouros*. Temos de opor-lhe a mais formal contradita: em tempo algum, e em nenhuma região do que constitui hoje o mundo civilizado, deixou de haver a preocupação legislativa de relacionar a pena da receptação à do crime anterior, de que ela deriva, ora equiparando-se as duas (*par poena reos atque receptatores eorum expectet*) ou atenuando-se a da receptação. Assim no direito romano e no direito intermédio. Em Roma, a equiparação sofria exceções já nos primeiros tempos e, na época de JUSTINIANO, somente se dava quando havia *acôrdo prévio* entre o autor do crime principal e o *receptator*, pois, nos demais casos, era aplicada à receptação uma pena *extra ordinem*, sensivelmente mitigada. Informa o Sr. JOSÉ DUARTE, argumentando *pro domo sua*, que “foram os receptatores — *pessimum genus est receptatorum* — punidos até com penas arbitrárias e, quando o furto era qualificado (eis o Sr. JOSÉ DUARTE, distraidamente, reconhecendo o critério histórico de correlação entre a pena da receptação e a “do crime anterior...), punia-se a receptação com penas

“extraordinárias”. Que entenderá o meu distinto colega por *penas arbitrárias* e *penas extraordinárias*, no direito romano ou medieval? Qual a diferença entre umas e outras? Penas extraordinárias, ao que nos consta, eram aquelas que o juiz, usando do arbítrio concedido pela lei, aplicava nos casos não-explicita ou taxativamente previstos. Ignoro quais sejam, além dessas, as penas *arbitrárias*, pôsto que o meu culto colega evidentemente não se refere às penas livremente atenuadas pelo juiz, no regime da *extraordinaria cognitio*, e que nada têm a ver com a tese em debate. E um manifesto equívoco do Sr. DUARTE é o supor que as penas extraordinárias significavam penas mais rigorosas que as ordinárias. Justamente o contrário é o que ocorria: a pena *extra ordinem* atendia à necessidade de *abrandar* a punição nos casos de aplicação analógica da lei ou de previsão incerta.

Na Idade Média, prevaleceu como regra geral, no tocante à receptação, a mesma solução romana; mas os práticos, na sua maioria, considerando a receptação um *auxilium post delictum* (cumplicidade *subsequens*), propugnavam a constante mitigação da pena cominada ao crime principal, segundo o arbítrio do juiz, quando se tratasse do *receptator*. CARP-SÓVIO, que o Sr. DUARTE cita como tendo sido o primeiro a pleitear (*rectius*: insinuar) a *autonomia* da receptação, não duvidava em defender a atenuação da pena, em cotejo com a do crime anterior: seria iníquo, dissertava êle, que se aplicasse a mesma pena ao auxílio *durante delicto* e ao auxílio *post delictum*. E concluía: “o receptador não deve ser enforcado, mas sofrer uma pena extraordinária, a arbítrio do juiz” (veja-se SOARES DE MELO, *Da receptação*).

Na atualidade, raro é o código em que não se lobrigue a preocupação de punir a receptação (que alguns persistem em considerar cumplicidade *post factum*) menos severamente que o crime de que é subsequente. Sòmente nos casos mais graves (notadamente no de *habitualidade* do receptador) é que é colocada em pé de igualdade com o crime originário. Em código algum figura a receptação com pena aprioristicamente mais grave do que a daqueles de que pode provir. Desde

MONTESQUIEU que se veio acentuando, na doutrina e na jurisprudência, a tendência de mitigação da pena de receptação, que era outrora equiparada à do crime *a quo*. Como observa GENARO MARCIANO (ob. cit., vol. II, pág. 98), “... *il progressivo svolgersi della coscienza giuridica ha dimostrato l'ingiustizia della parificazione tra la pena del ricettatore e quella dell'autore del delitto principale. Il ricettatore si mantiene passivo, laddove il ladro si mostra attivo; quello pone fine all'opera del ladro e non partecipa a' vantaggi che dopo il fatto; il ladro consuma il fatto egli stesso e deve sormontare più ostacoli, e deve più a lungo resistere contro l'impero della legge. È prevalso, pertanto, il sistema d'infliggere al ricettatore una pena sempre inferiore a quella stabilita per l'autore del delitto principale*”. Rejeitou-se o conceito apriorístico de que “*réceleur est pire que voleur*” ou de que “*der Hehler ist so gut wie der Stehler*”, para difundir-se o princípio de que o receptador, de modo geral, é menos *criminoso* que o ladrão. Opinando diversamente, o Sr. JOSÉ DUARTE está apegado a idéias coetâneas da mais remota Idade Média, já inteiramente superadas. Seus estudos sobre a receptação precisam de ser atualizados. Peço-lhe que me acompanhe numa vista d'olhos pelos Códigos mais modernos.

No Código italiano (art. 648), a pena da receptação é idêntica à do furto qualificado, isto é, reclusão por 15 *das* (mínimo genérico) até seis anos.

No Código suíço (art. 144), a receptação é punida com a mesma pena do furto simples (reclusão de um a cinco anos) e, nos casos leves, com simples multa. Somente no caso de habitualidade, a pena poderá elevar-se a 10 anos de reclusão.

No Código alemão (§§ 259 e 260): a receptação é punida, como o furto simples, com encarceramento de um *dia* (mínimo genérico) até cinco anos.

No Código francês (arts. 460 e 461, alterados por lei de 1915): a pena da receptação é idêntica à cominada aos furtos de menor relêvo, isto é, prisão correccional de um a cinco anos.

No Código holandês (art. 416): a receptação é punida menos gravemente que o furto simples.

No Código búlgaro (arts. 338 e 339): a pena da receptação é sempre inferior à do crime de que proveio a coisa receptada.

No Código iugoslavo (art. 265): a receptação é punida menos gravemente que o furto simples: três dias a três anos de prisão simples.

No Código português (art. 106): é cominada à receptação, em todos os casos, penas menos graves que as dos crimes a que adere.

No Código dinamarquês (arts. 284 e 285): é equiparada a pena da receptação à dos crimes patrimoniais de que deriva, isto é, prisão por 30 dias até dois anos.

No Código polonês (art. 160): a receptação dolosa é punida com prisão, de 15 dias (mínimo genérico) até cinco anos, isto é, com a mesma pena cominada ao furto simples.

No Código húngaro (§ 370): a receptação é punida com encarceramento por seis meses (mínimo genérico) até cinco anos, e, nos casos leves, com prisão simples, de *um dia* (mínimo genérico) até dois anos. Muito mais graves são as penas cominadas aos crimes de que pode proceder a receptação.

No Código soviético (art. 164): enquanto a pena do crime patrimonial originário pode ir até o fuzilamento, a pena da receptação é privação da liberdade até seis meses (no caso de habitualidade, até três anos).

No Código espanhol (quer o de 1932, quer o de 1944): a pena da receptação (considerada participação *post delictum*) é inferior de dois graus à do crime principal.

No Código sueco (caps. 20, § 12, e 21, § 9.º): a receptação é punida, ora com pena igual, ora inferior à do crime originário.

No Código norueguês (§§ 317 e 318): a pena da receptação é idêntica, via de regra, à do furto simples, isto é, prisão qualificada, de 21 dias (mínimo genérico) até três anos.

No Código mexicano (art. 400, III): *somente pune a receptação habitual*, e com pena inferior à do furto qualificado.

No Código argentino (art. 277, n.º 3): a pena da receptação é inferior à do furto simples.

No Código peruano (art. 243): a pena da receptação é de prisão por dois dias (mínimo genérico) até dois anos, e, nos casos leves, simples multa. Só no caso de habitualidade passa a ser punida com penitenciária por cinco anos, no mínimo.

No Código chileno (art. 52): disposição idêntica à do Código espanhol.

No Código venezuelano (art. 472): a pena da receptação não pode exceder da metade da pena cominada ao crime originário.

No Código colombiano (art. 200): a pena da receptação é inferior à do furto simples.

No Código uruguaio (art. 197): a pena da receptação é de terça parte até metade da pena cominada ao crime principal.

Onde, pois, foi o Sr. JOSÉ DUARTE achar que a pena da receptação jamais teve em conta a pena do crime anterior e que a tendência legislativa moderna é no sentido do maior rigor daquela? ³ Não tenho dúvida em reptá-lo a que aponte uma só legislação, uma única que seja, antiga ou moderna, em que a receptação seja punida mais severamente que o crime de que procede. Nem poderia ser levado para o direito positivo semelhante contra-senso. Ainda mais: desafio-o a que indique autor de nota que já tenha, algum dia, pleiteado, “por motivo histórico, técnico, político ou sociológico”, a apriorística maior punibilidade da receptação, em cotejo com o crime anterior. Tôdas as razões que o Sr. DUARTE invoca para o rigor da pena aplicável à receptação não são mais do que aquelas mesmas que, multissecularmente, se aduzem para legitimar a *incriminação* dessa atividade maléfica. O ilustre magistrado confunde *legitimidade de incriminação* com *legitimidade de maior punição*. O receptador é, sem dúvida, um perpetuador do estado antijurídico patrimonial criado pelo crime que a precede; mas difere, essencialmente, do autor do

³ O moderníssimo Código japonês (1953) comina à receptação a pena de um mês a três anos de penitenciária, inferior à do furto simples (§ 235).

último. Não é o indivíduo que já desceu à extrema degradação moral do gatuno, do *escroc*, do rapinante, do extorsionário *et concomitante caterva*; mas o indivíduo que, para auferir lucro fácil, se despede dos escrúpulos que presidem, comumente, aos negócios honestos. Seria incapaz de aventurar-se à prática de um furto, de um estelionato, de um roubo, de uma *chantage*, etc. Sua capacidade de delinquir é limitada, não vai a arrojados de tal natureza. Cinge-se a comprar, a receber ou a ocultar, *lucri faciendi causa*, coisas captadas por esses meios criminosos: não se abalança ao militante assalto à propriedade alheia. Tipos clássicos do receptador são os encontrados entre os joalheiros de terceira classe e os donos de belchior ou *ferro velho*. São indivíduos que, não raro, comungam do convívio da gente honesta, pois, fora de sua inescrupulosa mercancia, mantêm uma linha incensurável de conduta civil. Objetiva e subjetivamente, a receptação é, não há negar, um *minus* em relação aos crimes de que se faz parasitária. Nenhum critério de política criminal poderia justificar que, *a priori*, se punisse a receptação com pena mais rigorosa que a do crime precedente.

Diz o Sr. JOSÉ DUARTE que, uma vez considerada a receptação como crime *per se stante*, “não há por que cogitar da pena que se comina ao crime anterior”. E continua: “É óbvia a razão: politicamente, não influi na sua repressão”. É um redondo equívoco. A autonomia da receptação não pode jamais alheá-la ao crime precedente, a que está conexas e que é seu pressuposto. Como justamente adverte SOARES DE MELO (ob. cit., pág. 116), “qualquer que seja a teoria (sobre a receptação), jamais se poderá fazer abstração do crime anterior”. E o legislador estaria distribuindo penas a êsmo, se não tivesse em vista, ao punir a receptação, a pena cominada ao crime de que ela é uma espécie de *continuação*. Toda a legislação positiva, na sua evolução ou continuidade histórica, jamais deixou de atender a êsse cotejo, para o devido ajustamento ou proporção das sanções. A preponderante razão prática por que se passou a considerar a receptação como crime autônomo, e não mais como um *acessório* do crime *a quo*,

foi precisamente evitar que, adstrita à pena a êste cominada, resultasse excessiva a pena da receptação. Eis como, ao tempo da elaboração do atual Código italiano, se pronunciou a propósito a Comissão ministerial: *“Si evita così l'inconveniente tante volte lamentato, che per ricettazione di lievissima importanza, debba applicarsi una grave pena, sol perchè la cosa ricettata proveniva da un reato colpito da gravissima sanzione”*.

No direito brasileiro, a tradição constante foi no sentido da menor punibilidade da receptação, em confronto com o crime de que deriva. Os Códigos de 1830 e 1890 reputavam-na simples cumplicidade *post delictum*, diminuída de terça parte, em relação a ela, a pena cominada ao crime principal. O projeto GALDINO SIQUEIRA (art. 165) cominava-lhe pena inferior à do furto simples (sòmente no caso de habitualidade era a pena exasperada). O projeto SÁ PEREIRA cominava à receptação (ocasional) prisão por um ano (mínimo genérico) até três anos (pena idêntica à do furto simples) e, na hipótese de criminoso primário, sendo o caso de pouca gravidade, podia ser a pena fixada abaixo desse mínimo. O projeto ALCÂNTARA MACHADO editava contra a receptação, de modo geral, reclusão de um a cinco anos, isto é, inferior à do furto qualificado.

Por que estranho motivo, então, haveria a Comissão Revisora do Projeto ALCÂNTARA de fazer *tabula rasa* da tradição do direito pátrio, da evolução jurídico-penal e da legislação comparada, para fixar o mínimo da pena da receptação dolosa, intratavelmente, em dois anos de reclusão, isto é, superior ao mínimo do furto simples, da apropriação indébita e do estelionato e igual ao do furto qualificado ou do peculato e à metade do mínimo do roubo e da extorsão? Argumenta o Sr. JOSÉ DUARTE que o art. 180 do Cód. Penal não podia referir-se a dois meses de reclusão, porque o mínimo desta, na sistemática do Código, é de um ano. Mera observação superficial. Em vários casos de *tentativa* ou de *minorantes*, a reclusão (que não ficou adstrita a mínimo genérico, como incongruentemente se via no Projeto ALCÂNTARA) pode descer

muito abaixo desse mínimo. Mesmo no setor dos crimes patrimoniais (à parte o caso de simples tentativa), há o § 2.º do art. 155 e os arts. 170 e 171, § 1.º, em face dos quais o mínimo da reclusão pode ser reduzido a quatro meses. E precisamente porque, na redação originária do Código, se dava à pena da receptação um grande elastério (dois meses a quatro anos), deixou-se de reproduzir, a seu respeito, o disposto em relação ao furto, à apropriação indébita e ao estelionato, para atenuação especial no caso de criminoso primário e pequeno valor da coisa furtada, desviada ou captada. É certo que para o crime consumado ou no seu tipo básico, o mínimo da reclusão não era, nas sanções da parte especial, inferior a um ano; mas a redução deste mínimo, no caso da receptação dolosa, se impunha logicamente, desde que, no tocante a ela, não se previa caso algum de especial mitigação de pena. Não se tratava de *exceção odiosa*, como inculca o Sr. JOSÉ DUARTE, mas de *injunção de elementaríssima justiça*.

Como se compreende que, não obstante a extensa graduação de gravidade da receptação, se cominasse uma pena que, praticamente, não permite *individualização*, tal a proximidade entre o seu elevado mínimo e o seu máximo? Será, porventura, que se deva punir com a mesma severidade o receptador primário e o habitual, o que recepta um paletó usado e o que recepta um *solitário* de Cr\$ 100.000,00?

Objeta o Sr. DUARTE que, a admitir-se reclusão por dois meses apenas, estaria o art. 180 (na sua redação certa) incompatível com o art. 30. Por que? O isolamento inicial tanto pode ser de três meses quanto de cinco ou 10 dias. Parece que o Sr. DUARTE leu mal: onde, no art. 30, está escrito “por tempo não superior a três meses”, teria ele lido “por tempo de três meses”.

Na abertura do ângulo de visão em que se colocou, o Sr. JOSÉ DUARTE vai ao extremo de trazer em seu favor argumentos que gritam clamorosamente contra sua própria tese. Diz ele: “Quer na lei italiana, quer na suíça, é considerada a *habitualidade*... A lei brasileira engloba tudo no art. 180, razão a mais para atender à elevação da pena”. Mas, justa-

mente, precisamente porque não se distinguia entre a receptação ocasional e a habitual é que se tornava imprescindível uma grande elasticidade na pena cominada! É interessante como o afêro a um ponto de vista unilateral leva um espírito lúcido, como o do Sr. JOSÉ DUARTE, a descidas tão chocantes.

Em suma: é de uma evidência solar que o art. 180 sofreu um lapso de cópia. O que devia estar escrito, na sua parte sancionatória, era o seguinte: “Pena — reclusão, de dois meses a quatro anos”. Para demonstrar o absurdo de um dispositivo, não há como imaginá-lo nas suas aplicações práticas. Suponha-se o caso de um receptador ocasional, que compra um objeto de pequeno valor, proveniente de furto praticado por criminoso primário. Enquanto o autor do furto é condenado a simples multa de Cr\$ 500,00, de que se livrará se fôr insolvente, o receptador terá de sofrer, irremissivelmente, a pena de dois anos de reclusão! É uma iniquidade que brada desde a terra até o céu. Figure-se, agora, o caso do indivíduo que ocasionalmente adquire um objeto qualquer, sabendo que o vendedor o achou na via pública. Trata-se de um fato que muita gente boa pratica, ignorando a sua ilicitude penal ou por costume generalizado. Pois bem; enquanto o infiel achador é condenado a pagar uma multa de Cr\$ 200,00, o comprador terá de cumprir, sem um dia de desconto, 24 meses de reclusão! Não se pode conceber maior destampêro. Em casos que tais, o juiz, dotado de apurada consciência, que deixasse de contornar o iníquo preceito, podendo fazê-lo sem violência à prova dos autos, certamente não conseguiria dormir tranqüilo. Daí, o alvitre, por mim defendido, e aceito pela maioria de meus ilustres colegas do Tribunal de Apelação: nos casos em que a iniquidade se apresente intolerável, deve-se, na medida extrema de acomodação com o texto legal e com a prova colhida no processo, reconhecer a simples receptação *culposa*, de preferência à dolosa. Não se trata de um recurso arbitrário, ou subversivo do *non sunt judicandæ leges*, mas de um expediente plenamente justificado pela necessidade de

atenuar a feição *patológica* que ao preceito legal imprimiu um patente erro de cópia". A lei n.º 2.505, de 11-6-955, veio corrigir o lapso, mas entendendo de fixar o mínimo de reclusão em um ano e, ao mesmo tempo, ampliando à receptação dolosa o disposto no § 2.º do art. 155. Foi uma solução de equidade e acertada.

106. *Receptação culposa*. Ocorre esta modalidade de receptação quando o agente, embora não tendo *ciência certa* da origem criminosa da coisa que *adquire* ou *recebe*, devia tê-la presumido em razão da própria *natureza da coisa*, ou da *desproporção entre o valor e o preço*, ou da *condição de quem a oferece* (§ 1.º do art. 180). Já aqui, o texto legal não se refere à *ocultação*, como *modus* da receptação, pois, em tal caso, o *dolo* é evidente. Igualmente, absteve-se de incriminar a "mediação", considerada em si mesma, ou ainda que improficua, para que terceiro *bona fide* adquira ou receba a coisa, pois tal mediação, quando simplesmente *culposa*, não tem suficiente relêvo para ser incriminada. Se há mediação, e a coisa vem a ser efetivamente adquirida ou recebida por terceiro, cumpre distinguir: se êste também tinha razão, nos termos da lei, para presumir a origem criminosa da coisa, responderão êle e o mediador (êste como partícipe) por receptação culposa; se tinha pleno conhecimento de tal origem, responderá, êle somente, como receptador *doloso*, ficando impune o mediador, pois não há participação culposa em crime doloso e a lei não incrimina a mediação simplesmente culposa.

Os *indícios* mencionados no § 1.º do art. 180 relativamente à origem criminosa da coisa têm caráter *objetivo*, isto é, decorrem de *id quod plerumque accidit*. A lei pressupõe que qualquer dêles *deve* gerar a *presunção* de que a coisa procede de crime, pouco importando, em princípio, que o acusado não tenha realmente *presumido* tal procedência. Se, entretanto, o acusado, no caso concreto, incidiu em erro escusável, ou se havia razoáveis *contra-indícios* no sentido da legitimidade de proveniência da coisa, *extra reatum est*. A decidir-se de outro modo, teria o Código criado, em contraste com um de seus princípios centrais, um caso de *responsabilidade objetiva*. Todo

indício pode ser desacreditado por um contra-indício. A casuística legal dos indícios só teve em mira evitar um ilimitado arbitrio do juiz na identificação do crime, e não endossar o contra-senso de uma responsabilidade sem culpa. Por mais forte que seja um indício, não está jamais a coberto de ser infirmado por outro em sentido contrário. Apesar de ocorrer qualquer das suspeitosas circunstâncias referidas no texto legal, pode acontecer, repita-se, que o acusado tivesse tido fundadas razões de fato para não duvidar da *legitimidade* de origem da coisa. Suponha-se, por exemplo, que alguém adquira por preço exíguo uma jóia de ouro, mas supondo, na sua inexperiência, que fôsse de metal ordinário, segundo informação do próprio ofertante, que, assim, cuidava de evitar a suspeita de tê-la furtado, como, de fato, acontecera: se nenhuma outra circunstância havia para a *desconfiança* do comprador, não poderá ser reconhecida a receptação culposa.

Três são os indícios a que a lei vincula a presunção de origem criminosa da coisa: a *natureza* desta, a *desproporção entre o valor e o preço* e a *condição de quem a oferece*.

Referindo-se à *natureza* da coisa, quer o texto legal significar a condição da coisa em si mesma, a fazer suspeitar que esta tenha sido obtida criminosamente. Exemplo: quem adquire um jôgo de rodas de vagão ferroviário, sem que o vendedor (que o furtara) apresente autorização da empresa a que deve pertencer ou sem que procure indagar se existe tal autorização, comete receptação culposa. Outro exemplo: a coisa adquirida tem marca ou sinal indicativo de propriedade alheia, de modo que, se o comprador tivesse tido o cuidado de averiguar, viria a saber que fôra furtada.⁵

O *preço desproporcionado*, pago pelo adquirente, quer dizer *preço vil* ou de tal modo inferior ao justo valor da coisa, que faria qualquer pessoa de senso médio *desconfiar* ou *presumir* que se tratava de objeto proveniente de crime.

⁵ É freqüente a aquisição, por parte de adidos, de armas ou outros objetos com a marca do *Exército Nacional*: se a receptação é dolosa, o crime é *militar*; se apenas culposa, é crime comum (jurisprudência do Supremo Tribunal Federal).

Finalmente, a *condição do ofertante* diz com a qualidade pessoal dêste, a indiciar que a coisa não pode estar legitimamente em seu poder. Assim, se um anel de brilhante é ofertado à venda por uma criança ou um mendigo, é de presumir-se que haja sido subtraído a outrem. Igualmente, se a coisa é apresentada por alguém que o adquirente sabe ser indivíduo que se entrega à *malavita* ou já foi condenado ou processado por crime contra o patrimônio, será reconhecível a receptação culposa.⁶

As penas cominadas à receptação culposa — detenção de um mês a um ano, e multa de Cr\$ 300,00 a Cr\$ 10.000,00 — podem ser aplicadas conjunta ou alternativamente.

107. *Autonomia da receptação.* Sendo pressuposto necessário da receptação a existência de um crime anterior, de que se faz parasitária, pode dizer-se, sob tal aspecto, que há uma relação de *acessoriedade material* entre aquela e êste; mas, afora isso, a receptação é crime *autônomo*, isto é, alheia-se ao crime *a quo* e existe por si mesma. Corolário dessa *autonomia* é o disposto no § 2.º do art. 180: “A receptação é punível, ainda quando desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa”. Costuma-se dizer, com justeza, que há, no caso, uma *acessoriedade objetiva* de crimes, mas não de processos penais. Em primeiro lugar, não importa, sequer, que seja ignorado o autor do crime anterior e, portanto, é irrelevante a ausência de processo penal em relação a êste. É indiferente, outrossim, que alguém, acusado de tal crime, tenha sido absolvido por falta de provas ou por não tê-lo praticado. Além disso, é também indiferente que o autor do crime *a quo* não seja punível, como no caso de *irresponsabilidade* (art. 22), de *menoridade penal* (art. 23)

⁶ Indaga-se se comete receptação o advogado que recebe de um ladrão, seu constituinte, dinheiro ou objeto de valor, em paga de seus serviços profissionais. A resposta deve ser negativa, pois, sob pena de se criar sério embaraço ao patrocínio do réu, o advogado não está adstrito a averiguar a procedência do que lhe é entregue a título de honorários, não estando excluída, aliás, a hipótese, muito plausível, de que o réu tenha sido socorrido por parentes ou amigos.

ou de *escusa absolutória* (art. 181, ns. I e II). Ainda mais: dispondo o art. 108, parág. único, que “a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto... de outro, não se estende a este”, a receptação não deixa de existir, ainda quando haja ocorrido a *morte* do agente do crime anterior, ou haja sobrevindo, em relação a tal crime, *prescrição*, *anistia*, *graça* ou *indulto*. Mais ainda: no caso em que a punibilidade do crime anterior é condicionada à *representação* da vítima (artigo 182, ns. I a III), a receptação será reconhecível mesmo que não haja sido oferecida a representação (por argumento do inc. II do art. 183).

Figurem-se as seguintes hipóteses: a) o pai recepta coisas furtadas pelo filho a estranho ou *vice versa*; b) o estranho recepta coisas furtadas pelo filho ao pai ou *vice versa*; c) o filho recepta coisas furtadas a seu pai por um estranho, ou o pai recepta coisas furtadas ao filho pelo estranho. Nas hipóteses *sub a* e *b*, há receptação criminosa (a título de dolo ou culpa); na hipótese *sub c*, entretanto, não há receptação punível (art. 181, II).

108. *Facultativo perdão judicial*. No caso de *receptação culposa*, se o criminoso é primário, o juiz pode, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. É o que dispõe o § 3.º do art. 180. Sobre o que seja “criminoso primário”, veja-se o comentário ao § 2.º do art. 155. As circunstâncias atendíveis pelo juiz serão, por exemplo, a escassez do valor da coisa receptada, a pouca intensidade da culpa, a incensurável vida pregressa do acusado, etc. Sobre a parte conclusiva da sentença, no caso de perdão judicial, veja-se n.º 100.

CAPÍTULO VIII

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 181. *É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:*

I — de cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II — de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Art. 182. Sòmente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

I — do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II — de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III — de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I — se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprêgo de grave ameaça ou violência a pessoa;

II — a estranho que participa do crime.

DIREITO COMPARADO. *Códigos:* italiano, art. 649; alemão, art. 247; francês, art. 380; suíço, art. 137, 3; espanhol, art. 564; português, art. 431; dinamarquês, art. 290, 2; iugoslavo, art. 266; japonês, art. 244; argentino, art. 185; venezuelano, art. 483; salvatoriano, art. 524; boliviano, art. 629; colombiano, art. 431; cubano, art. 570; chileno, art. 489; equatoriano, art. 562; guatemalteco, art. 448; haitiano, art. 325; mexicano, arts. 377 e 378; nicaragüense, art. 526; panamenho, art. 379; hondurense, art. 560; peruano, art. 260; paraguaio, art. 407.

BIBLIOGRAFIA. Além da geral já citada: FINZI, *Il furto privilegiato*, 1903; *Delitti contro il patrimonio a danno di congiunti*, in: *Annali di diritto e procedura penale*, 1938; DEVISE, *Du vol entre époux en droit romain*, 1893; HÉBERT, *L'immunité de l'article 380 du Code Pénal relative aux soustractions entre proches parents*, 1933; BIANCHEDI, *La qualità di congiunto in sé e nelle varie disposizioni del codice penale*, in *Riv. Penale*, 1934.

COMENTARIO

109. Impunibilidade absoluta e punibilidade condicionada. Por motivos de ordem política, ou, seja, em obsequium ao interêsse de solidariedade e harmonia no círculo da fami-

lia, as legislações penais em geral declaram absoluta ou relativamente *impuníveis* os crimes patrimoniais quando praticados, *sine vi aut minis*, entre cônjuges ou parentes próximos. Já o direito romano, fundado no princípio, então vigente, da *co-propriedade familiar*, decidia pelo descabimento da *actio furti* quando o *fur* era filho ou cônjuge do lesado. Com a abolição de tal princípio, na ulterior evolução jurídica, devia ter desaparecido a excepcional imunidade penal, mas um outro argumento passou a justificar a persistência desta: a conveniência de evitar ensejo à *sizânia*, à violação da intimidade e ao desprestígio da família. O interesse de preservá-la ao ódio recíproco entre seus membros e ao escândalo lesivo de sua honorabilidade (tôda família se empenha em *encobrir* a má conduta de suas *ovelhas negras*) não deve ser sacrificado ao interesse de incondicional punição dos crimes lesivos do patrimônio, simples e exclusivamente tais.

O nosso Código, no art. 181, reconhece e determina a irrestrita isenção penal quando o crime patrimonial é cometido: a) entre cônjuges, na constância da sociedade conjugal; b) entre ascendentes e descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural. Já o art. 182 não exclui a punibilidade, mas condiciona-a à *representação* do sujeito passivo, isto é, faz depender desta a ação penal (pública). É o que ocorre quando o crime patrimonial é praticado em prejuízo: a) do cônjuge desquitado ou judicialmente separado (o *privilegium*, aqui, é concedido em homenagem à indissolubilidade do vínculo matrimonial, que, entre nós, é até preceito constitucional); b) de tio ou sobrinho, com quem o agente coabite.

Mesmo nas hipóteses de irrestrita impunibilidade, não fica excluída a antijuricidade objetiva do fato, nem a culpabilidade do agente: apenas, em razão de um critério meramente *oportunistico*, deixa de ser aplicável a correspondente pena.

Nas hipóteses de punibilidade relativa ou condicionada, o fato é objetivamente antijurídico, imputável a título de dolo e passível de pena, mas a aplicabilidade desta depende

de uma condição ulterior, isto é, a provocação do juízo por parte do sujeito passivo. A ação penal é *pública*, mas a iniciativa do Ministério Público está subordinada à prévia *representação* do ofendido, que decairá de tal direito se deixa transcorrer *in albis* o prazo de seis meses, a contar do dia em que soube quem é o autor do crime (art. 105), seja qual fôr a pena cominada *in abstracto*.

Na casuística da impunibilidade absoluta, figura em primeiro lugar o crime patrimonial entre cônjuges, enquanto dura a sociedade conjugal. Pouco importa o regime de bens do casamento, ou que este tenha sido celebrado no país ou no estrangeiro. Acareando-se o inc. I do art. 181 com o inc. I do art. 182, verifica-se que se os cônjuges, ainda quando não *desquitados*, se acham *judicialmente separados*, já não subsiste a isenção penal, substituindo-se esta pela punibilidade relativa (dependente de representação do lesado).

Cônjuge é tão-somente aquêle que o é pela lei civil. A imunidade penal não diz com as pessoas unidas pelo só casamento religioso (sem efeitos civis), que, perante o nosso direito, é equiparado ao *concubinato*. A simples separação *de fato* não exclui o benefício. A vigência do casamento é referida ao tempo do crime, e não ao tempo da instauração do juízo penal. O *subsequens matrimonium* não tem, aqui, efeito extintivo de punibilidade, como nos crimes sexuais. Assim, se o noivo se apropria do dinheiro que lhe confiou a noiva para fim determinado, responderá por apropriação indébita, ainda quando sobrevenha o casamento. Por outro lado, não importa o intercorrente desquite ou separação judicial: persistirá a imunidade penal. Se o casamento fôr anulado, não importa a causa, a anulação não opera *ex tunc*, isto é, não retroage para o fim de excluir a impunibilidade, salvo se o agente vem a ser considerado de má-fé contemporânea ao casamento ou, pelo menos, *ante delictum*. É também irrelevante a superveniente morte do cônjuge lesado. Se o crime é praticado sobre bens do espólio do cônjuge premorto, a cuja herança concorram outras pessoas além do agente (não mencionadas nos incs. I do art. 181 e II e III

do art. 182), a punibilidade será plena e incondicionada, pois a morte do *de cujus* dissolveu a sociedade conjugal: responderá o agente por crime patrimonial sobre *coisa comum* (vejam-se ns. 20, 47, 62 e 76).

Outra hipótese de impunibilidade absoluta é a de ser a vítima parente em linha reta — *ascendente* ou *descendente*, sem limitação de grau — do agente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, civil ou natural. Deve ser chamado à colação o art. 332 do Cód. Civil: “O parentesco é legítimo ou ilegítimo, segundo procede, ou não, do casamento; natural ou civil, conforme resultar de consangüinidade ou adoção”. Conhecidos o crime e seu autor, não basta, para o efeito de abstenção do juízo penal, como é bem de ver, a simples alegação do parentesco: é preciso prová-la *nos precisos termos da lei civil*. Tratando-se de filho *ilegítimo* não-reconhecido, não será admissível no juízo penal a investigação de paternidade; mas o juiz criminal, quando séria e fundada a *exceção* do réu, deve suspender o processo, até que no juízo civil, por iniciativa do Ministério Público (se a este não adiantar-se o réu), se decida a questão (art. 92 e seu parágrafo único do Cód. de Proc. Penal). É alheia a imunidade penal aos filhos *incestuosos* e *adulterinos* não-reconhecíveis, salvo no caso do art. 405 do Cód. Civil.

O parentesco civil é tão-somente o que resulta da *adoção*, não abrangendo a *afinidade*. Assim, mesmo os afins em linha reta (sogros, genros, noras) não se enquadram no inc. II do art. 181, que é *taxativo* e, portanto, inextensível. Como o art. 376 do Cód. Civil dispõe que “o parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e ao adotado”, a impunibilidade não se ampliará aos ascendentes do adotante ou descendentes do adotado.

A *pertinência* da *res* ao cônjuge ou parente deve ser apreciada *objetivamente*, nada importando a errônea *opinião* ou *suposição* do agente a respeito. É o que, com todo acerto, decide a jurisprudência da Suprema Corte alemã (*apud* DALCKE, *Strafrecht und Strafprozess*, pág. 1.081): “*Der Irrtum, dass die gestohlene Sache Eigentum eines Angehö-*

rigen sei, schützt nicht vor Strafe" (isto é, "o erro sobre ser a coisa pertencente ao parente não exime de pena"). Do mesmo modo que subsiste a impunibilidade, ainda quando o agente errôneamente supunha que a *res* pertencia a estranho, não será excluída a punibilidade, ainda quando o agente falsamente julgava que a *res* pertencia ao seu cônjuge ou parente. Para defender ponto de vista contrário, MAGALHÃES NORONHA (ob. cit., págs. 479-480), contestando BENTO DE FARIA, invoca o art. 17 do Código ("É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima"). Ora, o erro em questão não versa sobre *fato constitutivo* do crime, nem sobre *situação de fato* que, se existisse, tornaria *legítima* a ação. A circunstância de ser a coisa pertencente ao cônjuge ou parente não é *elemento negativo* do crime patrimonial de que se trate: este permanece com a nota de *antijuricidade* (como continua imputável a título de dolo), apenas deixando de ser punível, não em razão de um critério ontológico de exclusão de *reprovabilidade penal*, mas, como já vimos, por considerações de mera política criminal. Não há confundir uma *escusa absolutória* (qual seja a impunibilidade do crime patrimonial *familiar*) com uma *discriminante*: com esta, o fato deixa de ser, *ab initio*, *objetivamente antijurídico*; com aquela, ao contrário, a *criminosidade* do fato persiste, embora a pena, num contrabalanço de interesses antagônicos em jogo, deixe de ser aplicável. O Estado, aqui, apenas renuncia ao seu poder de punir. Como nas causas extintivas de punibilidade (art. 108), o que há, na espécie, é uma abdicação do *jus puniendi*. É como se fôsse uma causa extintiva de punibilidade *contemporânea* ao crime. Não procede o raciocínio de NORONHA, no sentido de que "muito pouca, aliás, é a diferença que há entre quem se apropria de coisa alheia, supondo-a sua, e quem se apodera da mesma coisa crendo ser de seu pai". A diferença é profunda e radical: no primeiro caso, o erro incide sobre *circunstância elementar* do crime (i. é, sobre a

circunstância de ser *alheia* a coisa), enquanto no segundo tal não ocorre (cumpre insistir: o pertencer a coisa ao parente ou cônjuge não faz *desaparecer* o crime, não é elemento negativo dêste, senão apenas impede a aplicação da pena).

Se a *res* sobre que versa o crime está apenas na *posse* (a título justo ou injusto) do cônjuge ou parente, não lhe pertencendo o domínio, descabe a isenção de pena. Entretanto, se se tratava de coisa fungível a ser restituída pelo *tantumdem*, já terá de ser reconhecida a impunibilidade.

É preciso que a coisa, ao tempo do crime, esteja na *livre disposição* do cônjuge ou parente lesado. Assim, se a coisa se achava *empenhada* ou *penhorada*, embora continuando em poder do devedor ou executado, não existirá a isenção penal.

Suponha-se que o cônjuge ou parente, em cujo poder de fato se achava a coisa, a tivesse obtido por meio de crime (crime patrimonial, peculato, etc.): também não cabe a imunidade penal, pois a coisa não *pertence* ao cônjuge ou parente, nem o segundo crime (cometido por pessoa diversa) se pode considerar *fato posterior irrelevante* (*straflos Nachtat*), como entendem MANZINI e, entre nós, NORONHA: dá-se uma reiterada violação do direito do *dominus*, que será, ainda em tal caso, o sujeito passivo.

Também inexistirá a imunidade se a coisa, por qualquer título, é *comum* a qualquer das pessoas mencionadas no texto legal e estranhos. É necessário, para o efeito da isenção, que a coisa pertença *exclusivamente* ao cônjuge ou parente.

Se o crime patrimonial é *conexo* a crime de outra natureza (exemplo: apropriação indébita que se procurou disfarçar com uma falsidade documental), àquele se limitará a impunibilidade.

No tocante à punibilidade condicional (art. 182), os mesmos critérios de exclusão ou não-exclusão da impunibilidade absoluta prevalecem para a existência ou não do *privilegium* que representa. Como é óbvio, a condição de prévia representação somente diz com os crimes patrimoniais a cujo respeito caiba a *ação pública*. Nos casos em que somente

caiba *ação privada* (arts. 161, 167 e 179, parág. único), não há falar-se em representação. O cônjuge *judicialmente separado*, a que, de par com o *desquitado*, se refere o inc. I do art. 182, é o que é tal no caso dos arts. 214, parág. único, e 223 do Cód. Civil. A simples *separação de fato*, por mais longa que seja, é, de todo, irrelevante, pois persiste, *de jure*, a sociedade conjugal.

Tratando-se de *irmão ilegítimo* (inc. II do art. 182), é necessário que êste tenha sido reconhecido, ou espontaneamente pelo pai comum, ou mediante ação de investigação de paternidade.

No caso de *tio* ou *sobrinho*, é também condição de punibilidade o fato de que com êle coabite o agente. A coabitação não exige *íntima convivência*: basta a moradia sob o mesmo teto, desde que não se trate de accidental hospitalidade. Não é preciso que o crime seja praticado sobre bens (pertencentes ao tio ou sobrinho) existentes no próprio local da coabitação: ainda que praticado alhures, existirá o *privilegium*.

110. *Limite de aplicabilidade dos arts. 181 e 182.* A tolerância legal somente diz com os crimes patrimoniais sem violência (física ou moral) à pessoa. É o que dispõe o art. 183, n.º I: "Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores, se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprêgo de grave ameaça ou violência a pessoa". Se, com o crime patrimonial, em *unidade complexa* ou em *conexidade*, concorre crime contra a pessoa (homicídio, lesão corporal, vias de fato) ou contra a liberdade (constrangimento ilegal, cárcere privado, seqüestro), não subsistirá a isenção penal. Assim, não pode esta ser reconhecida no caso de roubo ou extorsão e nas hipóteses dos arts. 161, § 1.º, II, e 163, parágrafo único. Nada tem a ver com a espécie a violência *ficta* ou *presumida*, circunscrita à órbita dos crimes sexuais.

111. *Co-participação de estranho.* É sabido que pode haver *participação criminosa* ainda quando um só dos partícipes seja *punível*, pois uma coisa é a *co-participação em*

um crime e outra é a *responsabilidade por co-participação* (veja-se vol. II destes *Comentários*). Assim, se com o agente beneficiário da impunibilidade absoluta ou relativa concorre um estranho (um só que seja), não deixa de haver *participação*. É também sabido que, no *concursum delinquentium*, as circunstâncias *pessoais* só se comunicam quando *elementares* do crime (art. 26); mas, nos casos *de quibus agitur*, não há dizer-se que a condição pessoal do sujeito ativo, mencionada nos arts. 181 e 182, seja *elemento* do crime patrimonial de que se trate; de modo que não se comunica ao estranho, de acôrdo com a regra geral. O inc. II do art. 183, dispondo que não se estende ao estranho a impunibilidade ou a punibilidade relativa, não faz mais que aplicar, individualmente, a norma do art. 26.

TÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE
IMATERIAL

112. *Generalidades.* Embora os crimes contra a propriedade imaterial sejam classificáveis, de modo geral, entre os patrimoniais, o Código atual (ao contrário do anterior) entendeu de lhes atribuir *título* autônomo. Os crimes contra o patrimônio ficaram restringidos aos fatos violadores dos direitos nos ou aos bens materiais ou perceptíveis pelos sentidos, passando a constituir classe distinta os fatos lesivos dos direitos sobre bens imateriais, que são *ideações criadoras* ou *entidades ideais* consideradas em si mesmas ou abstraídas da matéria (*corpus mechanicum*) na qual ou pela qual se exteriorizam (e da qual se distinguem, por assim dizer, como a alma do corpo). Para justificação de tal critério, há a ponderar que os crimes em questão, além da ofensa de interesses patrimoniais, acarretam prejuízo a um especial *interesse moral*, que, em certos casos, a lei julga merecedor, até mesmo por si só, da tutela jurídica (ex.: o interesse do escritor em que não seja aposto o seu nome em obra literária de que não é autor, ou em que não seja alterado o conteúdo ideativo do seu próprio trabalho, ainda que cedido e economicamente retribuído o direito à sua publicação ou reprodução).

Muito se tem discutido e ainda se discute sobre a natureza dos direitos sobre bens imateriais, mas a opinião dominante é no sentido de identificar nêles um *direito de propriedade*, embora *sui generis* ou de *novo tipo*, não afeiçoado, senão em parte, à noção tradicional da *proprietas*. Os bens imateriais, como acentua SCHEGGI (*Diritto industriale e d'autore*,

pág. 49), ficam a meio caminho entre os bens pessoais (inerentes à pessoa, como a honra objetiva ou subjetiva) e os bens corpóreos: se os bens pessoais não se podem dizer *propriedade*, porque inseparáveis do seu titular e desprovidos de valor econômico, já o mesmo não acontece com os bens imateriais, que, como ideias projetadas em coisas corpóreas, se destacam da pessoa e são utilizáveis sob o ponto de vista econômico, podendo a lei interferir, como interfere, para assegurar ao *ideador* a *exclusividade* dessa utilização. Basta isto para que se possa reconhecer na espécie um direito idêntico ao de propriedade. A este conceito adere o Título III da Parte Especial do Cód. Penal vigente, em consonância, aliás, com o nosso direito constitucional, civil e comercial: Constituição (art. 141, §§ 17 a 19); Cód. Civil (que se refere à “*propriedade* literária, científica e artística”); dec. n.º 4.790, de 2-1-1924; dec. n.º 5.492, de 16-7-1928 (art. 32); dec.-lei número 4.857, de 9-11-1939; dec.-lei n.º 3.365, de 21-6-1941 (art. 5.º, letra o); dec.-lei n.º 7.903, de 27-8-1945 (Cód. de Propriedade Industrial), etc.

Os bens imateriais penalmente tutelados (Cód. Penal, parcialmente alterado pelo Título IV do Cód. de Propriedade Industrial), constituindo objeto de ataque dos crimes de que ora se trata, são: a) o *conteúdo ideativo* (informado de um *quid novi*) das obras literárias, científicas ou artísticas, das invenções patenteadas, e dos registrados modelos de utilidade e desenhos ou modelos industriais, marcas de indústria ou comércio, títulos ou insígnias distintivos de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola e expressões ou sinais de propaganda deste ou seus produtos; b) o nome comercial; c) o estabelecimento industrial, comercial ou agrícola como unidade funcional e produtiva (garantido contra a concorrência ilícita ou desleal).

A parte do capítulo sobre os crimes lesivos do direito de autor de obra literária, científica ou artística (*propriedade intelectual*), o Cód. Penal veio a ser alterado pelo Cód. de Propriedade Industrial, no seu Título IV (arts. 169 a 181), que atende à rubrica “Dos crimes em matéria de propriedade in-

dustrial”, compreendendo os “crimes contra os privilégios de invenção, os modelos de utilidade e os desenhos ou modelos industriais”, os “crimes contra as marcas de indústria e de comércio”, os “crimes contra o nome comercial, o título de estabelecimento e a insígnia”, os “crimes contra a expressão ou sinal de propaganda”, os “crimes de concorrência desleal” e os “crimes cometidos por meio de marcas de indústria e de comércio, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinais de propaganda”.

CAPÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Violação
de direito
autoral

Art. 184. *Violar direito de autor de obra literária, científica ou artística:*

Pena — detenção de três meses a um ano, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 5.000,00.

Parág. único. Na mesma pena incorre quem vende ou expõe à venda, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, obra literária, científica ou artística, produzida com violação de direito autoral.

Usurpação
de nome ou
pseudônimo
alheio

Art. 185. *Atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística:*

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

Art. 186. *Nos crimes previstos neste capítulo, somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público.*

DIREITO COMPARADO. Código italiano, arts. 473, 474 e 517, e lei italiana de 22-4-1941; leis alemãs de 9-6-1901 e 9-1-1907; Código português, arts. 457 e 458, e lei portuguesa de 27-5-1927; Código es-

panhol, art. 533, e lei de 10-1-1879; lei norueguesa de 4-7-1893, alterada por outra de 25-7-1910; Código holandês, art. 326-bis, e lei de 22-9-1912, modificada por outras de 16-10-1914 e 29-10-1915; Código polonês, art. 272, e leis de 29-3-1926 e 11-4-1927; Código russo, art. 177, e lei de 28-6-1923; lei suíça de 7-12-1922; lei sueca de 7-12-1922; leis norte-americanas de 8-7-1870 (e outras que a modificaram) e de 4-3-1909; leis japonesas de 4-3-1899, 14-6-1910 e 19-8-1920; Código francês, arts. 425 a 429 e 463, e leis de 24-7-1793 e 11-3-1909; lei belga de 22-3-1886; lei búlgara de 11-7-1921; lei tcheco-eslovaca de 24-11-1926; lei iugoslava de 26-12-1929; leis argentinas de 23-9-1910 e 26-12-1914; Código boliviano, art. 658, e lei de 13-11-1909; lei uruguaia de março de 1912; lei chilena de 7-11-1915 e 13-12-1915; lei colombiana de 26-10-1886; Código costarricense, art. 307; 2.º; lei equatoriana de 3-8-1887; Código paraguaio, art. 416; Código peruano, art. 353; Código hondurense, art. 533; lei guatemalteca de 29-10-1875; lei haitiana de 8-10-1885; Código venezuelano, arts. 338 e 339; Código salvadoriano, art. 492.

BIBLIOGRAFIA. Especial: FIETTA, *Violazioni del diritto di autore e sanzioni penali*, 1935; GIURIATI, *Il plagio e i furti letterario, artistico e giuridico*, 1913; SANDULLI, *I delitti nell'arte*, 1927; PIOLA-CASELLI, *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, 1927; *Diritto di autore*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IV; BRUNO, *Diritti d'autore*, in *Digesto Italiano*, vol. IX; GHIRON, *Corso di diritto industriale*, 1929; SALVADORE, *Il plagio e i diritti di autore*, in *Riv. di Dir. Commerciale*, 1914; CARRARA, *Sulla proprietà letteraria*, in *Opuscoli*, vol. III; STOLFI, *Il diritto di autore*, 1932; DI FRANCO, *Proprietà letteraria ed artistica*, 1936; CRISTOFARO, *Trattato del diritto d'autore e d'inventore*, 1931; BRUGI, *Lecita appropriazione di opere altrui e diritto di autore*, in *Riv. di Dir. Commerciale*, 1910; DE GREGORIO, *Il contratto di edizione*, 1913; ROTONDI, *Per la tutela del diritto morale dell'autore*, in *Riv. di Dir. Com.*, 1924; ANDREOTTI, *La legge per la tutela della proprietà letteraria, artistica ed industriale*, in *Enciclopedia*, de PESSINA, vol. XII; SCHEGGI, *Diritto industriale e d'autore*, 1954; POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de reproduction*, 1908; ACCOLAS, *La propriété littéraire et artistique*, 1898; KÖHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht* (*Direito de autor e direito de edição*), 1907; AZEVEDO (Filadelfo), *O direito moral do escritor*, 1930; MASCARENHAS (Ildefonso), *Direito de autor*, 1947.

COMENTARIO

113. *Violação de direito autoral.* O art. 184 incrimina e apena, indistintamente, os atos de violação do direito de autor de obra literária, científica ou artística (sem lhes de-

finir o conteúdo, de modo que representa uma *norma penal em branco*, a ser completada pela lei civil, que é onde se vai encontrar tal definição). Semelhante critério de indistinção, não obstante a diversa gravidade dos casos, não apresenta, porém, inconveniente, dada a *alternatividade* das sanções cominadas: “detenção, de três meses a um ano, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 5.000,00”; de modo que o juiz, nos casos de menor gravidade, poderá limitar-se à aplicação da simples pena pecuniária (art. 42, I).

A lei protege, aqui, o que se denomina “direito de autor” ou “direito autoral”, concernente ao interesse econômico e moral que a lei reconhece ao autor de obra intelectual, nacional ou estrangeira,¹ no campo literário, científico ou artístico, relativamente à respectiva *ideação criadora* ou *conteúdo ideológico* (revestido de um *quid novi*, quer em si mesmo, quer na sua forma de exteriorização), cuja propriedade lhe é atribuída, independentemente da *substância* do instrumento material ou *corpus mechanicum* no qual ou pelo qual se exprime. Por outras palavras: é a faculdade, que só a esse autor cabe, “de reproduzir ou autorizar a reprodução do seu “trabalho, pela publicação, tradução, representação ou execução ou de outro modo; ou, seja, discriminadamente, “quanto às obras literárias e científicas, a faculdade exclusiva de publicar, editar, espalhar, expor à venda, traduzir “ou modificar a obra; quanto às obras dramáticas ou musicais, abrange mais a de representá-las ou executá-las; “quanto às obras de arte, a de expô-las” (CLÓVIS BEVILÁQUA).

É *essencial* ao objeto do direito autoral o cunho de “originalidade” ou de “criação”, por mínima que seja, pouco importando o *mérito* da obra, se boa ou má, se útil ou funesta, se elegante ou indecente (salvo se pornográfica ou obscena, pois, em tal caso, constituirá crime, de que não pode originar direito algum). Uma obra intelectual não é suscetível de ilícita apropriação senão quando apresenta um *quid* diverso das anteriores, seja sob o ponto de vista de sua *ideação*, seja

¹ Veja-se no “Apêndice” o texto da Convenção de Hala, a que o Brasil aderiu.

sob o prisma da forma de expressão desta (abstraída a *matéria* do *corpus mechanicum*, que constitui objeto do direito de propriedade comum). Mesmo quando se trate de obra já de há muito caída no domínio público (arts. 649 do Código Civil e 32 do dec. n.º 5.492, de 1928), se sua reprodução apresenta qualquer coisa de novo, há *criação* (isto é, produção de coisa original) e, portanto, direito autoral tutelável.

O direito autoral abrange:

a) obras literárias: tôdas as produções do domínio literário, qualquer que seja a sua forma de expressão, tais como: livros e outros escritos em prosa (romances, novelas, contos) ou em verso, discursos, sermões, conferências, artigos de jornal ou revista e até mesmo as cartas-missivas de valor literário (sem prejuízo, quando fôr caso, da especial proteção penal à *correspondência*, seja ou não confidencial);

b) obras científicas: livros ou escritos contendo a exposição, elucidação ou crítica dos resultados real ou pretendidamente obtidos pela ciência, em todos os seus ramos, inclusive as obras didáticas e as lições de professores (proferidas em aula e apanhadas por escrito);

c) obras artísticas: trabalhos de pintura, escultura e arquitetura, desenhos,² obras dramáticas, musicais, cinematográficas, coreográficas ou pantomímicas, obras de arte gráfica ou figurativa.

A violação do direito autoral pode assumir duas formas: *publicação abusiva* e *reprodução abusiva*, às quais se dá o nome genérico de *contrafação*. A publicação abusiva é reconhecível nos seguintes casos, pressuposta a falta de consentimento do autor (ou seus herdeiros): a) publicação de obra inédita de outrem; b) usurpação, em obra inédita, do nome do autor ou sua substituição por outro (vejam-se arts. 669 e 671 do Cód. Civil). A reprodução abusiva é a que ocorre, sob o mesmo pressuposto do não-consentimento do autor, nas

² Os "desenhos" ou "modelos", ainda que de cunho artístico, quando aplicados à indústria, são objeto de "crime contra a propriedade industrial".

seguintes hipóteses: a) reprodução, total ou parcial, de obra alheia já publicada ou em via de publicação;³ b) plágio ou usurpação de obra alheia; c) tradução ou versão de obra alheia, com subsequente publicação, ou representação (quando adaptada a espetáculo público); d) reprodução (e exposição) de obra de arte (não caída no domínio público), ainda que mediante processo diferente, ou mediante o mesmo processo, embora apresentando novidade na composição; e) representação ou execução, mediante retribuição, de obra teatral ou musical já publicada ou exposta à venda; f) reprodução de composição musical alheia, embora com variações ou combinações sobre seus motivos; g) reprodução de obra que ainda não caiu no domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la (se as anotações, comentários ou melhoramentos constituírem obra à parte ou distinta, inexistirá o crime); h) redução de obra escrita e compêndio ou resumo; i) extração de peça teatral a romance alheio, reproduzindo-a por qualquer modo; j) redução a versos, de obra em prosa, ou *vice versa*, ou desenvolvimento dos episódios, do assunto e do plano geral, ressalvadas as *paráfrases*, que não forem verdadeira reprodução da obra original; l) reproduzir, o editor ou impressor, exemplares da obra em maior número do que o contratado (vejam-se arts. 667, § 1.º, 669, 656, 657, 658, 663, 664, 665, e seu parág. único, e incisos do art. 666, interpretados *a contrario sensu*, do Cód. Civil, e 4.º, parágrafo único, do dec. n.º 4.790, de 1924).⁴

³ Observa justamente AMAR (ob. cit., pág. 699): “È chiaro dover si ritenere quale una riproduzione qualunque mezzo per cui se presenta al pubblico, nella sua integrità od almeno in una parte essenziale, un'opera dell'ingegno che già sia pubblicata... Senza dubbio l'autore di un libro col farne stampare molti esemplari, eseguisce una riproduzione del primo di essi; il pittore, col fare molte copie di un suo quadro, prima ancora di mostrarlo al pubblico, riproduce quel primo esemplare che esso ha dipinto; ma nel linguaggio comune si ritiene quale riproduzione quel lavoro per cui con mezzi più o meno variati, una opera già conosciuta, viene moltiplicata per guisa da aumentare la possibilità nel pubblico di trarne partito”.

⁴ Dispõe o art. 666 do Cód. Civil que “não se considera ofensa “aos direitos de autor: I, a reprodução de passagens ou trechos de

No caso de "plágio" (usurpação de autoria), cumpre distinguir entre a imitação *servil* e a imitação *remota* ou *fluida*. Somente constitui crime a primeira ou a imitação *fraudulenta*, que, embora não-servil, é disfarçada por modificações tão tênues e artifícios tão evidentes, que não encobrem o intuito malicioso.

Segundo geralmente se reconhece, e não há contestar, a cada um é lícito utilizar em seus trabalhos a obra alheia, no que concerne a fatos, conceitos, sentimentos, ao tema, ao método, estilo, forma literária, maneira artística, etc., mas isto sem levar a utilização ao extremo de usurpar o *complexo de tais elementos*, do qual irradia a individualidade da *representação intelectual* de outrem (*teoria da representação*). Se o plágio se limita ao que os franceses chamam *larcins imperceptibles*, inexistente contrafação. Costuma-se dizer que só é criminoso o plágio quando alguém usurpa, pelo menos, trechos importantes da obra alheia ou essenciais de sua estrutura ideológica, comparando-se sua atividade à da formiga que toma para si as folhas da árvore. Aquêles que apenas respiga na obra alheia, sem destacar-lhe a estrutura espiritual ou parte integrante desta, como a abelha que se restringe a sugar na flor, pode merecer censura sob o ponto de vista ético, mas não incorre na sanção penal (nem civil). A doutrina francesa encarece a dificuldade de se demarcar entre o plágio ilícito e o lícito

"obras já publicadas e a inserção, ainda integral, de pequenas composições alheias no corpo de obra maior, contanto que esta apresente caráter científico, ou seja compilação destinada a fim literário, didático ou religioso, indicando-se, porém, a origem, de onde se tomarem os excertos, bem como o nome dos autores; II, a reprodução em diários ou periódicos, de notícias e artigos sem caráter literário ou científico, publicados em outros diários, ou periódicos, mencionando-se os nomes dos autores e os dos periódicos, ou jornais, de onde forem transcritos; III, a reprodução, em diários e periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas, de qualquer natureza; IV, a reprodução dos atos públicos e documentos oficiais da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; V, a citação em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra com intuito de crítica ou polêmica; VI, a cópia, feita à mão, de uma obra qualquer, contanto que se não destine à ven-

to. Dizia POUILLET: "*Qu'est ce que le plagiat et a quels caractères se distingue-t-il de la contrefaction? C'est ce que nulle personne saurait dire*". Não é tanto assim, porém. Para identificação do plágio criminoso, não deve o juiz colocar-se no ângulo de vista demasiadamente *suscetível* ou *rigoroso* da ética literária ou artística. Como pondera STOLFI, não devem ser transportadas para os tribunais as *quesílias* do *irritabile genus* dos literatos e artistas. Cumpre que se tenha em atenção que uma obra intelectual, uma vez publicada, entra no campo da cultura pública, e pode acontecer que alguém, lendo-a, contemplando-a, ou assistindo à sua representação ou execução, retenha *in mente* a sua *ideação*, que se lhe recolhe, às vezes, ao *subconsciente* e vai surgir, depois, no seu pensamento, como suposta concepção original. Além disso, há as *coincidências fortuitas* (embora seja muito raro que duas pessoas tenham tido as mesmas idéias e as tenham exprimido pela mesma forma). É certo que relativamente a certas obras, como, por exemplo, os *mapas geográficos* ou *topográficos*, não é fácil descobrir a contrafação, pois que nêles não há trabalho de ficção, mas a preocupação de reproduzir fielmente aquilo que existe no mundo objetivo. Ainda em tal caso, entretanto, o plágio poderá ser descoberto por *indícios*, como quando o plagiário repete, acaso, os mesmos erros e as mesmas omissões da obra original.

Não são de confundir-se com o plágio as *paráfrases* (desenvolvimentos explicativos, que não constituam verdadeira reprodução da obra original) e a *paródia*, isto é, a imitação burlesca ou humorística de obra intelectual alheia (desde

"da; VII, a reprodução, no corpo de um escrito, de obras de artes figurativas, contanto que o escrito seja o principal, e as figuras sirvam somente para explicar o texto, não se podendo, porém, deixar de indicar os nomes dos autores ou as fontes utilizadas; VIII, a utilização de um trabalho de arte figurativa, para se obter obra nova; IX, a reprodução de obra de arte existente nas ruas e praças; X, a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto".

que não seja contrafação *larvada* da obra parodiada). Encerram elas um *quid novi*, uma *nova criação* (sendo certo que de uma obra se pode tirar outra como criação original), e não há, portanto, contrafação (mesmo porque delas não pode advir prejuízo patrimonial ou moral ao autor da obra original, senão, talvez, maior prestígio).

Quer na modalidade de *publicação abusiva* (cujo objeto é obra inédita), quer na de *reprodução abusiva* (que diz com obra já anteriormente publicada), são requisitos do crime: a) existência de obra legalmente protegida, sob o ponto de vista do direito autoral; b) ausência de consentimento do autor (ou seus herdeiros ou sucessores); c) efetiva publicidade, a que não tinha direito o agente; d) dolo. O crime se consuma com o ato de publicidade ou republicidade. Não é necessário o dano efetivo, bastando o dano potencial. É possível a tentativa, pois a contrafação apresenta sempre um *iter* a percorrer. Não importa o processo da publicação ou republicação, nem que esta seja total ou parcial. Quando se trate de *escritos*, até mesmo a difusão mediante cópias à mão, mimeografadas ou dactilografadas, já é o crime (não é de necessidade que a publicação ou reprodução desta se faça por meio de exemplares *impressos*). No tocante às obras de pintura, escultura ou arquitetura, o crime se consuma com a *exposição ao público* (seja qual fôr o fim). Quanto às obras musicais ou teatrais, o crime se apresenta não só quando é publicada a edição fraudulenta, como quando, já publicada a obra pelo próprio autor, é arbitrariamente levada à *execução* ou *representação* em lugar acessível mediante remuneração (v. art. 657 do Cód. Civil).

Na hipótese de exposição de exemplares (seja qual fôr a obra) à aquisição pública, o crime será permanente.

Se há edições ou tiragens, representações, execuções ou exposições *sucessivas*, haverá crime *continuado*.

Tratando-se de obra suscetível de reprodução múltipla, o crime não deixará de ser *único*, não obstante a multiplicidade dos exemplares. Também único será o crime quando,

por exemplo, a pessoa que reproduz fraudulentamente a obra musical ou teatral é a mesma que a faz executar ou representar (há *progressividade*, e não *conexidade*, pois à segunda etapa, no caso, era indispensável a primeira).

Serão considerados co-autores o editor da obra ou o empresário do espetáculo, e mesmo os tipógrafos, os intermediários da venda ou difusão e os artistas da representação ou execução (notadamente quando têm a escolha da obra ou agem autônomoamente), *desde que conhecedores da fraude*.

O elemento subjetivo da contrafação é, via de regra, o dolo genérico, isto é, a ciência e consciência de violar com o próprio fato o direito do autor, não se fazendo necessário o intuito de lucro. Este, porém, é exigível (dolo específico) no caso de representação de obra teatral ou de execução de obra musical (art. 657 do Cód. Civil). Não importa que a renda do espetáculo se destine a fins de beneficência, pois ninguém pode fazer benefício com detrimento a direito de outrem.

O dolo é excluído pelo *erro de fato*, ex.: suposição de que a obra já tivesse caído no domínio público.

É irrelevante que a obra já tenha sido anteriormente publicada ou reproduzida com infração do direito do autor.

Cumprе acentuar que a lei (art. 4.º, parág. único, do dec. n.º 4.790, de 1924) considera ilícito o fato do editor ou impressor que reproduz exemplares da obra em número excedente ao contratualmente autorizado. Não há impugnar tal critério: como dizem os alemães, "*zuviel Druck ist Nachdruck*" (isto é, "edição excessiva é contrafação").

Sujeito passivo da contrafação é o autor da obra ou seus herdeiros ou sucessores (Cód. Civil, art. 649 e §§). ⁵

⁵ O art. 651 do Cód. Civil atribui o direito autoral ao editor "quando a obra fôr anônima ou pseudônima", acrescentando, porém, no parág. único: "Mas, neste caso, quando o autor se der a conhecer, assumirá o exercício de seus direitos, sem prejuízo dos adquiridos pelo editor". Também dispõe o art. 650 que "goza dos direitos de autor, para os efeitos econômicos por este Código assegurados, o editor de publicação composta de artigos ou trechos de

O titular do direito de autor, em princípio, somente pode ser *pessoa física*, mas a lei, excepcionalmente, atribui tal direito a *pessoas jurídicas de direito público*. Dispõe o Cód. Civil, no seu art. 661: "Pertencem à União, aos Estados ou aos Municípios: I. Os manuscritos de seus arquivos, bibliotecas e repartições. II. As obras encomendadas pelos respectivos governos, e publicadas à custa dos cofres públicos". O Código Penal, no seu art. 186, refere-se, como passível do crime, genericamente, a "entidade de direito público", de modo que, ampliando a lei civil, contempla, também, as *autarquias*.

A propósito, diz FERRARA (*Capacità delle persone giuridiche e sua limitazione, in Riv. del Dir. Commerciale*, 1914): "Há um grande número de obras editadas pelos vários Ministérios, como estatísticas, relatórios, memoriais diplomáticos, cartas geográficas, militares, etc., cuja propriedade cabe ao Estado, e não ao autor ou seus colaboradores, que, no cumprimento do dever de ofício, prestaram seu trabalho na execução". No caso de obra encomendada ao *extraneus* (não-funcionário), entende-se que este haja cedido o seu direito autoral, ainda que isso não tenha sido expressamente ajustado. Deve notar-se, aliás, que na hipótese de cessão expressa do direito, que assiste ao autor, de ligar o nome aos seus produtos intelectuais (art. 667 do Cód. Civil), o titular do direito autoral pode passar a ser até mesmo *pessoa jurídica* de direito privado. Finalmente, cumpre advertir que a proteção penal ao direito de autor não está subordinada ao registro de que fala o art. 673 do Cód. Civil. Segundo declara o parág. único deste artigo (reproduzido pelo parág. único do art. 306 do dec.-lei n.º 4.857, de 9-11-1939), "as certidões do registro induzem a propriedade da obra, salvo prova em contrário". Assim, o registro é meio de *facilitar* a prova da propriedade, e não condição *sine qua non* desta. Não obstan-

"autores diversos, reunidos num todo, ou distribuídos em séries, tais como jornais, revistas, dicionários, enciclopédias e seletas", ressaltando o parág. único que "cada autor conserva, neste caso, o seu direito sobre a sua produção, e poderá reproduzi-la em separado".

te a falta do registro, a propriedade da obra pode ser demonstrada por qualquer meio de prova.

114. *Contribuição ao êxito da contrafação.* O parágrafo único do art. 184 sujeita às mesmas penas por êste cominadas “quem vende ou expõe à venda, adquire, oculta ou “tem em depósito, para o fim de venda, obra literária, científica ou artística, produzida com violação de direito autoral”. Deve entender-se que o agente não participou da impressão, composição ou fatura da obra fraudulenta (seja no país, seja no estrangeiro), mas vem, ciente da fraude, a prestar auxílio à sua difusão, vendendo-a ou expondo-a à venda, adquirindo-a, ocultando-a ou recebendo-a em depósito para o fim de venda. Não se trata de uma hipótese de *receptação* especialmente incriminada, mas de *concurso à execução* do crime (que não é apenas a fraude na impressão, composição ou fatura da obra, senão também, necessariamente, a sua subsequente divulgação), entendendo a lei de configurar na espécie um crime autônomo (como modalidade de contrafação). Não importa que o agente (vendedor, expositor à venda, adquirente, ocultador ou depositário) proceda *lucri faciendo causa* ou para prestar um favor ao anterior contrafator.

O parág. único do art. 184 deve ser cotejado com o art. 370 do Cód. Civil: “Quem vender ou expuser à venda ou “à leitura pública e remunerada uma obra impressa com “fraude, será solidariamente responsável, com o editor, nos “têrmos do artigo antecedente; e se a obra fôr estampada “no estrangeiro, responderá, com o editor, o vendedor, ou o “expositor”. Vê-se que a lei civil é, em parte, menos extensiva e, em parte, mais ampla que a lei penal. A primeira somente cuida de *venda* ou *exposição à venda* de obras impressas, enquanto a segunda prevê ainda as hipóteses de *aquisição* para revenda, *ocultação* e *recebimento em depósito*, e não distingue entre obra e obra; mas, por outro lado, a lei penal não trata da hipótese de “exposição à leitura pública e remunerada”, entendendo que nesta, dada a menor intensidade da *publicidade*, bastará a sanção civil.

É irrelevante, em qualquer caso, que o agente exerça, ou não, atividade comercial.

115. *Usurpação de nome ou pseudônimo alheio.* É este o *nomen juris* (um tanto incompleto) do crime previsto no art. 185: "Atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística". A pena, aqui, é mais grave do que a cominada à violação de direito autoral: detenção de seis meses a dois anos e (sem alternatividade) multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00. É que o fato encerra como que um atentado à fé pública (como tal o contempla o Cód. Penal italiano). Trata-se de uma hipótese inversa à da usurpação de autoria: ao invés de atribuir-se a autoria de obra alheia (literária, científica ou artística), o agente atribui a alguém, mediante o uso do nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado em seus trabalhos, a autoria de obra a que é estranho. Não se apresenta lesão ou perigo de lesão ao interesse patrimonial do sujeito passivo, senão, exclusivamente, ao seu interesse moral, à sua reputação, fé ou prestígio como escritor ou artista.

Segundo se vê do texto legal, é indiferente que o objeto da usurpação seja o *nome*, ou o *pseudônimo* ou o *sinal* que a vítima usa em seus trabalhos e que são sua *propriedade*. A referência a *sinal* diz respeito a obras de pintura, escultura ou arquitetura: é o emblema ou símbolo que serve, às vezes, por si só, de modo notório, para indicar determinado autor.

É irrelevante o fim do agente, isto é, pouco importa se visa a proveito econômico ou tão-somente a desprestigiar a quem sofre a usurpação. Para que o crime se consume, é necessária a publicação (ou exposição ao público) da obra com o nome, pseudônimo ou sinal usurpado, não havendo indagar se o fato acarretou, efetivamente, qualquer lesão moral à vítima (basta a possibilidade desta).

116. *Ação penal.* Em todos os crimes contra a propriedade intelectual, somente se procede mediante queixa (condição de punibilidade), salvo se praticados em prejuízo

de entidade de direito público (União, Estados, Municípios, autarquias). É o que dispõe o art. 186. Quanto ao processo penal, vejam-se arts. 524 a 530 do Cód. de Proc. Penal.

CAPÍTULOS II A IV

(Substituídos pelo Título IV, capítulos I a VII, do Cód. de Propriedade Industrial, dec.-lei n.º 7.903, de 27-8-1945)

TÍTULO IV

DOS CRIMES EM MATÉRIA DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

CAPÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA OS PRIVILÉGIOS DE INVENÇÃO, OS MODELOS DE UTILIDADE E OS DESENHOS OU MODELOS INDUSTRIAIS

Art. 169. *Violar direitos de privilégio de invenção:*

I — fabricando, sem autorização do concessionário ou cessionário, o produto que é objeto de privilégio de invenção;

II — usando meio ou processo que é objeto de privilégio de invenção, sem autorização do concessionário ou cessionário;

III — importando, vendendo, expondo à venda, ocultando ou recebendo, para o fim de ser vendido, produto fabricado com violação de privilégio de invenção:

Pena — detenção, de seis meses a um ano, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 15.000.000.

Art. 170. *Violar direito assegurado por patente de modelo de utilidade:*

I — fabricando, sem autorização do concessionário ou cessionário, modelo de utilidade que é objeto de patente;

II — importando, vendendo, expondo à venda, ocultando ou recebendo, para o fim de ser vendido, modelo de utilidade fabricado com violação de patente:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 15.000,00.

Art. 171. Violar direito assegurado por patente de desenho ou modelo industrial:

I — reproduzindo, sem autorização do concessionário ou cessionário, desenho ou modelo industrial que é objeto de patente:

II — explorando, sem autorização do concessionário ou cessionário, desenho ou modelo industrial de privilégio alheio;

III — importando, vendendo, expondo à venda, ocultando ou recebendo, para o fim de ser vendido, objeto que é imitação ou cópia de desenho ou modelo industrial privilegiado:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00.

Art. 172. As penas dos artigos antecedentes serão aumentadas de um terço:

I — se o agente foi mandatário, preposto ou empregado do concessionário ou do cessionário do privilégio;

II — se o agente entrou em conluio com representante, mandatário, preposto ou empregado do concessionário ou do cessionário, para conhecer o objeto do privilégio, ou modo de seu emprêgo ou fabricação.

Art. 173. Exercer, como privilegiada, indústria que não o seja, ou depois de anulado, suspenso ou caduco o privilégio:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00.

Parág. único. Incorre na mesma pena o titular do privilégio que em prospectos, letreiros, anúncios ou outro meio de publicidade faz menção do privilégio, sem especificar-lhe o objeto.

Art. 174. Usar em modelo de utilidade ou em desenho ou modelo industrial, expressão que o dê, falsamente, como depositado ou patenteado, ou mencioná-lo, em anúncio ou papel comercial, como depositado, sem o ser:

Pena — detenção, de um a três meses, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 1.000,00.

DIREITO COMPARADO. Itália, Cód. Penal, arts. 473 e 623, Código Civil, arts. 2.575 a 2.594, e leis especiais de 29-6-1939 e 25-8-1940; França, leis especiais de 1909, 1939 e 1952; Alemanha, leis de 1936, 1942 e 1943; Finlândia, lei de 1936; Portugal, Cód. de Propriedade Industrial, de 1940; Polônia, lei de 1942; Suíça, leis de 30-3-1900 e 7-12-1922; Rússia, Cód. Penal, art. 177, e lei de 5-3-1941; Argentina, lei de 28-9-1864; Espanha, Cód. Penal, art. 533, e lei de 1929; México, lei de 1942; Chile, lei de 1931; Cuba, lei de 1936; Colômbia, Cód. Penal, art. 280; Costa Rica, Cód. Penal, art. 307, e lei de 23-10-1930; Paraguai, Cód. Penal, arts. 417 a 419; Bolívia, Cód. Penal, art. 658; Uruguai, lei de 1941; Guatemala, lei de 1937.

BIBLIOGRAFIA. Especial: ALLART, *Tratté théorique et pratique de la contrefaçon*, 1908; POUILLET, *Brevets d'inventions et secrets de fabrique*, 1915; BONNET, *Etude de la législation allemande sur les brevets d'invention*, 1902; DI FRANCO, *Trattato della proprietà industriale*, 1933; RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, 1927; ROTONDI, *Trattato di diritto dell'industria*, 1935; BRY, *La propriété industrielle*, 1914; ROUBIER (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, 1952; SCHEGGI, *Diritto industriale e d'autore*, 1954; GUGLIELMO (P.), *Tratado de derecho industrial*, 1948; FERNANDES (Adauto), *Direito Industrial Brasileiro*, 1938; GAMA CERQUEIRA (J.), *Tratado da propriedade industrial*, 1952; CASALONGA (A.), *Tratté théorique et pratique des brevets d'invention*, 1949; MASCAREÑAS, *Los delitos contra la propiedad industrial*, 1953.

COMENTARIO

117. *Tutela penal do privilégio de invenção ou direito de inventor.* Ao direito de autor no campo industrial cha-

ma-se *direito de inventor*, significando a *propriedade e uso exclusivo* que a lei reconhece e assegura ao autor de invenção destinada a fim de utilidade industrial. Para preservá-lo de violações, entendeu-se também necessário o *reforço* de sanções penais; mas na sua disciplina, diversamente do que ocorre com o direito autoral na órbita literária, científica ou artística, intervém um elemento condicionante da tutela legal: a *patente*, isto é, o atestado oficial que, sôbre presumir (relativamente) a existência da invenção, reconhece a propriedade do inventor e outorga a êste o *privilégio* da invenção, ou, seja, a exclusividade de sua utilização ou livre disposição (por ato *inter vivos* ou *causa mortis*). Note-se, porém, que se se trata de "segrêdo de fábrica" não patenteado, a sua violação não é juridicamente indiferente, podendo constituir "crime de concorrência desleal", se intervém *suborno* ou *abuso de confiança*. Dispõe o art. 6.º do Cód. de Propriedade Industrial: "Os autores de invenção suscetível de utilização industrial terão o direito de obter patente que lhes garanta a propriedade e o uso exclusivo da mesma invenção, de acôrdo com as condições estabelecidas neste Código". Princípio central é o de que não há invenção sem o dúplice cunho de *novidade* e de *utilidade industrial* (art. 7.º do citado Código). A *novidade* conceitua-se *extrinsecamente*: não importa que, anteriormente ao pedido de privilégio, alguém já tenha concebido e realizado coisa semelhante, pôsto que não haja requerido ou obtido patente, no país ou no estrangeiro, nem haja sido *divulgada* a invenção, de modo a possibilitar sua atuação.¹ A *industrialidade* significa que a invenção deve ser apta a preencher uma finalidade útil ou relevante no âmbito industrial (em sentido amplo, isto é, seja qual fôr a indústria: manufatureira, agrícola, pecuária, extrativa).

As invenções não são mais que o resultado de aplicações práticas da ciência a serviço da indústria. Há invenções de *produto* e invenções de *meio* ou *processo*, invenções *princi-*

¹ Preceitua o § 1.º do art. 7.º do Cód. de Propriedade Industrial: "Considera-se nova a invenção: a) que até a data do depô-

pais e invenções *derivadas* (isto é, de *aperfeiçoamento técnico*, de *translação*, de *combinação*, de *simplificação*).² Os fatos lesivos do outorgado privilégio de invenção é que constituem os crimes de que ora se trata, denominados genericamente “contrafação” (tal como acontece relativamente às violações do direito autoral).

De par com as invenções propriamente ditas (que importam a aplicação de novos conhecimentos técnicos ou princípios científicos), a lei protege certas *inovações práticas* que não visam a *efeito técnico*, senão apenas a *melhorar* a utilização de um produto já conhecido (por meio de nova forma imprimida a este, ou de nova disposição ou diversa combinação das respectivas peças, com o fim de maior vantagem), ou a torná-lo mais agradável sob o ponto de vista estético (mediante a aplicação da *arte* a serviço da indústria). São os chamados “modelos de utilidade” e “desenhos ou modelos industriais”, cuja conceituação se encontra nos capítulos II e III do Título I do Cód. de Propriedade Industrial.³

² A lei penal pressupõe, na espécie, as noções e normas da legislação extrapenal sobre a propriedade industrial. Não cabe neste comentário o desenvolvimento exaustivo do tema, mas apenas, *chemin faisant*, uma breve notícia. Impõe-se à consulta a bibliografia especial a respeito, notadamente, entre nós, o *Tratado da Propriedade Industrial*, de GAMA CERQUEIRA, livro que honra as letras jurídicas nacionais.

³ São estes os dispositivos do Cód. de Propriedade Industrial: “Art. 10. Considera-se modelo de utilidade, suscetível de proteção, “sito do pedido de patente, não tenha sido, no país, depositada ou “patenteada, nem usada publicamente ou descrita em publicações “de modo que possa ser realizada; b) que até um ano antes do depósito do pedido de patente, no país, não tenha sido patenteada “no estrangeiro, nem descrita em publicações de modo que possa “ser realizada. § 2.º A novidade da invenção não será invalidada “pelas comunicações feitas às sociedades científicas, associações técnico-profissionais, legalmente constituídas, ou pela divulgação por “meio de teses de concursos, exposições ou feiras, oficiais ou oficialmente reconhecidas, desde que o inventor requeira (*rectius*: apresente) o pedido de privilégio dentro de um ano, contado do dia “da realização de qualquer desses fatos”.

Tem-se-lhes dado o nome de “invenções menores”, e por isso mesmo as sanções penais cominadas à sua contrafação se apresentam atenuadas, em cotejo com as aplicáveis à das “invenções maiores”.

O *genus* “contrafação”, no tocante às últimas, compreende o *crime de fabrico de produto*, o *crime de uso de meio ou processo* e os *crimes de importação, venda, exposição à venda, ocultação ou receptação de produto*. Quanto às *invenções menores*, idênticas figuras criminais se perfilam, salvo a de *uso de meio ou processo*, pois não se trata, no caso, de proteger métodos de obtenção de um resultado, mas a forma ou disposição de produtos diretamente utilizáveis. Cumpre notar que, em relação aos “desenhos ou modelos industriais”, apresenta-se também, como entidade distinta, o crime de *exploração* (cujo conteúdo adiante fixaremos).

Tôdas as modalidades de contrafação pressupõem, como é óbvio, a *validade* e a *vigência* da patente e a falta de autorização do titular desta ou seus sucessores. As questões sobre a nulidade, extinção ou caducidade da patente (capítulos XVI e XVIII do Cód. de Propriedade Industrial), quando suscitadas pelo acusado em sua defesa, podem ser resolvidas pelo próprio juiz criminal (arts. 188 do Cód. de Propriedade Industrial e 93 do Cód. de Proc. Penal). As decisões administrativas sobre a concessão ou não-cancelamento da patente não fazem *res judicata* oponível na órbita judiciária.

“nos termos e condições do presente Código, toda disposição ou forma nova introduzida ou obtida em objetos conhecidos, desde que se prestem a um trabalho ou uso prático. § 1.º Para os efeitos deste artigo, a expressão “objeto” compreende ferramentas, instrumentos de trabalho ou emprego prático, parte de máquinas ou utensílios de uso geral. § 2.º No modelo de utilidade, a proteção é concedida somente à forma ou disposição nova, que traga à função, a que o objeto ou parte da máquina é destinado, melhor utilização”. “Art. 12. São privilegiáveis como *modelo industrial* toda forma plástica, moldes, padrões, relevos e demais objetos que sirvam de tipo de fabricação de um produto industrial e se diferenciam dos seus similares por certa forma, configuração ou ornamentação própria e nova, seja por um seja por mais efeitos exteriores. “Art. 13. É privilegiável como *desenho industrial* toda disposição ou

A contrafação pode ser *simples* ou *qualificada* (art. 172 do Cód. de Propriedade Industrial), aumentando-se de um terço, quanto a esta, as penas cominadas àquela.

No mesmo capítulo sobre as modalidades de contrafação, a lei prevê outras entidades criminais que, embora não importem violação de privilégio alheio, representam *falsidade* quanto à existência de privilégio próprio. Compreendem o “exercício de indústria com falsa atribuição de patente” e a “imprecisa ou falsa menção de privilégio”.

118. *Contrafação mediante fabrico de produto.* É a hipótese de que cogitam os arts. 169, I, 170, I, e 171, I, do Cód. de Propriedade Industrial: consiste na fabricação ou reprodução arbitrária (sem assentimento de quem de direito) de produto que é objeto de privilégio, quer se trate de invenção propriamente dita, quer de modelo de utilidade ou de desenhos ou modelos industriais. A imitação ou cópia do produto patenteado pode ser total (usurpação) ou parcial, posto que esta última verse sobre elementos *característicos* ou *essenciais* da invenção ou inovação. Não importam as modificações de aparência do produto, quando apenas tendentes a disfarçar a contrafação. Ainda mesmo que as modificações possam ser consideradas, em si mesmas, uma nova invenção ou uma inovação privilegiável, não deixará de haver contrafação, desde que não-consensiente o titular da patente. Cum-

“conjunto de linhas ou de cores, ou linhas e cores aplicáveis, com o fim industrial, à ornamentação de certo produto, empregando-se qualquer meio manual, mecânico, químico ou singelamente combinado. Art. 14. Além dos mencionados nos arts. 12 e 13, são também suscetíveis de proteção legal os modelos e desenhos industriais que, embora não se apresentem inteiramente novos, realizem combinações originais de elementos conhecidos, ou disposições diferentes de elementos já usados, de modo que dê aos respectivos objetos aspecto geral característico. Art. 15. Entendem-se por novos os modelos e desenhos que, até a data de apresentação do pedido da patente, não tenham sido, no país, depositados ou patenteados, usados publicamente ou descritos em publicações; ou os que não tenham sido patenteados, usados e publicados, no estrangeiro, até seis meses antes da data do pedido no Brasil”.

pre que se tenha mais em vista as semelhanças intrínsecas que as diferenças extrínsecas. Não é preciso que haja reprodução fiel do produto. Não fica excluído o crime ainda quando o objeto patenteado seja peça integrante de um produto complexo (ex.: um automóvel) não-patenteado. O mesmo ocorre com o fabrico de peças avulsas que, embora não-patenteadas, sejam destinadas e efetivamente empregadas em produto complexo patenteado (antes desse emprego efetivo, o que pode haver é *tentativa*).

O crime se consuma com o simples fato da fabricação (independentemente da ulterior utilização ou exploração do produto): basta que se crie o perigo de lesão do direito do inventor ou inovador. Mesmo na *fabricação em curso*, pôsto que já realizada a parte essencial do produto, há consumação. Antes disso, porém, o que se pode reconhecer é o *conatus*. Este é que também se deve admitir quando, tratando-se de fabricação necessariamente múltipla, não haja atingido um *quantum* relevante sob o ponto de vista da exploração ou utilização prática. A lei não distingue se o produto contrafeito se destina a uso comercial ou a uso do próprio contrafator. Não é abrangida, porém, a simples *reparação* de um ou outro elemento do produto, ou, melhor, a reparação que não represente substituição do *conjunto* de elementos do produto. Há fabrico fraudulento mesmo no caso do cessionário ou *licenciado* do uso da patente que o realiza fora das zonas de utilização ou além do tempo acaso ajustados. O próprio cedente (após a cessão) pode ser agente do crime.

O elemento subjetivo do crime é o dolo genérico: vontade conscientemente dirigida à fabricação *sine jure*. É irrelevante o fim que se propõe o agente ou uso a que destina o produto contrafeito. É excluído o elemento psíquico pelo *erro de fato* (errônea suposição de inexistência ou caducidade da patente), por mais grosseiro ou inconsiderado que seja, pois o crime não é punível a título de culpa *stricto sensu*. Simplesmente *juris* é a presunção de que a patente é conhecida de todos.

Respondem como co-autores todos quantos contribuírem, cientemente, para a fabricação maliciosa, ainda quando se trate de *empregados* de quem a determinou. Não há falar-se, aqui, em “ordem de superior hierárquico” como causa excludente de culpabilidade, pois, como explica a *Exposição de Motivos* do Cód. Penal, tal ordem somente se entende a “emanada de autoridade pública, pressupondo uma relação de direito administrativo”.

Sujeito passivo do crime é o titular originário da patente ou seu sucessor, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, de direito privado ou público. Não o será o titular de licença (*convencional* ou *obrigatória*) para exploração da patente, embora possa promover a ação penal, se tal direito foi estipulado em seu favor.

119. *Contrafação mediante uso de meio ou processo.* É a segunda modalidade de contrafação, mas limitada ao privilégio de invenção propriamente tal. Ao invés da usurpação ou imitação da *idéia criadora* exteriorizada num corpo certo e determinado, diretamente utilizável, o que aqui se apresenta é o uso arbitrário de “meios” ou “processos” (químicos ou mecânicos) de realização da *idéia* de invenção, no sentido de se obterem produtos ou resultados industriais (*in exemplis*: um “meio” de coloração de tecidos, um sistema de produtividade de uma máquina). O crime se consuma com o efetivo uso do “meio” ou “processo”. Não é preciso que haja reprodução fiel, bastando meios ou processos análogos, ou *equivalentes*, que estejam virtualmente contidos na concepção do inventor, na *idéia* de invenção (BONNET).

Como já se disse, tal variante de contrafação não diz com os modelos de utilidade e os desenhos ou modelos industriais, pois nestes não importa o método de composição intrínseca, mas tão-somente a forma ou disposição externa do produto (diretamente utilizável).

Mutatis mutandis, aplicam-se ao crime em questão os mesmos critérios relativos ao *crime de fabricação*.

120. *Contrafação mediante importação, venda, exposição à venda, ocultação ou receptação de produto.* É a modalidade de que cuidam os arts. 169, II, 170, II, e 171, III, do Cód. de Propriedade Industrial. Pressuposta a existência de produto fabricado ou reproduzido com infração de patente alheia, é crime autônomo a sua *importação* (introdução no país, seja qual fôr o fim do agente), ⁴ sua *venda* (seja ou não comerciante o agente, e ainda que por mera competição sem fim de lucro direto), *exposição à venda*, ou *ocultação ou receptação para o fim de venda*. O crime se consuma com qualquer dos fatos mencionados no texto legal. Nas modalidades de “exposição à venda”, “ocultação” e “receptação” seguida de guarda do produto, o crime é permanente (enquanto não cessa a permanência, o agente está em flagrante delito). Se há atos reiterados ou sucessivos de importação, venda, etc., será reconhecível *crime continuado* (pois trata-se de crimes da mesma espécie, previstos, aliás, no mesmo artigo da lei). O dolo no caso de “ocultação” ou “receptação” especifica-se pelo *fim de venda*. Não se faz mister o *lucri faciendi animus*, embora este, via de regra, se apresente. *Quid juris*, se a mesma pessoa, sucessivamente, fabrica ou importa o produto fraudulento e o vende ou expõe à venda, ou se o expõe à venda, oculta ou recebe e o vende? O crime é único, pois, ou a *etapa* anterior era indispensável à posterior (crime progressivo), ou o *fato posterior* (*Nachtat*) torna indiferente o *fato anterior* (*Vortat*), sendo este *absorvido* por aquele. Ao contrário do que entende GAMA CERQUEIRA (ob. cit., vol. II, pág. 338), não há, no caso, *concurso material* ou simples *conexidade*.

121. *Exploração de desenho ou modelo industrial.* É a *species* de contrafação destacada pelo inc. II do art. 171 do

⁴ A lei nacional não pode atingir a contrafação praticada no estrangeiro, mas desde que o produto é introduzido no território nacional, já então pode intervir. Não haverá o crime se o produto se ache apenas em trânsito pelo território brasileiro. O termo “importar” significa que o objeto deve permanecer definitivamente no país em que foi introduzido.

Cód. de Propriedade Industrial. Ao invés de vender modelos reproduzidos ou desenhos imitados, o agente faz comércio com os modelos ou desenhos *autênticos*, sem prévia autorização do autor. Já aqui, o dolo se especifica pelo fim de lucro. Se éste inexistente, o fato não passará de ilícito civil, dando lugar tão-sómente a perdas e danos.

122. *Formas qualificadas.* A pena cominada à contração em seus tipos fundamentais é majorada de um terço quando o agente foi mandatário, preposto ou empregado do titular da patente, ou o crime é cometido mediante conluio com representante, mandatário, preposto ou empregado do mesmo titular (art. 172 do Cód. de Propriedade Industrial). Deve entender-se que a passada ou atual função do agente ou co-agente junto ao titular da patente seja relacionada com esta, ensejando-lhe maior facilidade à fraude pelo conhecimento do produto ou processo. No caso de conluio, o *extraneus* responderá pelo crime *qualificado*, pois a qualidade pessoal de qualquer dos partícipes, quando elementar do crime, comunica-se aos demais (art. 26 do Cód. Penal). Não previu a lei como majorante ou agravante especial a circunstância de, no caso de unidade do agente, exercer éste, no momento do crime, qualquer das funções acima citadas, de modo que só haverá a agravação comum, determinada no art. 44, II, letra *h*, do Cód. Penal (“ter sido o crime cometido com violação do dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão”).

123. *Exercício de indústria com falsa atribuição de privilégio de invenção.* No art. 173 é incriminado o fato de “exercer, como privilegiada, indústria que não o seja, ou depois de anulado, suspenso ou caduco o privilégio”. A lei, com toda razão, equipara à hipótese de inexistência da inculcada patente a da anulação, suspensão ou caducidade dela. Nestes últimos casos, é preciso que haja decisão administrativa irrecorrível a respeito, a qual opera *ex nunc*, e não *ex tunc*. Deve estar em função a indústria a que falsamente se atribui privilégio. A falsa atribuição deve ter publicidade ou ser feita de

modo a poder iludir indeterminado número de pessoas. O crime só se perfaz com essa publicidade.

O art. 173 apenas diz com o privilégio de invenção propriamente dita. Se se trata de modelos de utilidade ou desenhos ou modelos industriais, o crime será o do art. 174.

124. *Declaração imprecisa de privilégio.* É a hipótese prevista no parág. único do art. 173 (também só referível ao privilégio de *invenção*), consistente no fato do “titular do privilégio que em prospectos, letreiros, anúncios ou outro meio de publicidade, faz menção do privilégio sem especificar-lhe “o objeto”. Trata-se de um expediente informado do fim de estabelecer confusão entre o produto ou processo privilegiado e o que não o é, consumando-se o crime com o ato de publicidade. Depois de exemplificar com os *prospectos, letreiros e anúncios*, a lei usa da expressão genérica “ou outro meio de publicidade”, não distinguindo entre os meios impressos e os *orais* (pregão em público, alto-falantes, rádio, etc.).

125. *Falsa menção de depósito ou patente em modelo de utilidade ou desenhos ou modelos industriais.* É a derradeira modalidade de falseamento ou mentirosa atribuição de privilégio, já aqui referível aos modelos de utilidade ou desenhos ou modelos industriais. A declaração falsa deve constar dos próprios modelos ou desenhos, ainda que por expressões abreviadas ou convencionais, ou de anúncio ou papel comercial (faturas, prospectos, circulares, papéis de correspondência comercial, etc.).

126. *Ação penal.* Todos os crimes de que trata o capítulo I do Título IV do Cód. de Propriedade Industrial só dão lugar à ação penal privada, salvo os previstos no art. 173 e seu parág. único (art. 181). A *ratio* da exceção está em que, nos casos excepcionados, não há sujeito passivo determinado ou é dificilmente determinável. Não foi por outra razão que o Cód. Penal também incluía na casuística da exceção o crime atualmente previsto no art. 174 do Cód. de Propriedade

Industrial. O critério contrário adotado por este é passível de crítica.

No tocante ao processo penal, vejamos-se arts. 524 a 530 do Cód. de Proc. Penal e 184, 186, 187 e 188 do Cód. de Propriedade Industrial.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES CONTRA AS MARCAS DE INDÚSTRIA E DE COMÉRCIO

Art. 175. Violar direito de marca de indústria ou de comércio:

I — reproduzindo, indevidamente, no todo ou em parte, marca de outrem registrada, ou imitando-a, de modo que possa induzir em erro ou confusão;

II — usando marca reproduzida ou imitada nos termos do n.º I;

III — usando marca legítima de outrem em produto ou artigo que não é de sua fabricação;

IV — vendendo, expondo à venda ou tendo em depósito:

a) artigo ou produto revestido de marca abusivamente imitada ou reproduzida, no todo ou em parte;

b) artigo ou produto que tem marca de outrem e não é de fabricação deste:

Pena — detenção, de três meses a um ano, e multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 15.000,00.

DIREITO COMPARADO. Itália, Cód. Penal, arts. 473 a 474, Código Civil, arts. 2.569 a 2.573, lei de 21-6-1942 e seu regulamento de 8-5-1948; França, lei de 24-6-1928; Alemanha, leis de 12-3-1894 e 7-6-1907; Suíça, lei de 6-10-1923; Portugal, Cód. de Propriedade Industrial, de 1940; Rússia, Cód. Penal, art. 178; Áustria, lei de 23-9-1923; Polónia, lei de 2-8-1928; Espanha, Cód. Penal, art. 533, e *Estatuto de Propiedad Industrial*, de 22-6-1939; Argentina, Código Penal, art. 289, e lei n.º 3.975, de 5-12-1900; Urugual, lei de

13-7-1909; Peru, leis de 1909, 1910, 1912 e 1913; México, lei de 25-8-1903; Chile, leis de 12-11-1874 e 12-8-1905; Equador, lei de 23-10-1908; Venezuela, lei de 24-6-1877; Paraguai, lei de 25-6-1889; Colômbia, Cód. Penal, art. 285, e lei de 24-3-1897; Bolívia, Cód. Penal, art. 657, e lei de 15-1-1918.

BIBLIOGRAFIA. Além da já citada sobre propriedade ou direito industrial: BRAUN (A.), *Nouveau Traité des marques de fabrique, du nom commercial et de la concurrence déloyale*, 1880; KÖHLER, *Das Recht des Markenschutzes* (O direito de proteção das marcas), 1885; ALLART (H.), *Traité théor. et prat. des marques de fabrique et de commerce*, 1914; AMAR (M.), *Dei nomi, dei marchi e degli altri segni e della concorrenza nell'industria e nel commercio*, 1893; REYNARD, *Précis théor. et prat. des marques de fabrique*, 1939; GHIRON (M.), *Marchi di fabbrica e di commercio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, volume VIII, 1939; ALMEIDA NOGUEIRA-FISCHER JÚNIOR, *Tratado teórico e prático das marcas industriais e nome comercial*, 1910; GAMA CERQUEIRA, *Das marcas de fábrica e de comércio*, 1930; BENTO DE FARIA, *Das marcas de fábrica e de comércio e do nome comercial*, 1906; LEONARDOS (T. O.), *A marca de indústria e comércio*, 1919; COSTA RODRIGUES (Clóvis), *Concorrência desleal*, 1945.

COMENTARIO

127. *Violação do direito de marca.* Marca é o sinal aposto (via de regra, facultativamente) em produtos ou mercadorias, para individualizá-los e distingui-los de outros idênticos, de procedência diversa (art. 89 do Cód. de Propriedade Industrial). Chama-se *de indústria*, quando usada por fabricante, industrial, agricultor ou artífice, para assinalar os seus produtos, e *de comércio*, quando usada por comerciante, para assinalar as mercadorias do seu negócio, fabricadas ou produzidas por outrem (parág. único do cit. art. 89).¹ O direito de *uso exclusivo* da marca é uma espécie do direito de propriedade e decorre do *registro* (êste é *atributivo*, e não meramente *declaratório* da propriedade). Antes do registro, o efetivo uso da marca será apenas um *título de preferência* (ar-

¹ Note-se que a lei protege igualmente as marcas registradas em nome de entidades de caráter civil (sociedades civis, fundações), para uso próprio ou de seus associados (art. 90, 6.º, do Cód. de Propriedade Industrial).

tigo 136, 2.º, do Cód. de Propriedade Industrial), ou fundamento de *impugnativa* no processo do registro solicitado por outrem. Sob o ponto de vista penal, porém, a proteção da marca, em si mesma, está indeclinavelmente condicionada ao seu registro. A exploração de marca alheia não registrada poderá constituir criminosa “concorrência desleal”, mas não “violação de marca”. São suscetíveis de registro como marca de indústria ou de comércio os nomes, palavras, denominações, conjunto de letras (exs.: *X. P. T. O.*, *F. I. A. T.*), algarismos, monogramas, emblemas, figuras, vinhêtas, ornatos, desenhos, ilustrações, relevos, perfurações, transparências, estampas, recortes, rendilhados, impressões, gravuras, fotografias, sinêtes, cunhos, selos, rótulos e outros sinais distintivos de atividade industrial, comercial, agrícola ou civil (art. 93 do Cód. de Propriedade Industrial).² As marcas podem ser aplicadas diretamente nas mercadorias ou produtos, ou nos seus recipientes, invólucros ou etiquêtas. Não se distingue entre marca nacional ou estrangeira. Esta, para ser registrada, deve atender ao disposto no art. 98 do Cód. de Propriedade Industrial.³

Tutelando a marca registrada, a lei penal é de providente casuística. Os fatos que incrimina, como atentatórios do direito do titular da marca (ou seus sucessores por ato *inter vivos* ou *mortis causa*), podem ser assim designados:

- a) reprodução, total ou parcial, da marca;
- b) imitação da marca, com o fim de confusão;
- c) uso da marca reproduzida ou imitada;
- d) uso de marca de outrem em produto ou artigo que não é de sua fabricação (usurpação de marca alheia);

² Sobre o que não pode ser registrado como marca, vejam-se arts. 93, parág. único, e 94 do Cód. de Propriedade Industrial.

³ A nossa legislação sobre marcas estrangeiras é reflexo da Convenção da União de Paris, celebrada em 1883 e revista em Roma (1888), Madri (1890-1891), Bruxelas (1897-1900), Washington (1911), Haia (1925) e Londres (1934). Dessa União fazem parte, atualmente, 45 países, entre os quais, desde início, o Brasil. Vide “Apêndice”.

e) venda, exposição à venda, ou detenção em depósito, de produto ou artigo com marca reproduzida, imitada ou usurpada.

Tôdas estas modalidades criminais pressupõem o *não-consentimento* do titular da marca e a *validade e vigência* do registro desta (vejam-se arts. 151 a 157 do Cód. de Propriedade Industrial). Sôbre a nulidade, extinção ou caducidade do registro da marca pode pronunciar-se o juiz penal, quando objeto da *exceptio* do acusado.

128. *Reprodução total ou parcial da marca.* É a modalidade definida no art. 175, I, princ., do Cód. de Propriedade Industrial. Consiste na cópia ou falsificação da marca alheia, sem ou com alteração, isto é, no todo ou em parte. Quando parcial, deve versar sôbre elementos essenciais ou característicos da marca, sôbre seus pontos ou traços mais frisantes. Em qualquer caso, são de desprezar-se as variantes de aspectos secundários, destinadas precisamente para disfarçar a contradição.

Independe o crime do uso ulterior da marca contrafeita. Consuma-se êle a partir do momento em que a marca é materialmente reproduzida, isto é, desde que confeccionados os moldes, clichês, placas, etiquêtas, carimbos, etc., destinados à aplicação da marca. Basta o dano potencial.

O elemento subjetivo do crime é o dolo genérico: vontade conscientemente dirigida à reprodução *sine jure*, total ou parcial, da marca alheia, que o agente sabe registrada. Não é necessário investigar o fim do agente: tanto faz ter visado ao fim de lucro quanto ao de vingança, de competição desleal, de *fazer fogo* a um concorrente. O êrro de fato, por mais imperdoável, exclui, como de regra, a *dolosidade* da ação. Cumpre acentuar que a *publicidade* atribuída ao registro é uma *ficção* que não prevalece em matéria criminal. O direito penal não compadece com presunções absolutas de culpabilidade (de dolo ou de culpa *stricto sensu*) ou intratável critério apriorístico a respeito. A reprodução de marca alheia, ainda que fiel (ou *brutal*, como dizem os franceses), não exclui, irrestritamente, a boa-fé. A própria omissão de verifica-

ção a respeito de marcas já registradas sobre indústria ou comércio idêntico será um precário *indício* de má-fé, e nada mais. O acusado pode demonstrar contra-indícios que infirmem completamente a suspeita decorrente da falta de tal cautela. No caso de executores materiais a mando de outrem (por exemplo: impressores, litógrafos, gravadores, etc.), não estão eles, sequer, adstritos a essa precaução, devendo mesmo presumir-se, até prova em contrário, a sua boa-fé. Pode ser admitido, em certos casos, o *dolus inest in re ipsa*, mas sempre como presunção *juris tantum*. Jamais a *presumptio doli* deixará de ser *relativa*. Entre as circunstâncias que indiciam veementemente a má-fé, podem ser citadas as seguintes: ter sido o agente sócio ou empregado do titular da marca; ter o agente a sua indústria ou comércio na mesma região em que o dono da marca exerce a sua atividade; a notoriedade *universal* da marca. Ainda em tais casos, porém, não fica, irremissivelmente, excluída a possibilidade de boa-fé: o agente poderia ter erroneamente suposto, por exemplo, que a marca já estivesse extinta ou caduca.

A reprodução não deixa de ser criminosa quando, com o pretexto de justificá-la, se faz preceder à marca a palavra "tipo", "sistema", "modelo", ou equivalente, que apenas serve de máscara à fraude.

Sujeito passivo é o *titular* da marca (ou seus sucessores), estando, portanto, excluído o usuário mediante contrato de exploração (que não se faz *titular* da marca, embora o seu direito tenha de ser garantido por este, sob pena de rescisão do contrato com perdas e danos). A lei, na espécie, protege o interesse do dono da marca, e não o dos consumidores do produto ou mercadoria. Quanto a estes, no caso de aquisição de objeto em que haja sido aposta a marca contrafeita, o crime que pode apresentar-se é de *fraude no comércio* (art. 175 do Cód. Penal).

Sujeito ativo do crime é *qualquer pessoa*, seja ou não industrial ou comerciante. Serão co-autores, segundo a regra geral, todos quantos participem, de qualquer modo, com *scientia sceleris*, na reprodução, mesmo os *empregados in-*

cumbidos desta, não havendo falar-se, aqui, em “ordem de superior hierárquico” (limitada à órbita do direito administrativo). O próprio cedente da marca, se reproduz a marca após a cessão, não deixará, como é claro, de responder pelo crime. No caso de licença para exploração da marca, se o titular desta continuar a reproduzi-la, só haverá ilícito civil.

Tem-se discutido sobre se constitui o crime a reprodução para o só efeito de tentar o registro da marca. A solução negativa é a que nos parece acertada: o fato não apresenta potencialidade maléfica, pois o seu efeito fica subordinado à condição de ser obtido o registro (que, provavelmente, será indeferido).

129. *Imitação de marca alheia.* É a segunda *species* da contrafação de marca, consistindo no fato de “imitá-la, de modo que possa induzir em erro ou confusão” (art. 175, I, *in fine*, do Cód. de Propriedade Industrial). Já não se trata de falsificação total ou parcial da marca registrada, mas de sua insidiosa reprodução *analógica* ou visando à *semelhança*, de modo a criar a possibilidade de engano ou confusão por parte do público. Não basta uma imitação qualquer: é necessário que seja capaz de gerar a confusão entre a marca verdadeira e a imitada. Pode abranger o *conjunto* da marca ou seus elementos de maior relevo. O reconhecimento da imitação é uma *quæstio facti*. Como diz ROUBIER, se, no caso de falsificação, o juiz procede a uma apreciação analítica, para saber se a marca foi reproduzida *in totum* ou nos seus elementos essenciais, já no tocante à imitação procede a uma apreciação sintética, para constatar as possibilidades de confusão entre as duas marcas. Não é mister que a imitação seja completa, bastando que seja idônea a fazer supor, tendo-se em vista a *média* dos consumidores, que se trata da marca verdadeira. É suficiente que se confira à marca imitada um aspecto de conjunto que, *prima facie*, a torne parecida com a marca genuína, tornando viável o *quid pro quo* por parte dos consumidores, que, em geral, não são observadores atentos. Segundo é corrente em jurisprudência e doutrina, o juiz não deve

ater-se a um exame minucioso dos elementos formativos de ambas as marcas, mas colocar-se na situação do consumidor que não tem presente o produto com a marca autêntica e, tendo em conta a quase-instantaneidade com que, de regra, se opera a compra e venda de produtos ou mercadorias, averiguar se a marca questionada é capaz de despertar a lembrança, ainda que fugaz, da marca autêntica. Critérios diretivos: a) a marca deve ser apreciada no seu caráter de conjunto, e não nos seus elementos considerados isoladamente (pode acontecer que nenhum detalhe seja inteiramente semelhante e, no entanto, a disposição, as combinações, a forma dos caracteres, etc., numa visão de conjunto, podem tornar inevitável ou fácil a confusão); b) deve cuidar-se da impressão que ela possa produzir, não aos olhos de pessoa meticulosamente atenta ou aos olhos adestrados de um perito, mas aos olhos distraídos ou incautos da grande maioria dos consumidores; c) deve contemplar-se a marca genuína e, em seguida, a acoimada de imitação, e verificar se a impressão deixada pela segunda lembra a produzida pela primeira; d) devem ser desprezados os elementos secundários ou carecedores de eficácia diferenciadora. Como acentua GUGLIELMO, a semelhança entre as marcas e a possibilidade de confusão dependem, antes de tudo, da primeira impressão visual do conjunto. Se ao invés de imitação, há uma nova combinação de elementos da marca autêntica, de tal sorte que imprima aspecto original à marca questionada, distinguindo-a, *ictu oculi*, da outra, não é reconhecível o crime. Por outro lado, entretanto, a imitação de um só que seja dos elementos de marca autêntica pode, tal seja êle, induzir a erro ou confusão, e o crime se apresentará.

Não excluem a imitação criminosa o acréscimo que se faça à marca, de menções relativas ao nome do agente, à sede do seu estabelecimento ou à data de fundação dêste, pois tais menções, via de regra, não são as que servem de orientação ao comprador (muitas vezes, até analfabeto) no individuar ou escolher as mercadorias que adquire. Também não é excludente da fraude o imprimir a marca imitada em côr ou

combinação de cores não coincidentes com as da marca registrada.

Tratando-se de marcas *nominativas*, as próprias *diversidades gráficas* não afastam a possibilidade de confusão, quando são acústica ou foneticamente semelhantes, ou possam dar essa impressão.

Elemento subjetivo do crime é, também aqui, o dolo genérico: vontade e consciência de imitar a marca alheia, de modo a induzir em erro ou confusão. Ainda que haja intenção de imitar, mas o resultado não é de molde a provocar a confusão, inexistirá o crime (por falta de um de seus *essentialia*). Trata-se, como na hipótese de reprodução, de crime formal: independe da superveniência de efetivo dano, consumando-se com o simples fato da imitação, abstraído o uso ulterior da marca imitada ou o fim do agente.

Se o acusado demonstra que obteve o registro da marca questionada, basta isto para que seja afastada a acusação, seja qual fôr a semelhança com a marca do querelante.

130. *Uso de marca reproduzida ou imitada.* É o crime daquele que, autor, ou não, da reprodução ou imitação, se utiliza da marca contrafeita. Se esta é usada pelo próprio contrafator, porém, não há dois crimes, senão um crime único, pois o crime de uso *absorve* o de contrafação (reprodução ou imitação).

Como diz BRAUN (ob. cit., pág. 181), o uso da marca contrafeita *complementa* a contrafação, já punível por si mesma, representando uma *fase progressiva* da ação ilícita ou realizando o dano imanente na contrafação, de modo que, “quando o agente da contrafação faz uso da marca, não pratica senão um crime único, e somente quando são pessoas físicas distintas a que falsifica e a que a emprega é que a força e a natureza das coisas fazem necessário o castigo de dois culposos: o falsificador hábil e o que audazmente fez uso da “marca”.

Não é preciso que haja reiteração de atos de uso: basta um só para que se caracterize o crime. Consuma-se este não

só com a aposição direta da marca no produto ou artigo, ou respectivos recipientes, invólucros ou etiquetas, como com o simples emprego dela em anúncios pela imprensa ou afixados em lugar à vista do público, ou mesmo em papéis comerciais (faturas, catálogos, listas de preços, circulares, etc.). Sem dúvida que o fato de exhibir em “exposições públicas” os produtos ou artigos revestidos da marca contrafeita, constitui o crime.⁴ Inexistirá este, porém, no caso do comprador que utiliza pessoalmente (uso particular ou doméstico) o produto com a marca contrafeita, pois o de que ele se serve, então, é do produto, e não da marca. Somente responderá criminalmente, em tal hipótese, o vendedor (art. 175, IV). Se, entretanto, o produto adquirido é empregado em uso industrial ou comercial, já o crime se apresentará. Fora do campo da especulação, o uso da marca contrafeita não provoca engano ou confusão em prejuízo do titular da marca genuína.

Quid juris, se há apenas o uso oral da marca ilegítima? Entende-se que o fato constitutivo do uso deve deixar após si vestígios materiais, pois, sendo a marca um sinal material destinado a ser percebido pelo público, o uso de sua reprodução ou imitação deve assumir forma visível e permanente. Assim, quem se limita a fazer *pregão* da marca fraudada, descrevendo-a, e pôsto que não há “marca falada”, não cometerá o crime de uso.

O elemento psíquico do crime é, também aqui, o dolo genérico: vontade e consciência de usar a marca que se sabe reproduzida ou imitada *sine jure*. Pode ser excluído pelo erro de fato ou boa-fé, como no caso do comerciante que adquiriu o produto ignorando que a marca nêle aposta é reproduzida ou imitada.

131. Uso de marca de outrem em produto ou artigo que não é de sua fabricação. Já aqui, não se trata de marca falsificada ou imitada, mas de marca autêntica, que, na posse de

⁴ Tem-se sustentado que em tal caso deve ser reconhecido o próprio crime de “exposição à venda” (veja-se n.º 132).

alguém (por qualquer motivo), é por êste utilizada para produtos ou artigos não procedentes do fabricante a que ela pertence. Apresenta-se uma usurpação, pura e simples, da marca registrada. É o caso, por exemplo, do alfaiate que emprega, nas suas confecções, os botões *marcados* de outro alfaiate, tirados a um traje adquirido de segunda mão; ou o de quem, ao montar um automóvel, utiliza peças com a marca de outrem, de modo a fazer supor que o carro procede dêste. A hipótese mais comum, porém, é a de quem reenche com seus próprios produtos os recipientes ou invólucros que trazem a marca alheia.⁵ Os produtos líquidos ou em pó, ou de pequenas proporções, não comportam a aplicação *direta* da marca, que, então, como admite a lei, é aplicada nos respectivos invólucros ou recipientes, e destes é que se serve, na espécie, o agente para o êxito de sua fraude. É o que os franceses chamam *delit de remplissage*. Discute-se em doutrina se há o crime quando os "cascos" são reenchidos com produtos que o agente adquiriu em grosso do próprio titular da marca. No sentido afirmativo opina KÖHLER: "O varejista que se vê obrigado a vender mercadorias em recipientes diversos dos que o fabricante lhe remete, evidentemente tem o direito de lhes apor etiquetas demonstrativas de sua procedência; mas uma coisa é indicar ao público, por exemplo, que a água mineral foi extraída de tal ou qual fonte, e outra bem distinta é fazer uso da marca do fabricante. Ninguém pode apor o sinal pessoal de outrem sobre um produto, ainda quando êste proceda da pessoa a que aquêle corresponde. A marca, por seu caráter pessoal, garante ao consumidor não só que a mercadoria provém realmente de fabricação do titular da marca, como também que êste controlou a sua aplicação, e a reconhece. A marca não é só indicação da procedência material, mas, outrossim, garantia moral do fabricante, e ninguém pode revestir com ela os produtos por êste elaborados, desde que

⁵ Se esta não se acha registrada, ou se os recipientes ou invólucros, embora com formato peculiar, não trazem a marca, o fato poderá constituir crime de concorrência desleal (art. 178, VIII).

“o seu emprêgo é deixado a seu exclusivo arbítrio”. Realmente, permitir-se, em tal caso, a livre *remplissage*, é dar margem a abusos, entre os quais o de aproveitar-se o agente para, fraudulentamente, reencher os recipientes ou invólucros com produtos não oriundos do titular da marca. A nossa lei, entretanto, não estêve por isso e só considera crime quando se faz uso da marca legítima de outrem em “produto ou artigo *que não seja de sua fabricação*”.

Não é o crime a simples utilização *doméstica* ou *particular* de recipientes ou invólucros com a marca alheia. Não o cometerá nem mesmo o comerciante que, sendo-lhe trazido pelo freguês o recipiente ou invólucro com a marca alheia, o reenche com produto similar ao que êla inicialmente conteve. Figure-se agora o seguinte caso: um revendedor de gasolina faz reencher o reservatório do seu pôsto, assinalado, *v. g.*, pela marca “Esso”, com gasolina de outra procedência, participando do fato o próprio agente da venda do produto. Um e outro terão incorrido no crime, pois a gasolina foi comprada para *uso comercial*.

Quid juris, se alguém coloca uma etiquêta com a própria marca para encobrir a marca existente no invólucro ou recipiente? A jurisprudência francesa tem decidido, em tal caso, pela configuração do crime; mas semelhante critério, como acentua DI GUGLIELMO, é demasiadamente rigoroso, pois o fato revela, por si mesmo, a ausência de intenção fraudulenta.⁶ É verdade que a etiquêta poderá desprender-se ou ser posteriormente retirada pelo comprador; mas o que então haveria a reconhecer seria uma *inconsideração* ou *imprudência*, e o crime em questão não é punível a título de culpa *stricto sensu*. O crime se consuma com o ato de uso, isto é, com a aplicação da marca legítima ao produto ou artigo não coberto por ela ou com o *reenchimento* do recipiente ou invólucro contendo a dita marca (não provindo o produto do titular

⁶ Cumpre notar que é crime de concorrência desleal o fato de “substituir, pelo seu próprio nome ou razão social, em *mercadoria de outro produtor*, o nome ou razão social dêste, sem o seu consentimento” (art. 178, VI).

desta). O elemento subjetivo é, ainda aqui, o dolo genérico: vontade conscientemente dirigida ao ato de uso, sabendo o agente que o produto não é coberto pela marca. Não importa o fim do agente. Inadmissível é a tentativa: ou dá-se o uso, e o crime se consuma, ou não se dá, e tudo se limita à mera intenção ou a atos preparatórios, que escapam à punição.

132. *Venda, exposição à venda ou detenção em depósito de artigo ou produto com marca reproduzida, imitada ou usurpada.* Destas modalidades cuidam as letras *a* e *b* do inc. IV do art. 175 do Cód. de Propriedade Industrial. Também aqui, o sujeito ativo tanto pode ser quem reproduziu, imitou ou usurpou, quanto terceiro, isto é, pessoa estranha a qualquer desses atos. No primeiro caso, só haverá um crime, *absorvido* o crime anterior pelo posterior (veja-se n.º 127). Igualmente crime único se apresentará quando a mesma pessoa, sucessivamente, *expõe à venda* e *vende*, ou *tem em depósito* e *vende* ou *expõe à venda* (veja-se n.º 120).

Vender é transferir a outrem, contratualmente, a propriedade de um objeto. Não importa que a venda seja feita aberta ou clandestinamente, ou que haja, ou não, imediata tradição da *res*. Basta um ato isolado de venda, seja, ou não, o agente comerciante. É também irrelevante o fim do agente, não sendo necessário o *animus lucri faciendi* (pode mesmo acontecer que a venda se faça com prejuízo para o agente, visando êste, apenas, a *fazer fogo* ao titular da marca ou a um concorrente).

Aquêle que adquire o produto e o emprega em uso que não seja estritamente pessoal ou doméstico, cometerá o *crime de uso* (art. 175, III).

A *exposição à venda* é o ato de colocar o artigo ou produto à disposição do público, seja onde fôr. Se não há exibição, mas guarda em lugar não exposto ao público, sem o fim imediato de venda, o crime será o de “ter em depósito”. A simples exposição de *amostras* (o que freqüentemente ocorre, quando os produtos são de grande volume, tornando impraticável ou difícil a sua exibição em conjunto), já realiza o crime.

É o que justamente tem decidido a jurisprudência francesa: “*L’usage des échantillons, qui permet d’acheter l’objet représenté, constitue vraiment une mise en vente*”. Ainda mais: se há expedição de prospectos, anúncios ou circulares propondo a venda e descrevendo os objetos com marca ilegítima, ter-se-á de reconhecer o crime. Bem se argumenta, em tal sentido, que *representar* ao público a mercadoria, ensejando os pedidos de compra, constitui meio mais eficaz e seguro que a simples exposição material à venda nas vitrines ou prateleiras. Tem-se entendido que a mera exibição em “exposição pública”, ainda que nesta não se permita a venda dos produtos expostos, equivale à exposição à venda, pois o público fica sabendo onde adquiri-los. Mesmo, porém, que se não aceite tal critério, haverá, incontestavelmente, o *crime de uso*.

Detenção em depósito é a guarda, em lugar não-exposto ao público, dos artigos ou produtos, ainda que sem o fim imediato de venda ou exposição à venda.

Em qualquer caso, serão co-autores os *empregados* ou *caixeiros* (sedentários ou viajantes) que contribuem, por ordem de seus patrões, para a venda, exposição à venda ou depósito, pôsto que, é claro, estejam cientes da reprodução, imitação ou usurpação.

O crime se consuma com qualquer das ações mencionadas no texto legal, assumindo o caráter de *permanente* nos casos de exposição à venda e detenção em depósito (enquanto não cessa a *permanência*, está o agente em *flagrante delicto*).

133. Ação penal. Em todos os crimes de que se vem de tratar, a ação penal somente pode ser intentada mediante queixa.

Quanto ao processo, vejam-se arts. 524 a 530 do Cód. de Proc. Penal e arts. 184 a 186 do Cód. de Propriedade Industrial.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES CONTRA O NOME COMERCIAL, O TÍTULO DE ESTABELECIMENTO E A INSIGNIA

Art. 176. Violar direito relativo ao nome comercial, ao título de estabelecimento e à insígnia:

I — usando indevidamente o nome comercial, título de estabelecimento ou insígnias alheias;

II — vendendo, expondo à venda ou tendo em depósito artigo ou produto revestido de nome comercial, título de estabelecimento ou insígnias alheios:

Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

DIREITO COMPARADO (veja-se capítulo anterior).

BIBLIOGRAFIA (a mesma já citada no capítulo anterior).

COMENTARIO

134. *Violação do direito ao nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia.* Segundo dispõe o art. 104 do Cód. de Propriedade Industrial, “considera-se *nome comercial* “a firma ou denominação adotada pela pessoa física ou jurídica, para o exercício de atividades comerciais, industriais ou “agrícolas”. E o art. 104 define o que sejam *título de estabelecimento* e *insígnia*: são, “respectivamente, as denominações, “os emblemas ou quaisquer outros sinais que sirvam para “distinguir o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, ou relativo a qualquer atividade lícita”.¹ Enquanto a

¹ Preceitua o art. 115: “O registro do título ou da insígnia somente prevalecerá para o Município em que estiver situado o estabelecimento, considerando-se, para êsse efeito, como município o “Distrito Federal”.

marca assinala *produtos ou artigos*, o *nome comercial* (de caráter obrigatório) distingue o *exercício de atividade individualizada*, e o *título de estabelecimento* ou a *insígnia* (facultativos) assinalam o *local* de tal exercício.²

São incriminados (pressupostos o registro dos ditos sinais distintivos, o não-consentimento do respectivo titular e a validade ou vigência deles) o seu “uso” por outrem e a “venda, exposição à venda ou detenção em depósito” de produtos ou artigos com êles revestidos. Tratando-se de sinais distintivos não-registrados, tais fatos poderão, entretanto, ser considerados crime de concorrência desleal.

O nome comercial, o título de estabelecimento e a insígnia, ao individualizarem a atividade ou o estabelecimento, passam a ser como que um símbolo da reputação, do crédito, do favor que, por parte dos clientes e fornecedores, merecem os seus titulares. Usurpá-los é induzir o público à confusão e é *parasitar* no mérito alheio.

Quando o nome comercial ou título de estabelecimento corresponde ao próprio nome de quem os adota, não é infrequente o caso de *homonímia*, criando-se um conflito de interesses entre os portadores de nomes iguais e exercentes do mesmo comércio ou indústria. Ao “homônimo” *preestabelecido*, porém, assiste o direito de exigir do outro que faça acréscimos ou menções para o efeito de uma nítida diferenciação. Sômente o *abuso* de homonímia, isto é, o aproveitamento desta para gerar confusão no público, se apresenta como ilícito civil e penal. É o que já tivemos oportunidade de sustentar em voto proferido no Supremo Tribunal Federal (recurso extraordinário n.º 19.108), com apoio unânime da sua 1.ª Turma:

“Como acentua STOLFI (*Il diritto di autore*, tomo II, página 689), ao cu'dar do *quid juris* no caso de homonímia, no campo da concorrência industrial ou comercial, a solução tem

² Sôbre o que não pode ser registrado como nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia, vejam-se arts. 109, 110, 111, 117 e 120 do Cód. de Propriedade Industrial.

sido no sentido “de que não se pode ilícitamente aproveitar da homonímia”. Desde que se apresente um propósito malicioso, isto é, o intuito de exercer concorrência desleal, o que ocorre é um abuso do próprio nome, o qual deve ser proibido. É o que também salienta KÖHLER (*Das Recht des Markenschutzes*, pág. 133): “Uma forma censurabilíssima de abuso de nome se apresenta quando é usado o nome somente para exercer o abuso, isto é, somente para criar equívocos”. Tratando do mesmo tema, ALLART (*Traité de la concurrence déloyale*, n.º 23) explica: “As mais das vezes, a fraude consiste no formar uma sociedade, em que se faz entrar um indivíduo que tem o mesmo nome de uma firma de grande reputação, e que, estranho até ao comércio, confere à sociedade apenas “o direito de fazer uso do seu nome”. No caso vertente, não se depara, é certo, com uma fraude tão despejada quanto a do exemplo do autor francês; mas, nem por isso, se há de desconhecer a existência de um ardil para dissimular uma concorrência desleal. Se vários são os sócios da recorrida, cada qual com sobrenome diverso — *Rebecchi, Estêves, Lehman, Guimarães*, — é manifesto que o destaque de *Rebecchi* visava ao aproveitamento da reputação desfrutada pela recorrente. É o que reconhece a própria sentença de primeira instância, *in verbis*: “... na moral mais rigorosa seria passível de censura, pois efetivamente Júlio Rebecchi poderia ter adotado “razão ou denominação que melhor caracterizasse a sua sociedade, como construtora, sem necessidade de ater-se exclusivamente ao patronímico *Rebecchi*, tal como o fez”. E mais adiante reconhece que “foi provocadora, sem dúvida, a “atitude dos integrantes da sociedade-ré, ao adotarem a denominação que adotaram, com o exclusivismo do patronímico *Rebecchi*”. O dec. n.º 916, de 24-10-1890, já dispunha, no seu art. 6.º: “Tôda firma nova deverá se distinguir de qualquer outra que exista inscrita no registro do lugar”. E acrescentava no § 1.º do mesmo artigo: “Se o comerciante tiver nome idêntico ao do outro já inscrito, deverá acrescentar designação que o distinga”. O art. 27 do dec. n.º 24.507, de 1934, declarava que “o registro do nome comercial é inadmis-

“sível, desde que reproduza outro anteriormente protegido, a “não ser que o requerente adote ou acrescente uma designação capaz de distingui-lo suficientemente”. Finalmente, o dec.-lei n.º 7.903, de 1945 (Cód. de Propriedade Industrial), preceitua, no seu art. 111, § 2.º, que não são registráveis “as firmas ou denominações de sociedades e associações que se prestem a confusão com outros anteriormente registrados”. Ora, é precisamente o que ocorre na espécie: a confusão será inevitável entre a recorrida e a recorrente. Se a sociedade-recorrente *R. Rebecchi & Cia. Ltda.* é instalada e reputada como “construtora”, o só aditamento da palavra “Construtora” à firma da recorrida, longe de ser *suficiente* para a distinção, acarreta ainda maior confusão (pois “construção” é o mesmo ramo de atividade da recorrente). Mais ainda: a firma-recorrida omitiu o prenome ou inicial do prenome do sócio *Rebecchi*. Ao invés de “Construtora Júlio Rebecchi & Cia., Ltda.” ou “Construtora J. Rebecchi & Cia., Ltda.”, preferiu a fórmula “Construtora Rebecchi & Cia., Ltda.”, para provocar maior *quid pro quo* por parte da clientela. Os acórdãos citados pelo Dr. procurador geral são de irrecusável pertinência para a solução do caso concreto. A *forma distintiva* para o uso do nome patronímico deve ser tal que torne impossível a confusão. Comentando o dec. n.º 916, no ponto em questão, GAMA CERQUEIRA, após acentuar a exclusividade absoluta do uso da firma, pondera: “Isto, porém, não prejudica o direito dos *homônimos*, que não ficam impedidos de usar o próprio nome no “exercício do mesmo ou diferente ramo do comércio ou indústria. A lei exige, apenas, nesse caso, que a firma se diferencie de outras anteriormente inscritas. Se fôr idêntico o “nome, deve-se acrescentar designação que o distinga. Mesmo nessa hipótese, porém, a firma poderá ser composta de “modo a distinguir de outras já inscritas, sem necessidade de “qualquer aditamento”. E o mesmo autor dá o seguinte exemplo: “Achando-se inscrita a firma *Ranulfo Monteiro*, a pessoa que possuir nome idêntico poderá inscrever a firma *R. Monteiro*”. No caso dos autos, como já vimos, houve o acréscimo da palavra “Construtora”, mas isto vem aumentar

a possibilidade de confusão; e em lugar de *Júlio Rebecchi* ou *J. Rebecchi*, foi mencionado apenas o nome *Rebecchi*, o que induzirá a clientela a pensar que se trata do mesmo *R. Rebecchi* da firma-recorrente. Note-se, além disso, que o caso vertente apresenta uma circunstância especial, que não se pode abstrair: a raridade, entre nós, do sobrenome *Rebecchi*, de modo que, à falta de um aditamento nitidamente diferenciador, haverá de ser freqüentíssima a tendência da clientela a tomar uma sociedade por outra, tendência que será indiscutivelmente prejudicial à recorrente, que tem por si a prioridade do registro e uma reputação consolidada através de mais de 40 anos. Por estas razões, conheço do recurso e lhe dou provimento”.

Sobre as modalidades de “venda”, “exposição à venda” e “detenção em depósito”, veja-se n.º 132.

Diferentemente dos crimes de violação de marca, as penalidades são, aqui, alternativas: detenção ou multa (esta minorada).

Quid juris, se o agente, ao invés de usar qualquer dos sinais distintivos em questão, limitar-se a dizer ou inculcar que é “ex-empregado” ou “ex-representante” da firma ou estabelecimento? Segundo a opinião dominante, não existirá o crime de que se trata.

Elemento subjetivo é o dolo genérico, e a ação penal depende de *queixa* (art. 181 do Cód. de Propriedade Industrial).

CAPÍTULO IV

DOS CRIMES CONTRA A EXPRESSÃO OU SINAL DE PROPAGANDA

Art. 177. Violar direito assegurado pelo registro de expressão ou sinal de propaganda:

I — usando expressão ou sinal de propaganda alheios, devidamente registrados;

II — imitando expressão ou sinal de propaganda alheios, devidamente registrados, de

modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos:

Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

COMENTARIO

135. *Violação de direito à expressão ou sinal de propaganda.* O art. 121 do Cód. de Propriedade Industrial define (e disciplina) a “expressão ou sinal de propaganda” como “tôda legenda, anúncio, reclame, frase, combinação de palavras, desenho, gravura, originais e característicos, que se destinem a emprêgo como meio de recomendar as atividades comerciais, industriais ou agrícolas, realçar as qualidades dos produtos, e atrair a atenção dos consumidores”. Segundo o § 2.º do mesmo artigo, “as expressões ou sinais de propaganda podem ser empregados em cartazes, tabuletas, papéis, avulsos, impressos em geral, ou através da radiofonia” (acrescente-se: ou da televisão). São, como se vê, os bens conhecidos expedientes de reclame. Entre nós, são famosas, por exemplo, as expressões “Loucuras de Maio” ou “Veste-se hoje o homem de amanhã”, usadas por estabelecimentos da Capital da República. A lei incrimina o uso da expressão ou sinal com reprodução fiel (usurpação) ou a sua imitação, de modo a gerar confusão (vejam-se ns. 128, 129 e 130, aos quais nos reportamos quanto ao conceito de reprodução, imitação e uso).

Não é punível a simples reprodução independente do uso.

A existência do crime pressupõe o registro da expressão ou sinal e o não-assentimento do titular do registro. Quanto ao uso ou imitação de expressões ou sinais não registrados, o que poderá haver é crime de concorrência desleal.

O crime só é punível a título de dolo (genérico), sendo irrelevante indagar do fim do agente ou se o fato acarretou efetivo dano. Também aqui, as penas de detenção e multa são cominadas alternativamente. A *queixa* é condição de punibilidade.

CAPÍTULO V

DOS CRIMES DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Art. 178. Comete crime de concorrência desleal quem:

I — publica, pela imprensa, ou por outro modo, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem indevida;

II — presta ou divulga, com intuito de lucro, acerca de concorrente, falsa informação capaz de causar-lhe prejuízo;

III — emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV — produz, importa, exporta, armazena, vende ou expõe à venda mercadoria com falsa indicação de procedência;

V — usa, em artigo ou produto, em recipiente ou invólucro, em cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como "tipo", "espécie", "gênero", "sistema", "semelhante", "sucedâneo", "idêntico", ou equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência do artigo ou produto;

VI — substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em mercadoria de outro produtor, o nome ou razão social dêste, sem o seu consentimento;

VII — se atribui, como meio de propaganda de indústria, comércio ou ofício, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII — vende ou expõe à venda, em recipiente ou invólucro de outro produtor, mercadoria adulterada ou falsificada, ou dele se utiliza para negociar com mercadoria da mesma espécie

cie, embora não adulterada ou falsificada, se o fato não constitui crime mais grave;

IX — dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem indevida;

X — recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar a concorrente do empregador vantagem indevida;

XI — divulga ou explora, sem autorização, quando a serviço de outrem, segredo de fábrica, que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do serviço;

XII — divulga ou se utiliza, sem autorização, de segredo de negócio, que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do serviço, mesmo depois de havê-lo deixado;

Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa, de Cr\$ 1.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

DIREITO COMPARADO. França, leis de 16-2-1919; Alemanha, lei de 7-6-1909; Itália, Cód. Civil, arts. 2.598 a 2.600; Áustria, lei de 21-3-1925; Polônia, lei de 2-8-1926; Portugal, Cód. de Propriedade Industrial; Espanha, *Estatuto de Propiedad Industrial*; Hungria, lei de 1-1-1923; Suíça, leis de 2-11-1927 e 22-11-1939; România, lei de 18-6-1925; Argentina, lei n.º 11.275, de 1923; Jugoslávia, lei de 4-4-1930.

BIBLIOGRAFIA. Além da já citada: ALLART, *Théorie et pratique de la concurrence déloyale*, 1892; GODINOT, *La concurrence déloyale*, 1932; GOLDSCHMIDT (R.), *Hacienda comercial y competencia desleal*, 1950; MOREAU, *Traité de la concurrence illicite*, 1904; PICHOT, *De la concurrence déloyale et de la contrefaçon*, 1924; GUELI (E.), *Concorrenza illecita*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. LII; ELSTER, *Wettbewerb (Concorrência)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, vol. IV.

COMENTARIO

136. *Concorrência desleal.* O art. 10-bis da Convenção da União de Paris (com a redação dada pela revisão de 1925,

em Haia) define a *concorrência desleal* como “todo ato de concorrência contrário às práticas honestas em matéria industrial e comercial”.¹ Em face dessa fórmula genérica, todos os crimes contra a propriedade industrial poderiam ser colocados sob a rubrica de “crimes de concorrência desleal”; mas entendeu-se de reservar esta denominação para aqueles atos de fraudulenta ou desonesta concorrência que, não infringindo os dispositivos especificamente tutelares das *patentes* e dos *sinais distintivos registrados*, no campo da indústria e do comércio, atentam contra o interesse de correção usual ou normal no âmbito dos negócios. O que a lei tem em vista, aqui, é assegurar ao estabelecimento industrial ou comercial, independentemente do direito ao *uso exclusivo* de patentes concedidas ou sinais distintivos registrados, a normalidade da sua função produtiva e lucrativa e a estabilidade de sua clientela.² Reprimindo a concorrência desleal, o direito legislado reporta-se ao *mínimo* da *ética profissional* consagrada no meio industrial ou comercial. E ao intervir na espécie o direito penal, que reclama, tanto quanto possível, a *tipicidade* nítida do ilícito que incide sob suas sanções, houve necessidade de se evitar a adoção de um *præceptum* genérico ou demasiadamente elástico, a importar a abdicação do legislador no juiz. Daí a *seleção* de certos fatos, taxativamente enumerados, como conteúdo do ilícito penal em matéria de concor-

¹ Eis o texto integral do artigo: “*Les pays contractants sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale. Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. Notamment devront être interdits: 1) tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec les produits d'un concurrent; 2) les allégations fausses dans l'exercice du commerce, de nature à décréditer les produits d'un concurrent*”. A Convenção da União de Paris acha-se incorporada à nossa legislação pelos decs. ns. 9.235, de 1884, e 19.056, de 1929. Vide “Apêndice”.

² O reconhecimento da concorrência desleal como entidade ilícita autônoma teve o seu antecedente histórico na Inglaterra, com o *Merchandise Marks Act*, de 1877.

rência desleal. O nosso Cód. de Propriedade Industrial, na sua parte penal, depois de fixar a casuística dos crimes em questão (art. 178), faz expressa advertência no sentido de que não passarão de ilícito civil quaisquer outros atos de concorrência desleal ali não previstos (parág. único do artigo 178).

Os crimes de concorrência desleal podem ser divididos em seis grupos: 1.º) denigração de concorrente; 2.º) desvio de clientela; 3.º) confusão entre estabelecimentos ou produtos; 4.º) propaganda com falsa atribuição de mérito especialmente reconhecido; 5.º) corrupção para obtenção de vantagem indevida; 6.º) violação de segredos, com abuso de confiança.

O primeiro grupo compreende a *publicidade difamatória contra concorrente* e a *prestação ou divulgação de falsa informação acêrca de concorrente*, "*lucrandi animo*". O segundo grupo abrange as *fraudes para o desvio de clientela*. O terceiro grupo encerra: a) a *falsa indicação de procedência de mercadoria*; b) *emprêgo de "têrmos retificativos"*, com omissão de indicação de procedência do produto ou artigo; c) a *substituição do nome do produtor*; d) *venda ou exposição à venda de mercadoria, adulterada ou falsificada, ou não, em recipiente ou invólucro de outro produtor*. O quarto grupo envolve a *inculcação de recompensas ou a de distinções não obtidas, como meio de propaganda*. O quinto grupo inclui o *subórno ativo e o passivo com o fim de vantagem indevida*. Finalmente, o sexto grupo é integrado com a *violação de segredo de fábrica e a de segredo de negócio, com abuso da confiança ou ciência obtida em razão de serviço*.

Todos os crimes em questão pressupõem nos sujeitos ativo e passivo a qualidade de *concorrentes*, e sòmente são puníveis a título de dolo, ora específico, ora genérico.

Fixemo-los individualadamente, na ordem acima.

137. *Publicidade difamatória contra concorrente (dénigrement, Anschauung)*. Consiste em publicar pela imprensa ou por outro modo (rádio, televisão, alto-falantes, cartazes, prospectos, circulares, pregões na via pública, etc.) *falsa afir-*

mação em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem indevida (art. 178, inc. I). A falsa afirmação deve ser idônea a criar um dano potencial à reputação ou crédito do concorrente como *industrial* ou *comerciante*, à confiança ou favor de que goza, como tal, no seio dos consumidores e fornecedores. Se a afirmação falsa atinge o concorrente na sua honra *civil*, o crime será o de *calúnia* ou *difamação*, conforme o caso, e não o de que ora se trata. Para que este ocorra, insista-se, é indispensável que seja afetada a boa fama ou conceito do sujeito passivo *ut faber vel mercator*. Exemplos: dizer que o concorrente está a pique de falência, ou não honra os títulos que emite ou os compromissos que assume perante o público, ou não tem cautela ou escrúpulo na fabricação dos seus produtos. A depreciação de produtos ou artigos, de fabricação ou comércio de concorrente, reflete-se sobre a reputação profissional deste. Assim, constitui o crime em questão o tornar público, falsamente, que tais produtos ou artigos são imprestáveis ou não têm a qualidade anunciada.

É preciso que o sujeito passivo seja indicado nominalmente ou de modo que não deixe dúvida acerca de sua identidade.

O crime se consuma com o *ato de publicidade*, idônea a efeito maléfico, mas sendo irrelevante a não-superveniência de dano efetivo. O elemento subjetivo é o dolo genérico e específico: vontade e consciência de publicar a afirmação que se sabe falsa, *com o fim de obter vantagem indevida*. Esta se entende a de caráter econômico, a que o agente não faria jus senão pelos meios honestos: o afastamento de um competidor, a preferência do público ou a maior procura dos próprios produtos ou artigos, etc.

Se é elemento do crime a *falsidade* da afirmação, segue-se que a prova da *verdade* desta exclui o crime. A *moderada retorsão* da vítima poderá ser reconhecida como *legítima defesa*, se dolosamente excessiva, porém, visando, por sua vez, a vantagem indevida, incidirá na sanção penal.

138. *Prestação ou divulgação, "lucrandi animo", de falsa informação acerca de concorrente.* Já aqui, o crime se apre-

senta com a simples *prestação* ou *divulgação*, *lucri faciendo causa*, de informação mentirosa, capaz de prejudicar o concorrente (art. 178, II). Ex.: informar falsamente que o concorrente tem títulos no protesto, ou emprega matéria-prima inadequada, ou que seu processo de fabrico desatende aos requisitos técnicos, etc. Na modalidade de *prestação de informação falsa*, é indiferente que esta seja feita a particular ou a autoridade pública, ou que seja espontânea ou provocada. Na forma de *divulgação*, não se faz mister o emprêgo de especial meio de publicidade, bastando a *comunicação oral* a mais de uma pessoa. A *falsidade* da informação é condição do crime, de modo que este será excluído pela *demonstratio veri*.

O crime se consuma com qualquer das ações mencionadas no texto legal, independentemente da efetividade do lucro visado pelo agente ou do efetivo prejuízo do concorrente. Elemento subjetivo é o dolo, que se especifica pelo *fin de lucro* (qualquer proveito econômico).

139. *Fraudes para o desvio de clientela*. O aliciamento de clientela é um ato lícito, mas se há o emprêgo de meios fraudulentos para o *desvio* de clientela alheia, assume o fato caráter antijurídico. É incriminado (art. 178, III) todo expediente insidioso para captar a freguesia de outrem: em tal caso, o *animus disputandi* se alia à fraude para a desleal aplicação de *golpes baixos*. *In exemplis*: fazer reclame dos próprios artigos ou produtos, dizendo-os *melhores* que os do concorrente (designado nominalmente ou de modo iniludível); imitar o aspecto da fachada do vizinho estabelecimento do concorrente e os seus processos de propaganda *in loco*, de modo a induzir a freguesia a um *quid pro quo*; usar os sinais distintivos não-registrados do concorrente (se registrados, o crime será outro); orientar para o seu próprio estabelecimento, mediante aliciamento exercido por mandatários postados junto ao estabelecimento do concorrente, a clientela deste, etc., etc.

O crime se consuma com o emprêgo do meio fraudulento, ocorra, ou não, efetivamente, o desvio da clientela (pôsto que

idôneo o meio empregado). O dolo especifica-se pelo *animus lucri faciendi* (fim de proveito próprio ou de outrem).

140. *Falsa indicação de procedência de produto ou artigo.* Consiste no fato de “produzir, importar, exportar, armazenar, vender ou expor à venda mercadoria com falsa indicação de procedência” (art. 178, IV). Conforme o art. 100 do Cód. de Propriedade Industrial, entende-se por *indicação de procedência* (ou *procedência*) “a designação de nome de cidade, de, localidade, região ou país que sejam notoriamente conhecidos como o lugar de extração, produção ou fabricação das mercadorias ou produto”.³

A falsa indicação de procedência, sobre ser um engano dirigido aos consumidores, é uma concorrência desleal aos produtores ou fabricantes realmente estabelecidos no lugar mentirosamente designado. Não cuida expressamente a lei da falsa indicação de *estabelecimento* de origem, mas se este é notoriamente conhecido como tendo sede no lugar de produção natural ou artificial da mercadoria, o fato constituirá o crime em questão (salvo se é registrado o *título* desse estabelecimento, caso em que o crime será o do art. 176).

O crime se consuma com a realização de qualquer das ações mencionadas no preceito legal. Trata-se de crime formal: independe da superveniência de dano efetivo. Seu elemento subjetivo é o dolo genérico.

141. *Emprêgo de “termos retificativos”, com omissão de indicação de procedência do artigo ou produto.* É a modalidade de que cogita o inc. V do art. 178: “usar, em artigo ou produto, em recipiente ou invólucro, em cinta, rótulo, fatura, circular, cartaz ou em outro meio de divulgação ou propaganda, termos retificativos, tais como “tipo”, “espécie”, “gênero”, “sistema”, “semelhante”, “sucedâneo”, “idêntico”, ou “equivalente, não ressaltando a verdadeira procedência do

³ Sobre o que não constitui falsa indicação de procedência, veja-se o art. 102 do Cód. de Propriedade Industrial.

“artigo ou produto”. Já vimos (n.º 128) que não vale para legitimar a reprodução de marca registrada o fazer precedê-la de *têrmos retificativos*; mas, aqui, não se trata disso, senão do uso de tais têrmos, independentemente de violação de marca, sem expressa menção da verdadeira procedência do artigo ou produto. O que condiciona o crime é a falta de ressalva do *lugar de procedência* (veja-se o número anterior). O crime se consuma com o simples ato de *uso*, não havendo indagar de suas ulteriores conseqüências (crime formal), e só é punível a título de dolo (genérico).

142. *Substituição do nome do produtor.* É a forma de concorrência desleal representada pelo fato de quem “substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em mercadoria “de outro produtor, o nome ou razão social dêste, sem o seu “consentimento” (art. 178, VI). É o inverso do crime previsto no art. 176, II: o agente suprime, de qualquer modo, a firma do verdadeiro produtor e apõe, em lugar dela, a sua própria. O *summatum opus* apresenta-se com o ato da *substituição*, pouco importando a não-superveniência de dano efetivo. Elemento subjetivo é, também aqui, o dolo genérico.

143. *Venda ou exposição à venda de mercadoria, adulterada ou falsificada, ou não, em recipiente ou invólucro de outro produtor.* É o fato incriminado pelo inc. VIII do art. 178: “vender ou expor à venda, em recipiente ou invólucro de outro produtor, mercadoria adulterada ou falsificada, ou dêle se “utilizar para negociar com mercadoria da mesma espécie, “embora não adulterada ou falsificada, se o fato não constitui “crime mais grave”. A diferenciação entre êste crime e o previsto no art. 175, IV, letra b, é que o recipiente ou invólucro não precisa, aqui, de estar assinalado com marca alheia registrada, bastando que seja proveniente do outro produtor e de emprêgo habitual no acondicionamento de seus artigos. O dispositivo legal faz uma ressalva: “se o fato não constituir crime mais grave”. Assim, se há violação de marca registrada, o crime será o do art. 175, IV, letra b. Se há venda efetiva da mercadoria adulterada ou falsificada, poderá apresentar-se o

crime de *fraude no comércio* (art. 175 do Cód. Penal), em concurso com o de concorrência desleal. Se a mercadoria é substância alimentícia e se apresenta adulterada ou falsificada de modo a ser nociva à saúde dos consumidores, haverá concurso entre o crime de que se trata e *crime contra a saúde pública*. Pode também ocorrer concurso com crime contra a economia popular (lei n.º 1.521, de 1951, art. 2.º, III e V).

Trata-se de crime formal e somente punível a título de dolo (genérico).

144. *Inculcação de recompensas ou distinções não obtidas*. Não é proibido o exagero nos louvores que o industrial ou comerciante faz dos seus produtos ou mercadorias. Por mais hiperbólicos que sejam os seus *reclames*, o fato não assume cunho de ilicitude, pois toda gente conhece tal feito de propaganda e sabe o quanto há nele de fictício. Entretanto, se a propaganda vai ao extremo de atribuir-se o industrial ou comerciante a conquista de prêmios que não obteve, já então se tem de reconhecer um ato de concorrência desleal, isto é, de anormal captação de clientela, em prejuízo, notadamente, de concorrentes que hajam, efetivamente, grangeado tais prêmios. Justifica-se, portanto, que seja incriminado o fato de quem "se atribui, como meio de propaganda de indústria, comércio ou ofício (artesanato), recompensa ou distinção que não obteve" (art. 178, VII). Não importa que as inculcadas recompensas ou distinções sejam, ou não, das *registráveis* (art. 159 do Cód. de Propriedade Industrial) ou de caráter *oficial*, podendo ser outras, como, por exemplo, diplomas ou atestados de louvor expedidos por sociedades científicas ou "exposições" de cunho privado. O crime se consuma com a propaganda mentirosa, seja por que meio fôr, independentemente do seu ulterior efeito. O dolo é o genérico: vontade da propaganda que se sabe inverídica quanto à menção de recompensa ou distinção.

145. *Suborno com o fim de vantagem indevida*. A lei incrimina o suborno *ativo* e o *passivo*: não só o fato de quem

“dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que, faltando ao dever do emprêgo, lhe proporcione vantagem indevida”, como o fato de quem “recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao seu dever de empregado, proporcionar a concorrente do empregador vantagem indevida” (art. 178, ns. IX e X). O fim de vantagem indevida especifica o dolo do crime. Se há proposta de suborno, mas recusa do empregado, só haverá *tentativa de suborno ativo*. O crime se consuma com o *ajuste* entre subornante e subornado, recebendo éste a recompensa ou promessa de recompensa, ainda que, ulteriormente, não proporcione a vantagem indevida. Esta é toda aquela a que não tem direito o subornante, ex.: o modo pelo qual o concorrente obtém, em condições excepcionalmente favoráveis, a matéria-prima de seus produtos; a comunicação de listas e endereços de sua clientela; a revelação de segredos de fábrica ou de comércio não-patenteados (e ainda que não-patenteáveis, por falta de requisitos legais).

146. *Violação de segredo de fábrica ou de comércio, com abuso de confiança*. Trata-se, aqui, de violação de segredos sem precedência de suborno e praticada por quem esteja ou já esteve a serviço do concorrente, consistindo na divulgação ou exploração dos segredos (art. 178, ns. XI e XII), cujo conhecimento foi obtido ou ensejado em razão do serviço. Tratando-se de *segredos de fábrica*, deve entender-se que não se trata de invenções ou inovações patenteadas (pois, em tal caso, o crime será outro). Não importa, sequer, que se trate de processo não-patenteável, como seja, *v. g.*, o consistente em simples *tours de main*.

Os *segredos de negócio* são, entre outros, os meios que o comerciante emprega, na *retrocena*, para obter mercadorias em condições favoráveis e os dados sobre nomes e endereços de seus clientes.

O crime se consuma com a divulgação ou exploração (ou utilização) do segredo, sendo irrelevante indagar se o agente

alcançou lucro ou se houve prejuízo para o concorrente. O elemento subjetivo, ainda aqui, é o dolo genérico.

147. *Ação penal.* Nos crimes de concorrência desleal, somente se procede mediante *queixa*, salvo quanto às modalidades dos incs. XI e XII do art. 178, em que cabe ação pública, mas condicionada à representação do sujeito passivo (art. 181, 2.^a alínea).

CAPÍTULO VI

DOS CRIMES PRATICADOS POR MEIO DE MARCAS DE INDÚSTRIA E DE COMÉRCIO, NOME COMERCIAL, TÍTULO DE ESTABELECIMENTO, INSÍGNIA, EXPRESSÃO OU SINAIS DE PROPAGANDA

Art. 179. Reproduzir, sem a necessária autorização, ou imitar, de modo que possa criar confusão, em marcas de indústria e de comércio, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda, armas, brasões ou distintivos públicos, nacionais ou estrangeiros:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00.

Parág. único. Incorre na mesma pena quem usa marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda nos termos deste artigo, ou vende ou expõe à venda produto ou artigo com eles assinalados.

Art. 180. Usar marcas, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda, que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto ou artigo com eles assinalados:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de Cr\$ 500,00 a Cr\$ 5.000,00.

COMENTARIO

148. *Uso não-autorizado de armas, braços ou distintivos públicos.* Reproduzindo ou imitando, arbitrariamente, no corpo de sinais distintivos de estabelecimento ou produtos e mercadorias as “armas, braços ou distintivos públicos”, está-se a imprimir àqueles um prestígio oficial, que não têm, e o fato representa um como abuso contra a fé pública (sobre constituir uma irreverência a tais símbolos). A lei incrimina não só a reprodução ou imitação (capaz de criar confusão) dos ditos símbolos nos sinais distintivos (marcas, etc.), como o uso destes com aposição dos símbolos, e a venda ou exposição à venda de produto ou artigo com eles assinalados. Deve entender-se que os sinais distintivos não estão registrados (pois a lei nega registro aos sinais distintivos contendo símbolos públicos) ou, se registrados, o foram sem aposição de tais símbolos. É indiferente que estes sejam nacionais ou estrangeiros.

Trata-se, em qualquer de suas modalidades, de crime formal, e somente a título de dolo (genérico) é punível.

149. *Uso de sinais distintivos que indiquem procedência não-verdadeira.* É a entidade criminal prevista no art. 180, diferenciando-se do crime de concorrência desleal definido no art. 178, IV, em que a indicação de falsa procedência é aposta em *sinais distintivos*, de modo que se agrava a possibilidade de engano do público, cujo interesse, aqui, é o objeto da tutela penal. O crime é formal e somente punível a título de dolo (genérico).

150. *Ação penal.* Em qualquer dos crimes acima referidos, por isso mesmo que se trata de abusos afins aos que se praticam contra a fé pública (crimes de falsidade), a ação penal é de iniciativa do Ministério Público (art. 181 do Código de Propriedade Industrial).

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Apêndice

DIREITOS AUTORAIS

CONVENÇÃO DE BERNA

(Celebrada a 9-9-1886 e revista em Berlim, a 13-11-1908, e em Roma, a 2-6-1928; ratificada e promulgada, no Brasil, pelos decs. ns. 23.170, de 24-10-1923, e 22.120, de 22-11-1932).

“Art. 1.º Os países aos quais a presente Convenção se refere constituem-se em União, para proteger os direitos dos autores sobre suas obras literárias e artísticas.

Art. 2.º (1) Os termos “obras literárias e artísticas” compreendem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja a sua maneira ou forma de expressão, tais como: livros, brochuras e outros escritos; conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; obras dramáticas ou dramático-musicais; obras coreográficas ou pantomimas, cuja representação é anunciada por escrito ou de outro modo; as composições musicais, com ou sem letra; os trabalhos de desenho, pintura, arquitetura, escultura, gravura e litografia; as ilustrações e cartas geográficas; as plantas, esboços e trabalhos plásticos relativos à geografia, topografia, arquitetura e ciências.

(2) São protegidos como trabalhos originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos musicais e outras reproduções transformadas de uma obra literária ou artística, assim como as coletâneas de diferentes obras.

(3) Os países da União comprometem-se a assegurar a proteção das obras retromencionadas.

(4) Os trabalhos de arte aplicada à indústria são protegidos até onde permitir a legislação interna de cada país.

Art. 2.º-bis (1) Fica reservada a cada país da União a faculdade de excluir, total ou parcialmente, da proteção prevista no artigo precedente, os discursos políticos e os pronunciados nos debates judiciais.

(2) A cada país da União fica também reservada a faculdade de estatuir sobre as condições em que as conferências, alocações, sermões e outros trabalhos da mesma natureza poderão ser repro-

duzidos pela imprensa. Todavia, somente o autor terá o direito de reunir os ditos trabalhos em coletânea.

Art. 3.º A presente Convenção se aplica aos trabalhos fotográficos e aos obtidos por processo análogo à fotografia. Os países da União comprometem-se a assegurar-lhes a proteção.

Art. 4.º (1) Os autores jurisdicionados por um dos países da União gozam nos países que não o de origem da obra, para suas obras, inéditas ou publicadas pela primeira vez, em um país da União, dos direitos que as leis respectivas conferiram ou venham a conferir aos nacionais, assim como dos direitos especialmente conferidos pela presente Convenção.

(2) O gozo e exercício desses direitos não ficam sujeitos a formalidade alguma; tais gozo e exercício independem da existência da proteção no país de onde a obra é originária.

Por conseguinte, fora do estipulado na presente Convenção, a amplitude de proteção, assim como os recursos assegurados ao autor para salvaguarda de seus direitos, se regula exclusivamente pela legislação do país onde a proteção é reclamada.

(3) É considerado país de origem da obra: para inéditas, aquele ao qual pertence o autor; para as obras publicadas, o da primeira publicação; e para as obras publicadas simultaneamente em vários países da União, aquele dentre esses cuja legislação fixe o menor prazo para duração da proteção.

Quando as obras forem publicadas simultaneamente em um país alheio à União e em um país da União, exclusivamente este último será considerado país de origem.

(4) Para os efeitos da presente Convenção, entendem-se por "obras publicadas", as editadas. A representação de uma peça dramática ou dramático-musical, a execução de uma peça musical, a exposição de uma obra de arte e a construção de uma obra arquitetônica não constituem publicação.

Art. 5.º Os jurisdicionados de um país da União, que publiquem pela primeira vez suas obras em outro país da União têm, neste último, os mesmos direitos que os autores nacionais.

Art. 6.º (1) Os autores não jurisdicionados por um país da União, que publiquem suas obras, pela primeira vez, em um desses países, gozam, nesse país, dos mesmos direitos que os autores nacionais, e, nos outros países da União, dos direitos conferidos pela presente Convenção.

(2) Entretanto, quando um país alheio à União não proteja de maneira suficiente as obras dos autores jurisdicionados por um país da União, este país poderá restringir a proteção das obras cujos autores, ao tempo da primeira publicação dessas obras, estiverem sob a jurisdição do outro país, e não estiverem efetivamente domiciliados em um país da União.

(3) Nenhuma restrição estabelecida em virtude da alínea precedente, poderá prejudicar os direitos que um autor tiver adquirido sobre uma obra publicada em um país da União antes da restrição entrar em vigor.

(4) Os países da União que, em virtude do presente artigo, restringirem a proteção dos direitos autorais, notificá-lo-ão ao Governo da Confederação Helvética por meio de uma declaração escrita em que serão indicados os países relativamente aos quais a proteção fica restringida, assim como as restrições às quais ficam sujeitos os direitos dos autores jurisdicionados por estes últimos países. Ato contínuo, o Governo da Confederação Helvética participará o fato a todos os países da União.

Art. 6.º-bis (1) Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo depois da cessão deles, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra, assim como o de se opor a toda mutilação, deformação ou qualquer modificação da dita obra que possa ofender-lhe a honorabilidade ou prejudicar a reputação.

(2) A legislação nacional de cada país da União estabelecerá as condições para o exercício desses direitos.

Os trâmites legais para salvaguardá-los se regularão pela legislação do país onde a proteção for reclamada.

Art. 7.º (1) A proteção concedida pela presente Convenção vigorará durante a vida do autor e cinquenta anos após sua morte.

(2) Todavia, caso este prazo não seja uniformemente adotado por todos os países da União, será ele regulado pela lei do país onde a proteção for reclamada e não poderá exceder a duração fixada no país de origem da obra. Em consequência, os países da União não ficam obrigados a aplicar o disposto na alínea precedente senão enquanto for conciliável com o Direito interno de cada país.

(3) Para as obras fotográficas e as obtidas por processo análogo à fotografia, para as obras póstumas, para as anônimas ou pseudônimas, o prazo da proteção é regulado pela lei do país onde a proteção é reclamada, sem que esse prazo possa exceder o fixado no país de origem da obra.

Art. 7.º-bis (1) O direito de autor sendo comum aos colaboradores de uma obra, o prazo de sua proteção é calculado em relação à data da morte do último sobrevivente dos colaboradores.

(2) Os jurisdicionados dos países que concedam um prazo de proteção inferior ao previsto na alínea 1.ª, não podem reclamar nos outros países da União uma proteção por prazo mais dilatado.

(3) Em caso algum o prazo da proteção expirará antes da morte do último colaborador sobrevivente.

Art. 8.º Os autores de obras inéditas, jurisdicionados por um dos países da União, e os autores de obras publicadas pela primeira vez em qualquer deles, gozam nos demais países da União, enquanto

durar o direito sobre a obra original, do direito exclusivo de fazer ou autorizar a tradução de suas obras.

Art. 9.º (1) Os romances em folhetim, novelas e qualquer outra obra literária, científica ou artística, sobre qualquer assunto, publicadas nos jornais ou em coletâneas periódicas de um país da União não podem ser reproduzidas nos outros países sem o consentimento dos autores.

(2) Os artigos sobre atualidades contendo discussão econômica, política ou religiosa podem ser reproduzidos na imprensa se a reprodução não for expressamente proibida.

Todavia, a origem deve ser sempre claramente mencionada; a sanção correspondente a esta obrigação será a prescrita pela legislação do país onde a proteção for reclamada.

(3) A proteção da presente Convenção não se aplica às notícias do dia ou aos comentários diversos que tenham o caráter de simples informações de imprensa.

Art. 10. A faculdade de reproduzir, lícitamente, excertos de obras literárias ou artísticas em publicações destinadas ao ensino, ou de caráter científico, ou em crestomatias, se regulará pela legislação dos países da União e pelos entendimentos particulares já existentes ou que venham a existir entre eles.

Art. 11. (1) As disposições da presente Convenção aplicam-se à representação pública de obras dramáticas ou dramático-musicais e à execução de peças musicais, estejam elas inéditas ou não.

(2) Os autores de obras dramáticas ou dramático-musicais têm o direito de impedir, enquanto mantiverem o direito sobre a composição original, a representação pública não autorizada das traduções de suas obras.

(3) O gozo da proteção do presente artigo independe de proibição expressa de representação ou execução pública feita pelos autores, ao publicarem suas obras.

Art. 11-bis. Exclusivamente os autores de obras literárias e artísticas têm o direito de autorizar a divulgação delas por meio de radiodifusão.

(2) Compete a cada país da União legislar no sentido de regular as condições de exercício do direito de que trata a alínea precedente, condições cujo efeito fica estreitamente limitado ao país que as estabelecer. Não poderão elas, em caso algum, atingir nem o direito moral do autor nem o que lhe assiste de obter remuneração equitativa fixada pela autoridade competente, na falta de acórdão amigável.

Art. 12. São especialmente incluídas entre as reproduções ilícitas, às quais se aplica a presente Convenção, as apropriações indiretas não autorizadas de um trabalho literário ou artístico, tais como adaptações, arranjos musicais, transformações, etc., quando

elas forem a reprodução daquele, com a mesma forma ou sob forma com mudanças, acréscimos ou supressões, não essenciais, e sem apresentar o caráter de uma nova obra original.

Art. 13. (1) Os autores de composições musicais têm o direito exclusivo de autorizar:

- (1) a adaptação delas a instrumentos destinados a sua reprodução mecânica;
- (2) sua execução pública por meio desses instrumentos.

(2) Cada país, naquilo que lhe disser respeito, poderá legislar, no sentido de restringir as condições relativas à aplicação deste artigo; mas essa providência produzirá efeito estritamente limitado ao país que venha a adotá-la.

(3) A disposição da alínea 1 não tem efeito retroativo e, portanto, não é aplicável, em um país da União, às composições que, nesse país, tenham sido licitamente adaptadas a instrumentos mecânicos, antes de entrar em vigor a Convenção assinada em Berlim aos 13 de novembro de 1908 e, se se tratar de um país que tenha aderido à União depois daquela data ou que o fizer de futuro, antes da data da adesão.

(4) As adaptações feitas em virtude das alíneas 2 e 3 do presente artigo e importadas, sem autorização, das partes interessadas, para um país onde não sejam lícitas, poderão ser aí apreendidas.

Art. 14. (1) Os autores de obras literárias, científicas ou artísticas têm o direito exclusivo de autorizar-lhes a reprodução, adaptação e exibição pública por meio da cinematografia.

(2) As produções cinematográficas são protegidas como obras literárias ou artísticas quando o autor lhes der caráter original. Se faltar esse caráter, a produção cinematográfica terá a mesma proteção que as fotografias.

(3) Sem prejuízo dos direitos do autor da obra reproduzida ou adaptada, a obra cinematográfica é protegida como obra original.

(4) As disposições que precedem se aplicam à reprodução ou produção obtida por outro qualquer processo análogo à cinematografia.

Art. 15. (1) Para que os autores das obras protegidas pela presente Convenção sejam, até prova em contrário, considerados como tais e possam, em consequência, comparecer perante os Tribunais dos diversos países da União, para reclamar a punição dos contraventores, basta que seu nome esteja indicado na obra, da maneira usual.

(2) Ao editor das obras anônimas ou pseudônimas, nas quais seu nome figurar, caberá a salvaguarda dos direitos do autor. E, sem outras provas, será considerado cessionário do autor anônimo ou pseudônimo.

Art. 16. (1) A contrafação de qualquer obra pode ser apreendida pelas autoridades competentes dos países da União nos quais a obra original tem direito à proteção legal.

(2) Nestes países a apreensão pode também se aplicar às reproduções provenientes de um país onde a obra não é protegida ou deixou de o ser.

(3) Realiza-se a apreensão nos termos da legislação interna de cada país.

Art. 17. As disposições da presente Convenção em nada podem prejudicar o direito que assiste ao Governo de cada país da União, de permitir, fiscalizar, proibir, em virtude de providências legislativas ou policiais, a circulação, representação e exposição de qualquer obra ou produção em relação à qual a autoridade competente tiver de exercer esse direito.

Art. 18. (1) A presente Convenção se aplica a todas as obras que, ao entrar ela em vigor, não tiverem caído no domínio público do seu país de origem, em virtude de expiração do prazo de proteção.

(2) Se uma obra, entretanto, pela expiração do prazo de proteção, ao qual tinha direito anteriormente adquirido, cair em domínio público do país onde a proteção é reclamada não terá direito a nova proteção.

(3) A aplicação deste princípio se fará segundo as disposições contidas nas Convenções especiais existentes ou que, para esse efeito, vierem a existir entre países da União. Na falta de semelhantes disposições, os países regularão, cada qual no que lhe disser respeito, as modalidades relativas a esta aplicação.

(4) As disposições que precedem se aplicam igualmente em caso de novas adesões à União e no caso em que a proteção seja dilatada por aplicação do art. 7.º ou por desistência de restrições.

Art. 19. As disposições da presente Convenção não impedem a reivindicação da aplicação de disposições mais amplas que sejam adotadas pela legislação de um país da União em favor dos estrangeiros em geral.

Art. 20. Os Governos dos países da União reservam-se o direito de realizar entre si combinações particulares, contanto que tais combinações confirmem aos autores direitos mais amplos que os conferidos pela União ou encerrem disposições que não contrariem a presente Convenção.

As disposições dos entendimentos existentes, que satisfaçam as condições precitadas, continuam aplicáveis.

Art. 21. (1) É mantida a repartição internacional instituída com o nome de "Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques".

(2) Esse "Bureau" é confiado à alta autoridade do Governo da Confederação Suíça que lhe provê a organização e dirige o funcionamento.

(3) A língua oficial do "Bureau" é o francês.

Art. 22. (1) Essa repartição internacional centraliza as informações de qualquer natureza relativa à proteção dos direitos dos autores sobre suas obras literárias e artísticas. Ela as coordena e publica. Estuda as questões de utilidade comum interessando à União e redige, com o auxílio dos documentos que lhe forem postos à disposição pelas diversas administrações, uma publicação periódica, em francês, sobre os assuntos referentes aos fins da União. Os Governos dos países da União reservam-se o direito de autorizar, de comum acôrdo, a publicação, pelo "Bureau", de uma edição em um ou vários outros idiomas, no caso de a experiência demonstrar-lhe a necessidade.

(2) A repartição internacional fica, em qualquer tempo, à disposição dos membros da União para lhe fornecer as informações especiais de que tiverem necessidade, sobre assuntos relativos à produção das obras literárias e artísticas.

(3) O diretor da repartição internacional apresentará um relatório anual de sua gestão, o qual será comunicado a todos os membros da União.

Art. 23. (1) As despesas da repartição internacional serão custeadas em comum pelos países da União. Até nova decisão, elas não poderão ultrapassar a quantia de cento e vinte mil francos suíços por ano. Esta soma poderá ser aumentada, segundo as necessidades, por deliberação unânime de uma das conferências previstas no artigo 24.

(2) Para determinar a cota de cada país para as despesas totais, os países da União, e os que a ela aderirem posteriormente, ficam divididos em seis classes, contribuindo cada uma proporcionalmente a um certo número de unidades, a saber:

1. ^a classe	25
2. ^a classe	20
3. ^a classe	15
4. ^a classe	10
5. ^a classe	5
6. ^a classe	3

(3) Estes coeficientes são multiplicados pelo número de países de cada classe e a soma dos produtos, assim obtidos, fornece o número de unidades pelo qual a despesa total deve ser dividida. O quociente dá o montante da unidade de despesa.

(4) Cada país declarará, no momento da adesão, em qual das classes deseja ser inscrito, mas poderá, em qualquer tempo, requerer mudança de classe.

(5) A Administração suíça preparará o orçamento da repartição e regulará as despesas, fará os adiantamentos necessários e prestará contas anualmente a tôdas as outras Administrações.

Art. 24. (1) A presente Convenção poderá sofrer revisões com o fim de introduzir-lhe modificações tendentes a aperfeiçoar o sistema da União.

(2) As questões desta natureza, bem assim aquelas que de outros pontos de vista interessem o desenvolvimento da União, serão tratadas nas Conferências dos Delegados dos países da União que se reunirem sucessivamente nos referidos países.

A Administração do país em que deve se realizar uma Conferência preparará, de colaboração com a repartição internacional, os trabalhos dela. O diretor da repartição assistirá às sessões das Conferências e tomará parte nas discussões sem direito de votar.

(3) Modificação alguma da presente Convenção será válida para a União sem o assentimento unânime dos países que a compõem.

Art. 25. (1) Os países alheios à União e que assegurem proteção legal aos direitos que constituem o objeto da presente Convenção, podem a ela aderir a pedido.

(2) Esta adesão será notificada por escrito ao Governo da Confederação Suíça e por esta a todos os outros.

(3) Ela implicará, de pleno direito, adesão a tôdas as cláusulas e participação de tôdas as vantagens estipuladas na presente Convenção, e produzirá efeito um mês após a remessa da notificação feita pelo Governo da Confederação Suíça aos outros países unionistas, a menos que uma data posterior seja fixada pelo país aderente. Todavia, ela poderá conter a indicação de que o país aderente resolve substituir, provisoriamente pelo menos, o art. 8.º, no que diz respeito às traduções, pelas disposições do art. 5.º da Convenção da União de 1886, revista em Paris em 1896, ficando entendido que essas disposições só visam à tradução para o idioma ou idiomas do país.

Art. 26. (1) Cada país da União pode, a qualquer tempo, notificar por escrito ao Governo da Confederação Helvética que a presente Convenção é aplicável a tôdas ou algumas de suas colônias, protetorados, territórios sob mandato ou quaisquer outros territórios submetidos à sua soberania, autoridade ou suzerania, e a Convenção se aplicará, então, a todos os territórios indicados na notificação. Na falta dessa notificação, a Convenção não se aplicará a êsses territórios.

(2) Cada país da União pode, em qualquer tempo, notificar por escrito ao Governo da Confederação Suíça que a presente Convenção deixa de ser aplicável a todos ou alguns dos territórios que foram objeto da notificação prevista na alínea precedente, e a Con-

venção deixará de se aplicar aos territórios indicados nessa notificação, doze meses depois de recebida a notificação endereçada ao Governo da Confederação Suíça.

(3) Todas as notificações ao Governo da Confederação Suíça, conforme as disposições das alíneas 1 e 2 do presente artigo, serão comunicadas por esse Governo a todos os países da União.

Art. 27. (1) A presente Convenção substituirá, nas relações entre os países da União, a Convenção de Berna de 9 de setembro de 1886 e seus sucessivos atos de revisão. Os atos em vigor precedentemente conservarão sua validade nas relações com os países que não ratificaram a presente Convenção.

(2) Os países, em nome dos quais a presente Convenção é assinada, poderão, ainda, conservar a vantagem das restrições que tiverem estabelecido anteriormente, contanto que o declarem expressamente por ocasião do depósito das ratificações.

(3) Os países que atualmente fazem parte da União, em nome dos quais a presente Convenção não fôr assinada, poderá em qualquer tempo a ela aderir. Poderão, neste caso, beneficiar-se das disposições da alínea precedente.

Art. 28. (1) A presente Convenção será ratificada e as ratificações serão depositadas em Roma o mais tardar até 1.º de julho de 1931.

(2) Ela começará a vigorar entre os países da União que a ratificarem um mês após esta data. Entretanto, se antes desta data ela fôr ratificada por seis países da União, pelo menos, começará a vigorar entre esses países um mês depois de lhes ser comunicada o depósito da sexta ratificação, pelo Governo da Confederação Suíça e, entre os países da União que a ratificarem em seguida, um mês depois da notificação de cada uma dessas ratificações.

(3) Os países estrangeiros à União poderão até 1.º de agosto de 1931 aderir à União, seja aderindo à Convenção assinada em Berlim a 13 de novembro de 1908 ou à presente Convenção.

A começar de 1.º de agosto de 1931, eles não poderão aderir senão à presente Convenção.

Art. 29. (1) A presente Convenção vigorará por tempo indeterminado até a expiração de um ano a contar do dia em que fôr denunciada.

(2) Esta denúncia será dirigida ao Governo da Confederação Suíça. Ela produzirá efeito somente em relação ao país que a oferecer, permanentemente operante quanto aos outros países da União.

Art. 30. (1) Os países que introduzirem na sua legislação o prazo de proteção de cinquenta anos previsto no art. 7.º, alínea 1.ª, da presente Convenção, levarão o fato, por meio de notificação escrita, ao conhecimento do Governo da Confederação Suíça que o comunicará imediatamente a todos os outros países da União.

(2) O mesmo acontecerá em relação aos países que renunciarem às restrições feitas ou por eles mantidas em virtude dos artigos 25 e 27

CONVENÇÃO DE BUENOS AIRES

DECRETO N.º 11.588 — DE 19 DE MAIO DE 1915

Promulga as Convenções assinadas pelos Delegados à IV Conferência Internacional Americana, realizada em julho e agosto de 1910 na cidade de Buenos Aires.

O presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

Tendo sancionado pelo dec. n.º 2.881, de 9 de novembro de 1914, a Resolução do Congresso Nacional de 31 de outubro do mesmo ano, que aprovou as Convenções sobre: Propriedade Literária e Artística, Reclamações Pecuniárias, Patentes de Invenção, Desenhos e Modelos Industriais, e Marcas de Fábrica e de Comércio, assinadas as duas primeiras em 11 e as duas últimas em 20 de agosto de 1910, na IV Conferência Internacional Americana realizada em julho e agosto de 1910, na cidade de Buenos Aires, e havendo sido depositado, aos 5 dias de maio de 1915, no Ministério das Relações Exteriores da República Argentina, o instrumento de ratificação das referidas Convenções, datado de 9 de fevereiro do mesmo ano:

Decreta que as mesmas convenções sejam executadas e cumpridas tão inteiramente como nelas se contém.

Rio de Janeiro, 19 de maio de 1915; 94.º da Independência e 27.º da República.

VENCESLAU BRAS P. GOMES.

Frederico Afonso de Carvalho.

CONVENÇÃO

Art. 1.º Os Estados signatários reconhecem e protegem os direitos de propriedade literária e artística, conforme o estipulado na presente Convenção.

Art. 2.º Na expressão "Obras literárias e artísticas" se compreendem os livros, escritos, folhetos de toda a classe, qualquer que seja a matéria de que tratem e qualquer que seja o número de suas páginas; as obras dramáticas, dramático-musicais, as coreográficas, as composições musicais com ou sem palavras, os desenhos, as pinturas, as esculturas, as gravuras, as obras fotográficas, as esferas astronômicas ou geográficas, os planos, *croquis* ou trabalhos plásticos, relativos à geografia, geologia, topografia, arquitetura, ou qualquer ciência, e, finalmente, toda a obra que se puder publicar por qualquer meio de impressão ou reprodução.

Art. 3.º O reconhecimento do direito de propriedade, obtido num Estado de acordo com as suas leis, terá, de pleno direito, os mesmos efeitos em todos os outros, sem necessidade de preencher outra formalidade, sempre que aparecer na obra qualquer declaração indicando que fica reservado o direito de propriedade.

Art. 4.º O direito de propriedade de uma obra literária ou artística compreende, para seu autor ou representantes legais, a faculdade exclusiva de dispor dela, de publicá-la, de vendê-la, de traduzi-la, ou de autorizar a sua tradução e reprodução, em qualquer forma, quer total, quer parcialmente.

Art. 5.º Considera-se autor de uma obra protegida, salvo quando se provar o contrário, a pessoa cujo nome ou pseudônimo conhecido estiver nela indicado; por consequência, se admitirá nos Tribunais dos diversos países signatários a ação promovida pelo autor ou seu representante contra os falsificadores ou infratores.

Art. 6.º Os autores ou seus representantes legais, nacionais ou estrangeiros domiciliados, gozarão, nos países signatários dos direitos que as leis desses países concederem, sem que tais direitos possam exceder o termo de proteção concedida no país de origem.

Para as obras compostas de vários tomos, não publicados juntamente, do mesmo modo que para os boletins ou distribuições ou publicações periódicas, o prazo de propriedade principiará a contar-se, respectivamente, com relação a cada tomo, boletim, distribuição ou publicação periódica, desde a data respectiva da publicação.

Art. 7.º Considera-se como país de origem de uma obra, o da sua primeira publicação na América; e se ela tiver sido feita simultaneamente em alguns países signatários, aquele cuja lei fixar o termo mais curto de proteção.

Art. 8.º A obra que não tiver obtido no país de origem a propriedade literária, não será suscetível de adquiri-la nas edições posteriores.

Art. 9.º As traduções lícitas são protegidas como as obras originais.

Os tradutores de obras que não tenham a garantia do direito de propriedade, ou cujo direito esteja extinto, poderão obter, relativamente às traduções, os direitos de propriedade declarados no art. 3.º, mas não poderão impedir a publicação de outras traduções da mesma obra.

Art. 10. Podem publicar-se na imprensa periódica, sem necessidade de autorização alguma, os discursos pronunciados ou lidos em assembléias deliberantes, perante os Tribunais de Justiça ou nas reuniões públicas, sem prejuízo do que disponham, a esse respeito, as leis internas de cada país.

Art. 11. As obras literárias, científicas ou artísticas, qualquer que seja a sua matéria, publicadas em jornais ou revistas, em qualquer dos países da União, não poderão ser reproduzidas em outros países sem o consentimento dos autores. Excetuando as obras mencionadas, qualquer artigo de periódico pode ser transcrito por outros, se isso não tiver sido expressamente proibido, devendo em todo o caso ser citado o periódico do qual se fez a extração.

As notícias e miscelâneas, que tenham o caráter de mera imprensa informativa, não gozam da proteção desta Convenção.

Art. 12. A reprodução de fragmentos de obras literárias ou artísticas destinadas ao ensino ou a crestomatias não dá direito de propriedade, e pode, por conseguinte, ser feita livremente em todos os países signatários.

Art. 13. Consideram-se reproduções ilícitas, para os efeitos da responsabilidade civil, as usurpações indiretas, não autorizadas, de uma obra literária ou artística, e que não assumam o caráter de obra original.

Será também considerada ilícita a transcrição, em qualquer forma, de uma obra, íntegra, ou da maior parte dela, acompanhada de notas ou comentários, a pretexto de crítica literária, de ampliação ou complemento da obra original.

Art. 14. Qualquer obra falsificada poderá ser seqüestrada nos países signatários, onde a obra original tiver o direito de ser protegida legalmente, sem prejuízo das indenizações ou penas em que incorram os falsificadores, conforme as leis do país em que a fraude tiver sido cometida.

Art. 15. Cada um dos Governos dos países signatários conservará a liberdade de permitir, fiscalizar ou proibir que circulem, se representem ou exponham obras ou produções sobre as quais a autoridade competente tiver de exercer esse direito.

Art. 16. A presente Convenção principiará a vigorar, entre os países signatários que a ratifiquem, três meses depois de ser comunicada a ratificação ao Governo Argentino e permanecerá em vi-

gência em todos êles até um ano depois da data da denúncia. Esta denúncia será feita ao Governo Argentino e não terá efeito senão com relação ao país denunciante.

Em fé do que, etc.

Feito e assinado em Buenos Aires, 11 de agosto de 1910.

*E. U. da América.
Rep. Argentina.
E. U. da América.
Rep. do Chile.
Rep. da Colômbia.
Rep. da Costa Rica.
Rep. de Cuba.
Rep. Dominicana.
Rep. do Equador.
Rep. da Guatemala.
Rep. do Haiti.
Rep. de Honduras.
E. U. do México.
Rep. de Nicarágua.
Rep. do Panamá.
Rep. do Peru.
Rep. do Paraguai.
Rep. do Salvador.
Rep. do Uruguai.
E. U. da Venezuela.*

CONVENÇÃO DO RIO DE JANEIRO

DECRETO N.º 2.393 — DE 31 DE DEZEMBRO DE 1910

Aprova a Convenção concluída no Rio de Janeiro, a 23 de agosto de 1906, pela 3.ª Conferência Internacional Americana, relativa a Patentes de Invenção, Desenhos e Modelos Industriais, Marcas de Fábrica e Comércio e Propriedade Literária e Artística.

Art. 1.º Fica aprovada a Convenção de 23 de agosto de 1906 pela qual a 3.ª Conferência Americana, reunida no Rio de Janeiro, adotou, em matéria de Patentes de Invenção, Desenhos e Modelos Industriais, Marcas de Fábrica e Comércio e Propriedade Literária e Artística, os tratados assinados na 2.ª Conferência Internacional Americana reunida no México em 27 de janeiro de 1902, com as modificações feitas na mesma Convenção.

Art. 2.º O Poder Executivo fica autorizado a despendar pelo Ministério das Relações Exteriores a quantia necessária à instalação, na cidade do Rio de Janeiro, da Secretaria Internacional para a proteção da Propriedade Intelectual e Industrial, logo que 12 nações americanas, pelo menos, hajam ratificado a predita Convenção de 23 de agosto de 1906.

Art. 3.º Um ano depois da instalação da mencionada Secretaria, o Poder Executivo submeterá ao exame do Congresso Nacional o orçamento das despesas feitas nesta repartição, discriminadas as que tiverem de ser custeadas pelos outros Estados signatários, na forma do art. 8.º da mesma Convenção.

Art. 4.º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1910; 89.º da Independência e 22.º da República.

HERMES R. DA FONSECA.
Rio Branco.

DECRETO N.º 9.190 — DE 6 DE DEZEMBRO DE 1911

Promulga a Convenção concluída no Rio de Janeiro a 23 de agosto de 1906, pela 3.ª Conferência Internacional Americana, relativa a Patentes de Invenção, Desenhos e Modelos Industriais, Marcas de Fábrica e de Comércio e Propriedade Literária e Artística.

O presidente da Repúblicas dos E. U. do Brasil, tendo sancionado pelo dec. n.º 2.393, de 31 de dezembro de 1910, e ratificado a Resolução do Congresso Nacional da mesma data, que aprovou a Convenção concluída no Rio de Janeiro pela 3.ª Conferência Internacional Americana, em 23 de agosto de 1906, relativa a Patentes de Invenção, Desenhos e Modelos Industriais, Marcas de Fábrica e Comércio e Propriedade Literária e Artística:

Decreta que a mesma Convenção seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Rio de Janeiro, 6 de dezembro de 1911; 90.º da Independência e 23.º da República.

HERMES R. DA FONSECA.

Rio Branco.

TEXTO DA CONVENÇÃO

Art. 1.º As Nações signatárias adotam em matéria de Patentes de Invenção, Desenhos e Modelos Industriais, Marcas de Fábrica e Comércio, e Propriedade Literária e Artística, os tratados assinados na 2.ª Conferência Internacional Americana, reunida no México em 27 de janeiro de 1902, com as modificações que na presente Convenção se assinalam.

Art. 2.º Constitui-se uma União das Nações da América, que se tornará efetiva por meio das Secretarias que, sob a denominação de Secretarias da União Internacional Americana para a proteção da propriedade intelectual e industrial, funcionarão, uma na cidade de Havana e outra no Rio de Janeiro, em completa correlação entre si, e terão por fim centralizar o registro de obras literárias e artísticas, patentes, marcas, desenhos e modelos, etc., que se registrarem em cada uma das nações signatárias, de acordo com

os respectivos tratados, e para os efeitos de seu valor e reconhecimento nas outras.

Este registro internacional é puramente facultativo para o interessado, o qual fica com a liberdade de solicitar, por si mesmo ou por seu procurador legal, o registro em cada um dos Estados em que peça proteção.

Art. 3.º A Secretaria estabelecida em Havana atenderá aos registros procedentes dos Estados Unidos da América, México, Venezuela, Cuba, Haiti, São Domingos, São Salvador, Honduras, Nicarágua, Costa Rica, Panamá e Colômbia.

A Secretaria estabelecida na cidade do Rio de Janeiro atenderá aos registros procedentes das Repúblicas dos Estados Unidos do Brasil, do Uruguai, Argentina, Paraguai, Bolívia, Chile, Peru e Equador.

Art. 4.º Para os efeitos da unificação legal do registro, as duas Secretarias Internacionais, que somente se separam devido à maior facilidade das comunicações, consideram-se como uma só, e para este fim dispõe-se:

a) que ambas tenham os mesmos livros e a mesma contabilidade, sob o mesmo sistema;

b) que mensalmente troquem entre si cópias autenticadas pelos Governos, em cujos territórios têm sua sede, de todo registro, comunicação ou outros documentos, que se refiram ao reconhecimento dos direitos dos proprietários ou autores.

Art. 5.º Cada um dos Governos aderentes à União remeterá no fim de cada mês à Secretaria correspondente, segundo o art. 3.º, cópias autenticadas de todo o registro de marcas, patentes, desenhos, modelos, etc., e exemplares das obras literárias e artísticas que nelas se tenham registrado, assim como de toda a caducidade, renúncia, transmissão e outras alterações que se produzirem nos direitos, de acordo com os tratados e leis respectivos, a fim de que sejam comunicados ou distribuídos e notificados, segundo os casos, pela Secretaria Internacional correspondente, às nações que se achem em relação direta com ela.

Art. 6.º O registro ou depósito de desenhos, modelos, etc., feitos no país de origem, de conformidade com a lei nacional deste e transmitidos pela respectiva administração à Secretaria Internacional, serão notificados por esta aos demais países da União, os quais lhes darão inteira fé e crédito, salvo quando se acharem no caso previsto pelo art. IX do tratado sobre patentes, marcas, etc., do México, e no de falta dos requisitos essenciais ao reconhecimento da propriedade nacional, ou se trate de obra literária ou artística, de acordo com o tratado sobre este assunto assinado no México.

A fim de que os Estados que constituem a União possam acelar ou recusar o reconhecimento dos direitos concedidos no país de ori-

gem para os demais efeitos legais do referido reconhecimento, aqueles Estados terão um ano de prazo a contar da data da notificação pela Secretaria correspondente.

No caso de recusa de reconhecimento de uma patente, marca, desenho, modelo, etc., ou de direito sobre uma obra literária ou artística, por alguma das administrações dos Estados que formam a União, ela o fará saber à Secretaria Internacional, com a exposição de motivos do caso, para que esta a transmita, por sua vez, àquela de onde procede e à parte interessada, para os efeitos que deva ter segundo as leis internas.

Art. 7.º Todo o registro ou reconhecimento do direito intelectual ou industrial, feito em um dos países da União e comunicado aos outros na forma prescrita nos artigos anteriores, surtirá os mesmos efeitos como se houvesse sido registrado ou reconhecido em todos eles; e toda a nulidade ou caducidade do direito, produzidas no país de origem, comunicadas na mesma forma aos demais, têm nestes os mesmos efeitos que naquele.

A duração da proteção internacional, derivada do registro, será a das leis do país que tiver outorgado ou reconhecido o direito; e, se elas não contiverem essa disposição, ou não a determinarem em tempo, será: para as patentes, de quinze anos; para as marcas de fábrica ou de comércio, modelos e desenhos, de dez; e para as obras literárias ou artísticas, de vinte e cinco anos depois da morte do autor. Os dois primeiros prazos podem renovar-se ilimitadamente pelos mesmos trâmites do primeiro registro.

Art. 8.º As Secretarias Internacionais para a proteção da Propriedade Intelectual ou Industrial serão regidas por um mesmo Regulamento, organizado de acordo pelos Governos de Cuba e dos Estados Unidos do Brasil e aprovado por todos os outros da União. Seu orçamento de despesas, sancionado por estes mesmos Governos, será custeado por todos os signatários na mesma proporção estabelecida para a Secretaria Internacional das Repúblicas Americanas, em Washington, e ficará sob a fiscalização dos Governos em cujo território tenham sua sede.

A taxa dos direitos que o país de origem exige para os registros ou depósitos ou demais atos que se derivam do reconhecimento ou garantia da propriedade intelectual ou industrial, ajuntar-se-á um emolumento de cinco pesos, ouro americano, ou seu equivalente na moeda do país onde se verificar o pagamento, cujo produto se distribuirá em partes iguais entre os Governos em cujo território funcionarem as Secretarias Internacionais, e para o único objeto de contribuir para manutenção destas.

Art. 9.º Além das funções prescritas nos artigos precedentes, as Secretarias Internacionais terão as que se seguem: ,

1.º Reunir as informações de toda natureza que se refiram à proteção da propriedade intelectual ou industrial, publicá-las e vulgarizá-las entre os países da América, com a periodicidade conveniente;

2.º Favorecer o estudo das questões relativas às referidas matérias, para cujo efeito poderão publicar uma ou mais revistas oficiais, com a inserção de todos os documentos que lhes remetam as administrações dos países signatários;

3.º Comunicar aos Governos da União as dificuldades que se oponham à mais fácil e eficaz aplicação do presente Convênio, indicando os meios de remediá-las ou destruí-las;

4.º Promover que os Governos da União preparem conferências internacionais para o estudo e processo das legislações sobre propriedade intelectual ou industrial e que façam as reformas que seja necessário introduzir no regime da União ou nos tratados vigentes sobre a mesma matéria; e, no caso em que tais conferências se realizem, os diretores das Secretarias que tenham sido nomeados para representar algum País, terão o direito de assistir às suas sessões, de emitir as suas opiniões, porém não de votar;

5.º Apresentar ao Governo do país onde funcionarem uma memória anual de seus trabalhos, que será comunicada a todos os Estados da União;

6.º Permutar publicações, informações e dados, concernentes ao progresso da instituição, com as Secretarias e Institutos similares e com corporações científicas, literárias, artísticas e industriais da América;

7.º Cooperar como agentes de cada um dos Governos da União para o desempenho de qualquer incumbência, iniciativa ou encargos concernentes aos fins da presente Convenção, perante as administrações dos demais.

Art. 10. As disposições contidas nos tratados do México de 27 de janeiro de 1902, sobre patentes de invenção, desenhos e modelos industriais, marcas de fábrica e comércio, e sobre a propriedade literária e artística, quanto às formalidades do registro ou reconhecimento do direito nos outros países que não sejam os de origem, consideram-se substituídas pelas prescrições da presente Convenção, desde que fique estabelecida uma das Secretarias Internacionais, e só com relação aos Estados que concorram à sua constituição; em todos os outros, os referidos tratados ficarão na vigência, e a presente Convenção será considerada como adicional aos mesmos.

Art. 11. Os Governos das Repúblicas de Cuba e dos E. U. do Brasil procederão à organização das Secretarias Internacionais, desde que tenham ratificado a presente Convenção pelo menos as duas terças partes das nações que correspondem a cada grupo das indicadas no art. 3.º. Não será necessário o estabelecimento simultâneo

das duas Secretarias, pois havendo o número antes estabelecido de Governos aderentes, poderá instalar-se somente uma, ficando a cargo do Governo, a cuja sede corresponda a Secretaria, tomar as medidas que conduzam a este resultado, fazendo uso das que contém o art. 8.º.

Caso se tenha estabelecido uma só das duas Secretarias a que se refere a presente Convenção, poderão a ela concorrer, para todos os efeitos na mesma previstos, os países que pertencerem a grupo diverso daquele ao qual a Secretaria estabelecida corresponda, até que a segunda se constitua. Quando esta se organizar, a primeira remeter-lhe-á todas as informações a que se refere o § 2.º do art. 12.

Art. 12. No que diz respeito à adesão da América à presente Convenção, ela será comunicada ao Governo dos E. U. do Brasil, que a tornará conhecida dos demais, fazendo esta comunicação as vezes de permuta.

O Governo do Brasil notificará, além disso, esta adesão às Secretarias Internacionais e estas remeterão ao novo Governo aderente uma relação completa de todas as marcas, patentes, modelos, desenhos e obras literárias e artísticas registrados, que nessa data se acharem sob a proteção internacional.

Em fé do que, os Plenipotenciários e Delegados assinam a presente Convenção, que leva aposto o selo da 3.ª Conferência Internacional Americana.

Feito na cidade do Rio de Janeiro, aos 23 de agosto de 1906, em português, espanhol e inglês e depositado na Secretaria das Relações Exteriores do Governo dos E. U. do Brasil, a fim de que daqui se extralham cópias certificadas que serão enviadas a cada um dos países signatários:

Equador.
Paraguai.
Bolívia.
Colômbia.
Honduras.
Panamá.
Cuba.
São Domingos.
Peru.
E. U. do Brasil.
Salvador.
Costa Rica.
E. U. do México.
Guatemala.
Uruguai.
Argentina.
Nicarágua.
E. U. da América.
Chile.

CONVENÇÃO LITERÁRIA ENTRE O BRASIL E A FRANÇA

DECRETO N.º 12.662 — DE 29 DE SETEMBRO DE 1917

Promulga a Convenção Literária, Científica e Artística, entre o Brasil e a França, assinada no Rio de Janeiro a 15 de dezembro de 1913.

O vice-presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, em exercício:

Tendo sido sancionada, pelo dec. n.º 2.966, de 5 de fevereiro de 1915, a Resolução do Congresso Nacional que aprovou a Convenção Literária, Científica e Artística, entre o Brasil e a França, assinada no Rio de Janeiro a 15 de dezembro de 1913; e havendo-se efetuado a troca das respectivas ratificações, nesta mesma capital, em 11 do corrente mês:

Decreta que a referida Convenção, apensa, por cópias, ao presente decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém, a partir de 10 de outubro próximo vindouro, nos termos da alínea 1.ª do artigo XIV da mesma Convenção.

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 1917; 96.º da Independência e 29.º da República.

NILO PEÇANHA.

Urbano Santos da Costa Araújo.

DECRETO N.º 2.966 — DE 5 DE FEVEREIRO DE 1945

Aprova a Convenção Literária, Científica e Artística, entre o Brasil e a França, assinada no Rio de Janeiro a 15 de dezembro de 1913.

O presidente da República dos E. U. do Brasil:

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte:

Artigo único. E' aprovada a Convenção Literária, Científica e Artística, entre o Brasil e a França, assinada no Rio de Janeiro a 15 de dezembro de 1913.

Rio de Janeiro, 5 de fevereiro de 1915; 94.º da Independência e 27.º da República.

VENCESLAU BRAS P. GOMES.

Lauro Müller.

Venceslau Bras Pereira Gomes, presidente da República dos Estados Unidos do Brasil,

Faço saber aos que a presente Carta de ratificação virem que, entre os Estados Unidos do Brasil e a República Francesa, pelos respectivos plenipotenciários, foi concluída e assinada no Rio de Janeiro, aos quinze dias do mês de dezembro de mil novecentos e treze, a Convenção Literária, Científica e Artística, do teor seguinte:

**TEXTO DA CONVENÇÃO LITERÁRIA, CIENTÍFICA E ARTÍSTICA,
ENTRE O BRASIL E A FRANÇA**

O presidente da República dos Estados Unidos do Brasil e o presidente da República Francesa, igualmente animados do desejo de proteger de modo eficaz os direitos dos autores brasileiros e franceses sobre suas obras literárias, científicas e artísticas, resolveram concluir uma Convenção e, para esse fim, nomearam seus plenipotenciários a saber:

O presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

O Senhor Doutor Lauro Müller, ministro das Relações Exteriores.

O presidente da República Francesa:

O Senhor Laurence de Lalande, Enviado Extraordinário e Ministro Plenipotenciário no Brasil.

Os quais, depois de se terem comunicado os seus respectivos plenos poderes, achados em boa e devida forma, convieram nos seguintes artigos:

Art. 1.º Os autores brasileiros e os autores franceses de obras literárias, científicas ou artísticas, gozarão em França e no Brasil de todas as garantias que são ou forem concedidas pela lei ou por

convenções especiais em um e outro país para proteção das obras de literatura, de ciência ou de arte.

Tais garantias não lhes serão contudo concedidas senão quando existirem no país de origem da obra, e a sua duração não poderá exceder, no outro país, à que fôr fixada pela lei para os autores nacionais.

Art. 2.º A expressão “obra literária, científica ou artística” compreende: livros, brochuras e em geral escritos de qualquer natureza; obras dramáticas, musicais ou dramático-musicais, composições de música com ou sem palavras, obras de desenho, pintura, escultura, arquitetura, gravura, litografia, fotografia, cinematografia, ilustrações de qualquer espécie, cartas, planos e esboços, qualquer produção, em suma, do domínio literário, científico ou artístico.

Art. 3.º Os direitos de autor de qualquer obra literária, científica ou artística consistem na faculdade que lhe assiste, ou aos representantes legais, de dispor dela, de a publicarem, traduzirem, autorizarem sua tradução, fazerem-na representar ou executar, e a reproduzirem de qualquer modo no todo ou em parte.

Art. 4.º Para gozar da proteção legal estipulada nesta Convenção, basta que o autor prove ter preenchido as formalidades ou condições que, para garantia dos seus direitos, exige a lei do país de origem da obra.

A fim de facilitar o exercício desta proteção é facultado aos autores brasileiros ou franceses de livros ou brochuras enviar à Biblioteca Nacional do outro país um exemplar da obra já protegida.

Art. 5.º O tradutor goza da proteção legal sobre a tradução, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original.

Essa proteção subsiste para ele mesmo com relação às obras sobre as quais não existia ou se extinguiu a garantia legal; não podendo o tradutor, neste caso, impedir outras traduções da mesma obra.

Art. 6.º Será reciprocamente lícito em cada um dos dois países a reprodução:

a) de extratos ou passagens de obras de autores do outro país, quer em língua original, quer em tradução, contanto que esses extratos ou passagens figurem com outros da mesma natureza em uma coleção destinada ao ensino, ou em uma crestomatia, e levem a indicação da obra e do nome do autor;

b) em livros ou jornais, discursos ou conferências, de passagens de uma obra qualquer com um fim crítico ou de polêmica;

c) no corpo de um escrito de obras de arte figurativas, contanto que o escrito seja o principal e as figuras sirvam simplesmente para explicação do texto, sendo, porém, obrigatória a citação do nome do autor.

Art. 7.º Com exceção dos romances-folhetins e novelas, os artigos dos jornais e coletâneas periódicas, publicados em um dos dois países, podem ser reproduzidos em original ou em tradução no outro país, salvo se essa reprodução tiver sido expressamente proibida.

A proteção da presente Convenção não se aplica aos casos do dia e aos "Faits divers", que tiverem o caráter de simples informações de imprensa.

Em todos os casos em que a presente Convenção permite a extração de passagens de obras literárias, científicas ou artísticas, devem ser mencionadas a fonte e o nome do autor; a sanção desta obrigação será determinada pela legislação do país onde for pedida a garantia.

Art. 8.º Compreende-se especialmente, entre as reproduções ilícitas previstas por esta Convenção, as apropriações indiretas não autorizadas de uma obra literária, científica ou artística, como sejam adaptações, arranjos de música, transformação de um romance, novela ou poesia em peça de teatro e *vice versa* quando não forem senão reprodução da obra pela mesma forma ou sob uma outra forma com alterações, adições ou supressões secundárias, sem o caráter de uma nova obra original.

Art. 9.º No caso de contravenção às disposições dos artigos precedentes, far-se-á a apreensão dos objetos de contravenção e os tribunais aplicarão as penalidades determinadas pelas respectivas legislações como se a infração fôsse praticada em prejuízo de uma obra ou produção de origem nacional.

Os caracteres constitutivos da contrafação serão determinados pelos tribunais de um e outro país, conforme a legislação em vigor em cada um deles.

Art. 10. Para que os autores brasileiros e franceses de obras protegidas pela presente Convenção sejam, até prova em contrário, considerados como tais e admitidos por isso perante os tribunais das Altas Partes Contratantes para intentarem ação contra os contra-fatores, basta que os seus nomes estejam indicados na obra pela maneira usualmente adotada, ou que, no caso de não se achar publicada a obra, justifiquem o seu direito de propriedade.

Tratando-se de obras anônimas ou pseudônimas, ao editor, cujo nome estiver indicado na obra, cabem os ônus e direitos do autor. Salvo prova em contrário, a declaração que fizer o editor sobre a nacionalidade do autor da obra, é suficiente para tais efeitos.

Art. 11. As disposições da presente Convenção não tolhem de nenhum modo o direito que assiste ao Governo de cada uma das duas Repúblicas, de permitir, fiscalizar e proibir, por meio de atos de legislação interna, a circulação, representação, exposição de qualquer obra ou produção sobre a qual a autoridade competente possa exercer tal direito.

Art. 12. A presente Convenção não se aplicará às obras que, na data em que entrar em vigor, tiverem caído no domínio público no seu país de origem.

Art. 13. A oferta à venda e a venda, em um dos dos países, de obras nêle editadas lícitamente, antes de começar a vigorar esta Convenção, não poderão constituir objeto de ação judicial baseada em nenhum dos seus artigos.

Art. 14. Depois da aprovação, em cada um dos dois países, pelo respectivo Poder Legislativo, a presente Convenção será ratificada e, trinta dias depois da troca das ratificações, entrará em vigor por um período de três anos.

Findo êsse prazo de três anos, ela continuará em vigor enquanto uma das Altas Partes Contratantes não a denunciar com um aviso prévio de um ano.

Art. 15. A troca das ratificações será feita na cidade do Rio de Janeiro no mais breve prazo possível.

Em fé do que, nós, os Plenipotenciários acima indicados, assinamos a presente Convenção, em dois exemplares, apondo-lhe os nossos selos.

Feito no Rio de Janeiro, aos 15 de dezembro de mil novecentos e treze.

(L.S.) *Lauro Müller.*

(L.S.) *L. de Lalande.*

E tendo sido a mesma Convenção, cujo teor fica acima transcrito, aprovada pelo Congresso Nacional, a confirmo e ratifico e, pela presente, dou por firme e valiosa para produzir os seus devidos efeitos, prometendo que ela será cumprida inviolavelmente.

Em firmeza do que, mandei passar esta Carta, que assino e é selada com o sêlo das Armas da República e subscrita pelo ministro de Estado das Relações Exteriores.

Dada no Palácio da Presidência, aos 22 dias do mês de abril de 1915; 94.º da Independência e 27.º da República.

(L.S.) VENCESLAU BRAS P. GOMES.

Lauro Müller.

CONVENÇÃO SÔBRE DIREITO DO AUTOR ENTRE BRASIL E PORTUGAL

DECRETO N.º 16.452 — DE 9 DE ABRIL DE 1924

Promulga a Convenção especial sôbre propriedade literária e artística, de 1922, com Portugal.

O presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, tendo sancionado pelo dec. n.º 4.818, de 23 de janeiro do corrente ano, a Resolução do Congresso Nacional, que aprovou a Convenção especial sôbre a propriedade literária e artística entre o Brasil e Portugal, assinada, no Rio de Janeiro, a 26 de setembro de 1922;

E havendo sido trocadas as respectivas ratificações, nesta Capital, aos trinta e um dias do mês de março de mil novecentos e vinte e quatro:

Decreta que a mesma Convenção seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Rio de Janeiro, 9 de abril de 1924; 103.º da Independência e 36.º da República.

ARTUR DA SILVA BERNARDES.

José Félix Alves Pacheco.

TEXTO DA CONVENÇÃO ESPECIAL SÔBRE PROPRIEDADE LITERÁRIA E ARTÍSTICA ENTRE O BRASIL E PORTUGAL

O presidente da República dos Estados Unidos do Brasil e o presidente da República de Portugal, tendo em consideração as grandes vantagens decorrentes de um regime amplo, além do estabelecido pelo Acôrdo de 9 de setembro de 1908, ora em vigor em seus países, para proteção da propriedade literária e artística, e, tendo em vista que a intensificação das relações literárias e artísticas entre os dois países depende das facilidades à permuta de sua produção, resolve-

ram firmar uma Convenção especial para esse fim, tendo nomeado seus Plenipotenciários, a saber:

O presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, o Senhor Doutor José Manuel de Azevedo Marques, ministro de Estado das Relações Exteriores,

e o presidente da República de Portugal, o Senhor José Maria Vilhena Barbosa de Magalhães, ministro dos Negócios Estrangeiros;

os quais, depois de trocar seus plenos poderes, julgados em boa e devida forma convieram no seguinte:

Art. 1.º As garantias decorrentes do registro de obras literárias e artísticas em um dos países contratantes são reciprocamente asseguradas em ambos, segundo a legislação interna de cada um.

Art. 2.º As obras literárias e artísticas submetidas a registro em um dos países contratantes serão consideradas, para efeitos legais, como registradas no outro, a partir da data do depósito da respectiva certidão, passada pelo país em que se efetue o registro.

Art. 3.º Serão depositados tantos exemplares das obras registradas, quantos forem exigidos pela legislação do país em que fôr feito o registro e mais um, que será remetido à repartição competente do outro país contratante, acompanhando a certidão a que se refere o artigo anterior.

Art. 4.º As publicações periódicas literárias e artísticas serão consideradas como obras, para os efeitos da presente Convenção especial.

Art. 5.º As Altas Partes Contratantes estabelecerão entre a Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro e a de Lisboa um serviço de permuta de duplicatas de obras nacionais publicadas antes da vigência da presente Convenção especial.

§ 1.º Para isso, cada uma destas bibliotecas fornecerá, periodicamente, à outra uma relação das obras permutáveis.

§ 2.º Essas obras serão avaliadas segundo os preços do mercado e esses preços serão mencionados em ouro na respectiva relação.

§ 3.º As despesas decorrentes dessa permuta serão pagas, anualmente, por encontro de contas.

Art. 6.º Os exemplares em brochura das obras, editadas em um dos países contratantes, gozarão, no outro, de isenção de direitos.

Parág. único. Todas as obras originais de caráter literário e artístico compreendidas na classificação estabelecida pela Convenção de Berna, revista em Berlim, gozarão desses favores.

Art. 7.º É facultado aos representantes consulares de ambos os países contratantes pugnar, *ex officio*, administrativa e judicialmente pela aplicação da legislação interna e das estipulações da Convenção de Berna, revista em Berlim, nos casos de contravenção.

Art. 8.º A transcrição de excertos e a tradução de obras escritas originariamente em língua estrangeira e registradas nos países contratantes serão reguladas pela legislação interna do país em que se derem.

Art. 9.º Depois de aprovada pelo Poder Legislativo em ambos os países contratantes e de trocadas as respectivas ratificações dentro de sessenta dias, a presente Convenção especial entrará em vigor em cada país na data de sua promulgação e vigorará até seis meses depois de sua denúncia pelo Governo de uma das Altas Partes Contratantes.

Em testemunho do que, os respectivos Plenipotenciários assinaram a presente Convenção especial, apondo nela seus selos.

Feito em duplicata na língua portuguesa, no Rio de Janeiro, aos vinte e seis dias do mês de setembro de mil novecentos e vinte e dois.

J. M. de Azevedo Marques.

José Maria Vilhena Barbosa de Magalhães.

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

CONVENÇÃO DE PARIS DE 1883

(Com suas sucessivas revisões até 1925)

DECRETO N.º 19.056 — DE 31 DE DEZEMBRO DE 1929

Promulga três atos sobre propriedade industrial, revistos na Haia em novembro de 1925

O presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

Havendo sancionado, pelo dec. n.º 5.685, de 30 de julho de 1929, a resolução do Congresso Nacional que aprovou: 1) a Convenção da União de Paris, de 20 de março de 1883, para a proteção da propriedade industrial, revista em Bruxelas, a 14 de dezembro de 1900; em Washington, a 2 de junho de 1911, e na Haia, a 6 de novembro de 1925; 2) o Acôrdo de Madri, de 14 de abril de 1891, relativo à repressão das falsas indicações de procedência sobre as mercadorias, revisto em Washington, a 2 de junho de 1911, e na Haia, em 6 de novembro de 1925; 3) o Acôrdo de Madri, de 14 de abril de 1891, relativo ao registro internacional de marcas de fábrica e de comércio, revisto em Bruxelas, a 14 de dezembro de 1900, em Washington, a 2 de junho de 1911, e na Haia, a 6 de novembro de 1925; e, tendo feito declarar ao Conselho Federal suíço, por nota da Legação do Brasil em Berna, datada de 6 de setembro último, que o Governo Brasileiro, não podendo mais levar a efeito a formalidade do depósito de ratificação dos ditos atos, por haver expirado o prazo para isso estipulado, a eles aderiria definitivamente:

Decreta que os referidos atos, apensos por cópia ao presente decreto, sejam executados e cumpridos tão inteiramente como nêles se contêm.

Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1929; 108.º da Independência e 41.º da República.

WASHINGTON LUÍS P. DE SOUSA.

Otávio Mangabeira.

(TRADUÇÃO OFICIAL)

I. CONVENÇÃO DA UNIÃO DE PARIS

DE 20 DE MARÇO DE 1883, PARA A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Revista em Bruxelas, no dia 14 de dezembro de 1900; em Washington, no dia 2 de junho de 1911, e na Haia, no dia 6 de novembro de 1925

O presidente do Reich alemão; o presidente da República da Austria; Sua Majestade o rei dos Belgas; o presidente dos Estados Unidos do Brasil; o presidente da República de Cuba; Sua Majestade o rei da Dinamarca; o presidente da República Dominicana; Sua Majestade o rei da Espanha; o presidente da República da Estônia; o presidente dos Estados Unidos da América; o presidente da República da Finlândia; o presidente da República Francesa; Sua Majestade o rei do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda e dos territórios britânicos de Além-Mar, imperador das Índias; Sua Alteza Sereníssima o governador da Hungria; Sua Majestade o rei da Itália; Sua Majestade o imperador do Japão; Sua Majestade o sultão de Marrocos; o presidente dos Estados Unidos Mexicanos; Sua Majestade o rei da Noruega; Sua Majestade a rainha dos Países-Baixos; o presidente da República Polonesa, em nome da Polónia e da Cidade-livre de Dantzig; o presidente da República Portuguesa; Sua Majestade o rei dos Sérvios, Croatas e Eslovenos; Sua Majestade o rei da Suécia; o Conselho Federal da Confederação Suíça; os Estados da Síria e do Grande Líbano; o presidente da República Tcheco-Eslovaca; Sua Alteza o beí de Túnis; o presidente da República da Turquia:

Tendo considerado de utilidade fazer certas modificações e acréscimos na Convenção internacional de 20 de março de 1883, que criou a União Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial, re-

vista em Bruxelas, a 14 de dezembro de 1900, e em Washington, a 2 de junho de 1911, resolveram nomear seus Plenipotenciários, a saber:

(seguem-se os nomes dos plenipotenciários)

Os quais, depois de se terem comunicado os respectivos plenos poderes, achados em boa e devida forma, convieram nos seguintes artigos:

Art. 1.º Os países contratantes constituem-se em estado de União para a proteção da propriedade industrial.

A proteção da propriedade industrial tem por objetivo os privilégios de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos e modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, o nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

A propriedade industrial compreende-se em sua acepção mais lata e se aplica não só à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também ao domínio das indústrias agrícolas (vinhos, grãos, fôlhas de fumo, frutas, gado, etc.) e extrativas (minerais, águas minerais, etc.).

Entre os privilégios de invenção estão compreendidas as diversas espécies de privilégios industriais, admitidas pelas legislações dos países contratantes, tais como os privilégios de importação, privilégios de aperfeiçoamento, privilégios e certificados de adição, etc.

Art. 2.º Os cidadãos de cada um dos países contratantes gozarão em todos os demais países da União, no que concerne à proteção da propriedade industrial, das vantagens que as respectivas leis concedem atualmente, ou vierem posteriormente a conceder aos nacionais, tudo isso sem prejuízo dos direitos especialmente previstos pela presente Convenção. Em virtude desta disposição, terão eles a mesma proteção que estes e o mesmo recurso legal contra qualquer prejuízo causado aos seus direitos, mediante o cumprimento das condições e formalidades impostas aos nacionais.

Nenhuma condição, porém, quer de domicílio, quer de estabelecimento nos países em que fôr reclamada a proteção, poderá ser exigida dos cidadãos dos países signatários da União, para que possam gozar de qualquer dos direitos de propriedade industrial.

Ficam expressamente ressalvadas as disposições da legislação de cada um dos países contratantes relativas ao processo judiciário e administrativo, e à competência, bem como à eleição do domicílio ou à constituição de um mandatário, e que forem exigidas pelas leis referentes à propriedade industrial.

Art. 3.º Ficarão assimilados aos cidadãos dos países contratantes os cidadãos dos países que não fazem parte da União, se forem

domiciliados ou possuírem estabelecimentos industriais ou comerciais efetivos e sérios, no território de um dos países da União.

Art. 4.º a) Quem tiver feito regularmente o depósito de um pedido de patente de invenção, de um modelo de utilidade, de um desenho ou modelo industrial, de uma marca de fábrica ou de comércio, em qualquer dos países contratantes, ou o seu representante legal, gozará, para realizar o depósito nos outros países, e ressaltados os direitos de terceiros, de um direito de prioridade durante os prazos que adiante vão determinados.

b) Em virtude dessa disposição, o depósito feito posteriormente em qualquer dos outros países da União, antes de expirados esses prazos, não poderá ser invalidado por fatos ocorridos nesse intervalo, ou seja, principalmente, por outro depósito, pela publicação da invenção ou pela sua exploração, pelo ato da venda de exemplares do desenho ou do modelo, pelo emprêgo da marca.

c) Os prazos de prioridade supramencionados serão de 12 meses para os privilégios de invenção e os modelos de utilidade e de seis meses para os desenhos e modelos industriais, bem como para as marcas de fábrica ou de comércio.

Estes prazos começarão a correr da data do depósito do primeiro pedido em qualquer país da União; o dia do depósito não será computado no prazo.

Se o último dia do prazo cair em feriado nacional no país em que fôr reclamada a proteção, o prazo será prorrogado até o primeiro dia útil que se seguir.

d) Todo aquele que desejar prevalecer-se da prioridade de um depósito anterior será obrigado a fazer uma declaração na qual indique a data e o país em que fez esse depósito. Cada país determinará o prazo máximo em que essa declaração deverá ser realizada.

Essas indicações deverão constar das publicações da Administração competente, especialmente das patentes e das descrições relativas às mesmas. Os países contratantes poderão exigir daquele que fizer uma declaração de prioridade, a apresentação de uma cópia do pedido (relatório, desenho, etc.) depositado anteriormente. A cópia, autenticada pela Administração que tiver recebido esse pedido, será dispensada de qualquer legalização e poderá, em qualquer caso, ser depositada em toda e qualquer ocasião dentro do prazo de três meses a partir do depósito do pedido ulterior. Poder-se-á exigir que esse pedido seja acompanhado de um certificado da data do depósito, passado pela dita Administração, e de uma tradução.

e) Não poderão ser exigidas outras formalidades para a declaração de prioridade na ocasião do depósito do pedido. Cada país contratante determinará as consequências da omissão das formalidades

previstas no presente artigo, não podendo essas consequências ir além da perda do direito de prioridade.

Posteriormente, poderão ser exigidas outras justificações.

e) Quando um desenho ou modelo industrial tiver sido depositado em um país, em virtude de um direito de prioridade, baseado no depósito de um modelo de utilidade, o prazo de prioridade será aquele que fôr fixado para os desenhos e modelos industriais.

Além disso, é permitido depositar em qualquer país, um modelo de utilidade, em virtude de um direito de prioridade baseado no depósito de um pedido de privilégio e *vice versa*.

f) Se algum pedido de privilégio contiver a reivindicação de várias prioridades, ou se o exame revelar que um pedido é complexo, a Administração deverá, no mínimo, autorizar o requerente a dividi-lo nas condições que a legislação interior determinar, conservando como data de cada pedido divisionário a data do pedido inicial e o benefício do direito de prioridade, se este tiver cabimento.

Art. 4.º-bis. As patentes requeridas nos diversos países contratantes da União pelos respectivos cidadãos serão independentes das patentes obtidas para a mesma invenção nos outros países quer tenham quer não tenham estes aderido à União.

Esta disposição deve ser entendida de modo absoluto, principalmente no sentido de que as patentes requeridas durante o prazo de prioridade são independentes, não só em relação às causas de nulidade e de caducidade, como também do ponto de vista da duração normal.

Ela se aplica a tôdas as patentes que existirem na ocasião em que fôr posta em vigor.

O mesmo sucederá no caso de adesão de novos países, para as patentes que existirem de um ou de outro lado no momento da adesão.

Art. 5.º A introdução, que fizer o proprietário da patente, no país onde tiver sido expedida a patente, de objetos fabricados em um ou em outro dos países da União, não importará em caducidade.

Apesar disso, cada um dos países contratantes terá a faculdade de adotar as medidas legislativas necessárias à prevenção dos abusos que puderem resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, por exemplo, por falta de uso efetivo.

Essas medidas não poderão prever a caducidade da patente, a não ser que a concessão de licenças obrigatórias não seja suficiente para prevenir êsses abusos.

Em todo caso, a patente não poderá constituir objeto de tais medidas antes de decorridos três anos no mínimo, a partir da data em que houver sido concedida, e se o concessionário apresentar justificativas aceitáveis.

A proteção dos desenhos e modelos industriais não poderá ser passível de caducidade alguma por motivo de introdução de objetos que forem conformes aos que se acham protegidos.

Nenhum sinal ou menção de registro se exigirá sobre o produto para o reconhecimento do direito.

Se em algum país a utilização da marca registrada fôr obrigatória, o registro não poderá ser anulado senão depois de prazo razoável e se o interessado não justificar as causas de sua inação.

Art. 5.^o-*bis*. Para pagamento das taxas estipuladas para manutenção dos direitos de propriedade industrial, conceder-se-á um prazo de favor, que deverá ser de três meses no mínimo, e mediante a contribuição de uma sobretaxa, se a legislação nacional a impuser.

Para as patentes de invenção, os países contratantes comprometem-se, além disso, quer a estender o prazo de favor a seis meses no mínimo, quer a prever a restauração da patente que houver caducado em virtude da falta de pagamento das taxas, ficando essas medidas submetidas às condições previstas pela legislação interna.

Art. 5.^o-*ter*. Em qualquer dos países contratantes, não serão considerados como atentados aos direitos do concessionário da patente:

1.^o O emprêgo, a bordo dos navios dos outros países da União, dos meios constitutivos do objeto do seu privilégio, no corpo do navio, nas máquinas, massame, aparelhos e demais acessórios, quando êsses navios penetrarem temporária ou acidentalmente nas águas do país, contanto que êsses meios sejam empregados exclusivamente para as necessidades do navio.

2.^o O emprêgo dos meios constitutivos do objeto do privilégio, na construção ou no funcionamento dos aparelhos de locomoção aérea ou terrestre dos outros países da União ou dos acessórios dêsses aparelhos, quando êstes penetrarem temporária ou acidentalmente nesse país.

Art. 6.^o Qualquer marca de fábrica ou de comércio, registrada regularmente no país de origem, será admitida ao depósito e protegida nos demais países da União, tal como foi registrada.

Todavia, poderão ser recusadas ou invalidadas:

1.^o As marcas que por sua natureza atentarem contra os direitos adquiridos por terceiros nos países em que fôr reclamada a proteção.

2.^o As marcas desprovidas de qualquer caráter distintivo, ou compostas exclusivamente de sinais ou de indicações que possam servir no comércio para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, o valor, o lugar de origem dos produtos ou a época

da produção, ou que se tiverem tornado usuais na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes do comércio do país em que é reclamada a proteção.

Na apreciação do caráter distintivo de uma marca, dever-se-ão ter em conta todas as circunstâncias de fato, especialmente as de duração do uso da marca.

3.º As marcas que forem contrárias à moral e à ordem pública.

Fica entendido que uma marca não poderá ser considerada contrária à ordem pública somente pelo motivo de que a mesma não obedece a alguma disposição da legislação sobre marcas, salvo o caso em que essa disposição se referir, por sua natureza, à ordem pública.

Considerar-se-á como país de origem:

O país da União onde o depositante tiver um estabelecimento industrial ou comercial efetivo e sério, e, se não possuir estabelecimento, o país da União onde ele tiver o seu domicílio, e, se não tiver domicílio na União, o país da nacionalidade no caso dele depender de um país da União.

Em hipótese alguma a renovação do registro de uma marca no país de origem importará na obrigação de renovar o registro nos demais países da União nos quais a marca tiver sido registrada.

O benefício da prioridade permanecerá em vigor para os depósitos de marcas efetuados dentro do prazo do art. 4.º, ainda mesmo quando o registro no país de origem não se fizer senão depois de expirado aquele prazo.

A disposição da alínea 1 não exclui o direito de exigir do depositante um certificado de registro regular, expedido pela autoridade competente do país de origem; nenhuma legalização, porém, será exigida para esse certificado.

Art. 6.º-bis. Os países contratantes comprometem-se a recusar ou a invalidar, seja *ex officio*, se a legislação do país o permitir, seja a pedido do interessado, o registro de uma marca de fábrica ou de comércio que fôr uma reprodução ou uma imitação suscetível de produzir confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro considerar que é notoriamente conhecida como já sendo a marca de um cidadão de outro país contratante e utilizada para produtos do mesmo gênero ou de gênero semelhante.

Um prazo mínimo de três anos deverá ser concedido para se reclamar a anulação dessas marcas. O prazo correrá da data do registro da marca.

Não será fixado prazo para se reclamar a anulação das marcas registradas de má-fé.

Os países contratantes concordam em recusar ou invalidar o registro e em proibir, por medidas apropriadas, a utilização, na falta de autorização dos poderes competentes, não só como marcas de

fábrica ou de comércio, mas também como elementos dessas marcas, das armas, bandeiras e demais emblemas de Estado dos países contratantes, dos distintivos e sinêtes oficiais de fiscalização e de garantia adotados por eles, bem como de qualquer imitação sob o ponto de vista heráldico.

A proibição dos distintivos e sinêtes oficiais de fiscalização e de garantia aplicar-se-á somente no caso em que as marcas que os compreenderem forem destinadas a ser utilizadas em mercadorias do mesmo gênero ou de gênero similar.

Para a aplicação destas disposições os países contratantes concordam em se comunicar reciprocamente, por intermédio da Repartição Internacional de Berna, a lista dos emblemas do Estado, dos distintivos e sinêtes oficiais de fiscalização e de garantia, que desejam ou desejarem colocar, de modo absoluto ou em certos limites, sob a proteção do presente artigo, bem como tôdas as alterações que se fizerem posteriormente nessa lista. Cada país contratante porá à disposição do público, em tempo útil, as listas notificadoras.

Qualquer país contratante poderá, dentro do prazo de 12 meses a partir do recebimento da notificação, transmitir, por intermédio da Repartição Internacional de Berna, ao país interessado, as objeções que acaso tiver que apresentar.

Para os emblemas de Estado, notoriamente conhecidos, as medidas previstas na alínea 1 aplicar-se-ão apenas às marcas registradas após a assinatura da presente convenção.

Para os emblemas de Estado que não forem notoriamente conhecidos e para os distintivos e sinêtes oficiais, estas disposições não serão aplicáveis senão quanto às marcas registradas mais de dois meses depois de recebida a notificação prevista na alínea 3.

No caso de má-fé, os países terão a faculdade de mandar anular as marcas registradas, ainda mesmo as que o tiverem sido antes da assinatura da presente convenção e que contiverem emblemas de Estado, distintivos e sinêtes.

Os cidadãos de qualquer país que estiverem autorizados a usar os emblemas de Estado, distintivos e sinêtes de seus países, poderão utilizá-los, ainda mesmo que apresentem semelhança com os de outro país.

Os países contratantes comprometem-se a proibir o uso, não autorizado no comércio, das armas de Estado dos outros países contratantes, quando êsse uso fôr de natureza a induzir em erro sobre a origem dos produtos.

As disposições que precedem não impedirão o exercício, por parte dos países, da faculdade de recusar ou invalidar, pela aplicação do n.º 3 da alínea 2 do art. 6.º, as marcas que contiverem, sem autorização, armas, bandeiras, decorações e demais emblemas de Es-

tado ou distintivos e sinêtes oficiais adotados por algum país da União.

Art. 7.º A natureza do produto, sôbre o qual tiver de ser colocada a marca de fábrica, não poderá, em caso algum, constituir obstáculo ao registro da marca.

Art. 7.º-bis. Os países contratantes comprometem-se a admitir ao depósito e a proteger as marcas pertencentes a coletividades cuja existência não fôr contrária à lei do país de origem, ainda quando essas coletividades não possuírem um estabelecimento industrial ou comercial.

Entretanto, cada país será o juiz das condições particulares mediante as quais uma coletividade poderá ser admitida a reclamar a proteção para as suas marcas.

Art. 8.º O nome comercial será protegido em todos os países da União, sem obrigação de depósito nem de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio.

Art. 9.º Todo produto que trazer ilicitamente uma marca de fábrica ou de comércio ou um nome comercial, será apreendido quando importado nos países da União nos quais essa marca ou êsse nome comercial tiver a proteção legal.

A apreensão será igualmente efetuada no país em que a marca tiver sido ilicitamente afixada, ou naquele em que tiver sido importado o produto.

Far-se-á a apreensão, ou a requerimento do Ministério Público ou de qualquer outra autoridade competente, ou de qualquer parte interessada, pessoa física ou moral, de acôrdo com a legislação interna de cada país.

As autoridades não serão obrigadas a realizar a apreensão no caso de trânsito.

Se a legislação de algum país não admitir a apreensão no ato da importação, a apreensão será substituída pela proibição da importação ou pela apreensão no interior do país.

Se a legislação de algum país não admitir nem a apreensão no ato da importação, nem a proibição da importação, nem a apreensão no interior do país, e enquanto essa legislação não se modificar nesse sentido, estas medidas serão substituídas pelas ações e pelos meios que a lei dêse país assegurar, em caso idêntico, aos nacionais.

Art. 10. As disposições do artigo anterior serão aplicáveis a todo produto que trazer de modo falso, como indicação de procedência, o nome de uma localidade ou de um país determinado, quando essa indicação estiver junta a um nome comercial fictício ou imitado com intenção fraudulenta.

Em qualquer caso será reconhecido como parte interessada, quer se trate de pessoa física, quer de pessoa moral, todo produtor, fa-

bricante ou comerciante que participar da produção, fabricação ou comércio dêsse produto e estiver estabelecido na localidade falsamente indicada como lugar de procedência ou na região em que essa localidade estiver situada, ou ainda no país falsamente indicado.

Art. 10-bis. Os países contratantes serão obrigados a assegurar a todos os cidadãos dos países da União uma proteção efetiva contra a concorrência desleal.

Constitui ato de concorrência desleal todo ato de concorrência contrário às práticas honestas em matéria industrial ou comercial.

Deverão ser especificadamente proibidos:

1.º Todos e quaisquer fatos suscetíveis de criar confusão, qualquer que seja o meio empregado, com os produtos de um concorrente.

2.º As alegações falsas, no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar os produtos de um concorrente.

Art. 10-ter. Os países contratantes comprometem-se a assegurar, aos cidadãos dos outros países da União, os recursos legais destinados a reprimir de modo eficaz todos os atos especificados nos artigos 9.º, 10 e 10-bis.

Comprometem-se, além disso, a decretar medidas que permitam aos sindicatos e associações representantes da indústria e do comércio interessados, e cuja existência não fôr contrária à lei dos países, deitear em juízo ou junto às autoridades administrativas no sentido de reprimir os atos previstos pelos arts. 9.º, 10 e 10-bis, na medida em que a lei do país, onde a proteção é reclamada, o permitir aos sindicatos e às associações dêsse país.

Art. 11. Os países contratantes concederão, de acôrdo com a sua legislação interna, uma proteção temporária às invenções que puderem ser objeto de patente, aos modelos de utilidade, aos desenhos ou modelos industriais, bem como às marcas de fábrica ou de comércio para os produtos que figurarem nas exposições internacionais oficiais ou oficialmente reconhecidas, organizadas no território de qualquer dêles.

Essa proteção temporária não prorrogará os prazos do art. 4.º. Se mais tarde fôr invocado o direito de prioridade, a Administração de cada país poderá determinar a contagem daquele prazo, da data da introdução do produto na exposição.

Cada país poderá exigir, como prova da identidade do objeto exposto e da data da introdução, os documentos justificativos, que julgar necessários.

Art. 12. Cada um dos países contratantes se compromete a estabelecer um serviço especial da propriedade industrial e um depósito central para comunicar ao público as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, e as marcas de fábrica ou de comércio.

Esse serviço publicará um órgão oficial periódico.

Art. 13. O Departamento internacional, instituído em Berna, sob o nome de Repartição Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial, ficará sob a alta autoridade do Governo da Confederação Suíça, que regulamentará a sua organização e fiscalizará o seu funcionamento.

A língua oficial da Repartição Internacional será a língua francesa.

A Repartição Internacional centralizará as informações de toda e qualquer natureza, relativas à proteção da propriedade industrial, e as reunirá e publicará. A Repartição procederá aos estudos de utilidade comum, que interessarem à União e redigirá, com o auxílio dos documentos que forem postos à sua disposição pelas diversas Administrações, um periódico em língua francesa, sobre questões concernentes ao objetivo da União.

Os números desse periódico, do mesmo modo que todos os documentos publicados pela Repartição Internacional, serão repartidos entre as Administrações dos países da União, na proporção do número das unidades contributivas que adiante serão mencionadas. Os exemplares e documentos suplementares que forem reclamados pelas Administrações, pelas sociedades ou por particulares, serão pagos à parte.

A Repartição Internacional deverá colocar-se, em qualquer tempo, à disposição dos países da União, para lhes fornecer as informações especiais de que puderem ter necessidade, sobre as questões relativas ao serviço internacional da propriedade industrial. O diretor da Repartição Internacional fará um relatório anual, sobre a sua administração, o qual será comunicado a todos os países da União.

As despesas da Repartição Internacional serão feitas em comum pelos países contratantes. Até nova ordem, elas não poderão ultrapassar a importância de 120.000 francos suíços, por ano. Essa importância poderá ser aumentada, se for necessário, por decisão unânime de uma das Conferências previstas no art. 14.

Para determinar a parte da contribuição de cada um dos países para essa importância total das despesas, os países contratantes e os que aderirem, posteriormente, à União serão divididos em seis classes, contribuindo cada um na proporção de um certo número de cotas, a saber:

1. ^a classe	25 cotas
2. ^a "	20 "
3. ^a "	15 "
4. ^a "	10 "
5. ^a "	5 "
6. ^a "	3 "

Estes coeficientes serão multiplicados pelo número de países de cada classe, e a soma dos produtos obtidos dêse modo fornecerá o número de cotas pelo qual deverá ser dividida a despesa total. O cociente dará a importância da cota de despesa.

Cada um dos países contratantes designará, no momento da sua adesão, a classe na qual deseja ser classificado.

O Governo da Confederação Suíça fiscalizará as despesas da Repartição Internacional, fará os adiantamentos necessários e estabelecerá a conta anual, que será comunicada a todas as outras Administrações.

Art. 14. A presente Convenção ficará sujeita a revisões periódicas, a fim de que na mesma se possam introduzir melhoramentos destinados a aperfeiçoar o sistema da União.

Para esse fim, realizar-se-ão sucessivamente conferências, nalgum dos países contratantes, entre os delegados dos referidos países.

A Administração do país em que tiver de se reunir a Conferência preparará, com o concurso da Repartição Internacional, os trabalhos dessa Conferência.

O diretor da Repartição Internacional assistirá às sessões das Conferências e tomará parte nas discussões, sem voto deliberativo.

Art. 15. Fica estipulado que os países contratantes se reservam respectivamente o direito de estabelecer, separadamente entre si, acordos particulares para a proteção da propriedade industrial, desde que esses acordos não contenham disposições contrárias às da presente Convenção.

Art. 16. Os países que não participaram da presente Convenção serão admitidos a aderir à mesma, a seu pedido.

Essa adesão será notificada por via diplomática ao Governo da Confederação Suíça, que a levará ao conhecimento dos demais Governos.

A adesão importará, de pleno direito, na aceitação de todas as cláusulas e na participação de todas as vantagens estipuladas pela presente Convenção, e produzirá os seus efeitos um mês depois da data em que o Governo da Confederação Suíça a notificar aos outros países da União, a não ser que tenha sido indicada uma data posterior pelo país aderente.

Art. 16-bis. Os países contratantes terão o direito de aderir em qualquer época à presente Convenção, pelas suas colônias, possessões, dependências e protetorados, ou territórios administrados, em virtude de mandato da Sociedade das Nações, ou por alguns dentre eles.

Poderão, para esse fim, ou fazer uma declaração geral pela qual todas as suas colônias, possessões, dependências, protetorados e ter-

ritórios, de que trata a alínea 1.^a, serão compreendidos na adesão, ou nomear expressamente os que forem compreendidos na citada declaração, ou se limitar a indicar os que da mesma forem excluídos.

Esta declaração será notificada por escrito ao Governo da Confederação Suíça e por este notificada a todos os demais Governos.

Os países contratantes poderão, nas mesmas condições, denunciar a Convenção pelas suas colônias, possessões, dependências e protetorados, ou pelos territórios de que trata a alínea 1.^a, ou por alguns dentre êles.

Art. 17. A execução dos compromissos recíprocos que se contém na presente Convenção fica subordinada, em tudo quanto for necessário, ao cumprimento das formalidades e regras estabelecidas pelas leis constitucionais dos países contratantes, que forem obrigados a promover a sua aplicação, o que se comprometem a fazer dentro do mais breve prazo possível.

Art. 17-bis. A Convenção permanecerá em vigor durante tempo indeterminado, até o prazo de um ano, a partir do dia em que se fizer a sua denúncia.

Tal denúncia será dirigida ao Governo da Confederação Suíça. E não produzirá efeito senão quanto ao país que a tiver realizado, ficando a Convenção em vigor para os demais países contratantes.

Art. 18. O presente Ato será ratificado e suas ratificações serão depositadas na Haia, o mais tardar, no dia 1.^o de maio de 1928. Entrará em vigor, entre os países que o tiverem ratificado, um mês depois dessa data. Se, porém, antes desse prazo, êle for ratificado por seis países, no mínimo, entrará em vigor, entre êsses países, um mês depois que o depósito da sexta ratificação lhes tiver sido notificada pelo Governo da Confederação Suíça, é, para os países que a ratificarem posteriormente, um mês depois de cada uma dessas ratificações.

O presente Ato substituirá, nas relações entre os países que o tiverem ratificado, a Convenção da União de Paris, de 1883, revista em Washington no dia 2 de junho de 1911, e o Protocolo de encerramento, os quais permanecerão em vigor nas relações com os países que não tiverem ratificado o presente Ato.

O presente Ato será assinado em um só exemplar, que será depositado nos Arquivos do Governo dos Países-Baixos. Uma cópia autenticada será entregue por este último a cada um dos Governos dos países contratantes.

Em fé do que, os respectivos Plenipotenciários assinaram o presente Ato.

Feito na Haia, em um só exemplar, no dia 6 de novembro de 1925.

Pela Alemanha:

*Viettinghoff.**V. Specht.**Klauer.**Albert Osterrieth.*

Pela Austrália:

C. V. Watson.

Pela Áustria:

*Dr. Carl Duschaneck.**Dr. Hans Fortwaengler.*

Pela Bélgica:

*Capitaine.**Louis André.**Thomas Braun.**D. Coppieters.*

Pelos Estados Unidos do Brasil:

*J. A. Barbosa Carneiro.**Carlos Américo Barbosa.*

Pelo Canadá:

Frederick H. Palmer.

Por Cuba:

R. de La Torre.

Pela Dinamarca:

N. J. Ehrenreich Hansen.

Pela Cidade-Livre de Dantzig:

St. Kozminski.

Pela República Dominicana:

C. G. de Hasetz Cz.

Pela Espanha:

*Santiago Mendez de Vigo.**Fernando Cabello Lapiedra.**José Garcia Monge.*

Pela Estônia:

O. Aarmann.

Pelos Estados Unidos da América:

Thomas E. Robertson.

Wallace R. Lane.

Jo. Bailly Brown.

Pela Finlândia:

Yrjö Saastameinen.

Pela França:

Ch. de Marcilly.

Marcel Plaisant.

Ch. Drouets.

Georges Maillard.

Pela Grã-Bretanha e Irlanda do Norte:

H. Llewellyn Smith.

A. J. Martin.

A. Balfour.

Pela Hungria:

Elemér de Pompéry.

Pelo Estado-Livre da Irlanda:

G. O'Kelly de Gallagher.

Pela Itália:

Domenico Barone.

Letterio Labocchetta.

Mario Ghiron.

Pelo Japão:

S. Sakikawa.

N. Ito.

Por Marrocos:

Ch. de Marcilly.

Pelos Estados Unidos do México:

Julio Poulat.

Pela Noruega:

B. Wyller.

Pelos Países-Baixos:

J. Alingh Prins.

Bijleveld.

Dijckmeester.

Pela Polônia:

St. Kosminski.

Frédéric Zoll.

Por Portugal:

Bandeira.

Pelo Reino dos Sérvios, Croatas e Eslovenos:

Dr. Yanko Choumani.

Mihailo Préditch.

Pela Suécia:

E. O. J. Björklund.

H. Hjertén.

Axel Hasselrot.

Pela Suíça:

A. de Pury.

W. Kraft.

Pela Síria e o Grande Líbano:

Ch. de Marcilly.

Pela Tcheco-Eslováquia:

Baracek.

Prof. Dr. Karel Hermann-Otavsky.

Ing. Bohuslav Pavlousek.

Pela Tunísia:

Ch. de Marcilly.

II. ACÓRDO DE MADRI

DE 14 DE ABRIL DE 1891, RELATIVO À REPRESSÃO DAS FALSAS INDICAÇÕES
DE PROCEDÊNCIA SOBRE AS MERCADORIAS

*Revisto em Washington, a 2 de junho de 1911, e na Haia, a 6 de
novembro de 1925*

Os abaixo assinados, devidamente autorizados pelos seus respectivos Governos, resolveram, de comum acôrdo, adotar o seguinte texto, que substituirá o acôrdo de Madri de 14 de abril de 1891, revisto em Washington a 2 de junho de 1911, a saber:

Art. 1.º Todo produto que trazer uma indicação falsa da sua procedência, na qual, direta ou indiretamente, se mencionar, como

país ou lugar de origem, um dos países contratantes ou algum lugar em qualquer deles situado, será apreendido no ato da importação em cada um dos referidos países.

A apreensão será igualmente efetuada no país onde tiver sido aposta a falsa indicação de procedência, ou naquele em que tiver sido introduzido o produto munido dessa falsa indicação.

Se a legislação de um país não admitir a apreensão por ocasião da importação, essa apreensão será substituída pela proibição da importação.

Se a legislação de um país não admitir a apreensão no interior, essa apreensão será substituída pelas ações e pelos meios que a lei desse país assegurar em caso semelhante a seus nacionais.

Na falta de sanções especiais que assegurem a repressão das falsas indicações de procedência, serão aplicadas as sanções previstas pelas disposições correspondentes das leis sobre marcas ou nomes comerciais.

Art. 2.º A apreensão será feita por iniciativa da Administração das Alfândegas, que avisará imediatamente o interessado, pessoa física ou moral, para lhe permitir que regularize, se o quiser, a apreensão realizada preventivamente; o Ministério Público, porém, ou qualquer outra autoridade competente poderá requerer a apreensão, quer a pedido da parte lesada, quer *ex officio*; o processo seguirá, então, o seu curso ordinário.

As autoridades não serão obrigadas a realizar a apreensão em caso de trânsito.

Art. 3.º As presentes disposições não constituirão obstáculo para que o vendedor indique o seu nome ou o seu endereço sobre os produtos provenientes de um país diferente do país da venda; neste caso, porém, o endereço ou nome deve ser acompanhado da indicação precisa e em caracteres visíveis, do país ou do lugar de fabricação ou de produção ou de outra indicação bastante para evitar qualquer erro sobre a verdadeira origem das mercadorias.

Art. 4.º Os tribunais de cada país terão que decidir quais são as denominações que, em razão de seu caráter genérico, escaparão às disposições do presente Acôrdo, não estando entretanto compreendidas na reserva especificada por este artigo as denominações regionais de procedência dos produtos vinícolas.

Art. 5.º Os Estados da União para a Proteção da Propriedade Industrial que não tiverem participado do presente Acôrdo serão admitidos a aderir ao mesmo, a seu pedido, e na forma prescrita pelo art. 16 da Convenção Geral.

As estipulações do art. 16-bis da Convenção da União serão aplicáveis ao presente Acôrdo.

Art. 6.º O presente Ato será ratificado e suas ratificações serão depositadas na Haia, até o dia 1.º de maio de 1928, no máximo.

Entrará em vigor, entre os países que o tiverem ratificado, um mês depois dessa data e terá o mesmo valor e duração que a Convenção Geral. Se, porém, antes desse prazo, êle tiver sido ratificado por seis países, no mínimo, entrará em vigor, entre êsses países, um mês depois que o depósito da sexta ratificação lhes tiver sido notificada pelo Governo da Confederação Suíça, e, para os países que a ratificarem posteriormente, um mês depois de cada uma dessas ratificações.

O presente Ato substituirá, nas relações entre os países que o tiverem ratificado, o Acôrdo concluído em Madri no dia 14 de abril de 1891 e revisto em Washington no dia 2 de junho de 1911. Este último permanecerá em vigor nas relações com os países que não tiverem ratificado o presente Ato.

Em fé do que, os respectivos Plenipotenciários assinaram o presente Acôrdo.

Feito na Haia, em um só exemplar, no dia 6 de novembro de 1925.

Pela Alemanha:

Viettinghoff.

V. Specht.

Klauer.

Albert Osterrieth.

Pelos Estados Unidos do Brasil:

J. A. Barbosa Carneiro.

Carlos Américo Barbosa de Oliveira.

Por Cuba:

R. de La Torre.

Pela Cidade-Livre de Dantzig:

St. Kozminski.

Pela Espanha:

Santiago Mendez de Vigo.

Fernando Cabello Lapedra.

José Garcia Monge.

Pela França:

Ch. de Marcilly.

Marcel Plaisant.

Ch. Drouets.

Georges Maillard.

Pela Grã-Bretanha e Irlanda do Norte:

H. Llewellyn Smith.

A. J. Martin.

A. Balfour.

Por Marrocos:

Ch. de Marcilly.

Por Portugal:

Bandeira.

Pela Suíça:

A. de Pury.

W. Kraft.

Pela Síria e o Grande Líbano:

Ch. de Marcilly.

Pela Tcheco-Eslováquia:

Baracek.

Prof. Dr. Karel Hermann-Otavsky.

Ing. Bohuslav Pavlousek.

Pela Tunísia:

Ch. de Marcilly.

III. ACÓRDO DE MADRI

DE 14 DE ABRIL DE 1891, RELATIVO AO REGISTRO INTERNACIONAL
DAS MARCAS DE FÁBRICA OU DE COMÉRCIO

*Revisto em Bruxelas, a 14 de dezembro de 1900; em Washington,
a 2 de junho de 1911, e na Haia, a 6 de novembro de 1925*

Os abaixo assinados, devidamente autorizados pelos seus respectivos Governos, resolveram, de comum acôrdo, adotar o seguinte texto, que substituirá o Acôrdo de Madri de 14 de abril de 1891, revisto em Washington a 2 de junho de 1911, a saber:

Art. 1.º Os cidadãos de cada um dos países contratantes poderão assegurar, em todos os outros países, a proteção de suas marcas de fábrica ou de comércio registradas no país de origem, mediante o depósito das referidas marcas na Repartição Internacional de Berna, feito por intermédio da Administração do referido país de origem.

Para a definição de país de origem, vigorará a disposição que a êle se refere e se contém no art. 6.º da Convenção Geral da União para a proteção da propriedade industrial.

Art. 2.º Ficarão assimilados aos cidadãos dos países contratantes os súditos ou naturais dos países que não tenham aderido ao presente Acôrdo, se, no território da União restrita constituída por êste último, preencherem as condições estabelecidas pelo art. 3.º da Convenção Geral.

Art. 3.º Todo pedido de registro internacional deverá ser apresentado de acôrdo com o formulário prescrito pelo Regulamento do serviço, e a Administração do país de origem da marca deverá certificar que as indicações que figuram nesses pedidos correspondem às do registro nacional.

Se o depositante reivindicar a côr, a título de elemento distintivo da sua marca, será obrigado:

1.º a declará-la e a juntar ao seu depósito uma anotação que indique a côr ou a combinação de côres reivindicada;

2.º a juntar ao seu pedido exemplares da referida marca, em côr, os quais serão anexados às notificações feitas pela Repartição Internacional. O número dêsses exemplares será fixado pelo Regulamento de serviço.

A Repartição Internacional registrará imediatamente as marcas depositadas na conformidade do art. 1.º. Levará sem demora êsse registro ao conhecimento das diversas Administrações. As marcas registradas serão publicadas em uma fôlha periódica, editada pela Repartição Internacional, por meio das indicações contidas no pedido de registro e de um clichê fornecido pelo depositante.

Para os fins da publicidade, que, nos países contratantes, se deverá dar às marcas registradas, cada Administração receberá gratuitamente, da Repartição Internacional, o número de exemplares da referida publicação, que desejar pedir. Essa publicidade será considerada, em todos os países contratantes, como plenamente suficiente e nenhuma outra poderá ser exigida do depositante.

Art. 4.º A partir do registro feito dêsse modo na Repartição Internacional, a proteção da marca, em cada um dos países contratantes, será a mesma que se essa marca tivesse sido diretamente depositada nesse país.

Tôda marca que tiver sido objeto de registro internacional gozará do direito de prioridade estabelecido pelo art. 4.º da Convenção Geral, sem que seja necessário cumprir as formalidades previstas na letra *d* daquele artigo.

Art. 4.º-bis. Quando uma marca, já depositada em um ou em vários dos países contratantes, tiver sido posteriormente registrada pela Repartição Internacional no nome do mesmo titular ou do seu

representante legal, o registro internacional será considerado como substituindo os registros nacionais anteriores, sem prejuízo dos direitos adquiridos em virtude desses mesmos registros.

Art. 5.º Nos países em que o permitir a respectiva legislação, as Administrações, às quais a Repartição Internacional notificar o registro de uma marca, terão a faculdade de declarar que não se poderá conceder a proteção a essa marca no seu território. Essa recusa não poderá ser oposta senão nas condições que se aplicariam, em virtude da Convenção Geral, a uma marca depositada no registro nacional.

As Administrações, que quizerem exercer essa faculdade, deverão notificar as suas recusas, com indicação dos motivos à Repartição Internacional, no prazo previsto pela sua lei nacional e, o mais tardar, antes do fim de um ano contado da data do registro internacional da marca.

A Repartição Internacional transmitirá sem demora à Administração do país de origem e ao proprietário da marca ou ao seu procurador, se este houver sido indicado à Repartição pela referida Administração, um dos exemplares da declaração da recusa assim notificada. O interessado terá os mesmos meios de recurso que se a marca tivesse sido diretamente depositada por ele no país onde lhe é recusada a proteção.

As Administrações que, no prazo máximo de um ano acima indicado, não tiverem dirigido comunicação alguma à Repartição Internacional, serão consideradas como tendo aceite a marca.

Art. 5.º-bis. Os documentos justificativos da legitimidade do uso de certos elementos contidos nas marcas, tais como armas, escudos, retratos, distinções honoríficas, títulos, nomes comerciais ou nomes de outras pessoas que não o do depositante, ou outras inscrições análogas, que puderem ser reclamadas pelas Administrações dos países contratantes, serão dispensados de qualquer certidão ou legalização, a não ser a da Administração do país de origem.

Art. 5.º-ter. A Repartição Internacional fornecerá a qualquer pessoa que o pedir, mediante taxa fixada pelo Regulamento de execução, uma cópia das anotações inscritas no registro e relativas a uma determinada marca.

Poderá também, mediante remuneração, encarregar-se de realizar quaisquer buscas de prioridade entre as marcas internacionais.

Art. 6.º A proteção resultante do registro na Repartição Internacional durará 20 anos, a partir da data desse registro (ressalvada a disposição do art. 8.º, para o caso em que o depositante não tiver pago senão uma fração dos emolumentos internacionais), mas não poderá ser invocada em favor de uma marca que não gozar mais da proteção legal no país de origem.

Art. 7.º O registro poderá ser renovado sempre, de acôrdo com as prescrições dos arts. 1.º e 3.º, por novo período de 20 anos, a contar da data da renovação.

Seis meses antes de terminar o prazo da proteção, a Repartição Internacional lembrará ao proprietário da marca, por meio da remessa de um aviso officioso, a data exata dessa terminação.

Se a marca apresentada para renovação do seu depósito anterior tiver sofrido uma modificação na sua forma, as Administrações poderão recusar-se a registrá-la a título de renovação e esse mesmo direito lhes assistirá no caso de alteração na indicação dos produtos a que a marca deve ser aplicada, a não ser que, depois de notificada a objeção por intermédio da Repartição Internacional, o interessado declare que renuncia à proteção para os outros produtos que não os designados nos mesmos termos por ocasião do registro anterior.

Quando a marca não fôr admitida a título de renovação, poderão levar em consideração os direitos de prioridade ou quaisquer outros adquiridos em virtude do registro anterior.

Art. 8.º A Administração do país de origem fixará livremente, e cobrará em seu proveito, uma taxa nacional, que será exigida do proprietário da marca, cujo registro internacional fôr requerido.

A essa taxa juntar-se-á um emolumento internacional (em francos suíços) de 150 francos, para a primeira marca, e de 100 francos, para cada uma das marcas seguintes, depositadas ao mesmo tempo, na Repartição Internacional, no nome do seu proprietário.

O depositante terá a faculdade de pagar no momento do depósito internacional apenas um emolumento de 100 francos para a primeira marca e o de 75 francos para cada uma das marcas depositadas na mesma ocasião da primeira.

Se o depositante fizer uso dessa faculdade, deverá, antes de expirado o prazo de 10 anos, contado da data do registro internacional, pagar à Repartição Internacional um complemento de emolumento de 75 francos para a primeira marca e de 50 francos para cada uma das marcas depositadas ao mesmo tempo em que o foi a primeira, sob pena de perder, ao expirar aquêlê prazo, o seu direito ao registro. Seis meses antes de expirar aquêlê prazo a Repartição Internacional lembrará ao depositante, por meio da remessa de um aviso officioso, para todos os fins de direito, a data exata dessa terminação. Se o complemento do emolumento não fôr pago à Repartição Internacional, antes de expirado aquêlê prazo, a repartição cancelará a marca, notificará esse ato às Administrações e o publicará no seu jornal.

Quando a lista dos produtos, para os quais se reivindica a proteção, contiver mais de 100 palavras, o registro da marca não será

efetuado senão depois do pagamento de uma sobretaxa que deverá ser fixada pelo Regulamento de execução.

O produto anual das diversas receitas do registro internacional será repartido em partes iguais entre os países contratantes por intermédio da Repartição Internacional, depois de deduzidas as despesas comuns que forem exigidas pela execução do presente Acôrdo.

Se, no momento em que entrar em vigor o presente Acôrdo, revisto, algum país não o tiver ratificado, este não terá direito, até a data da sua adesão posterior, senão a uma parte do excedente das receitas, calculada sobre a base das taxas antigas.

Art. 8.º-bis. O proprietário de um marca internacional poderá renunciar, em qualquer tempo, à proteção em um ou em diversos países contratantes, por meio de uma declaração entregue à Administração do país de origem da marca, para ser comunicada à Repartição Internacional que a notificará aos países aos quais interessar essa renúncia.

Art. 9.º A Administração do país de origem notificará à Repartição Internacional as anulações, cancelamentos, renúncias, transmissões e demais alterações que se fizerem por ocasião da inscrição da marca.

A Repartição inscreverá essas alterações no registro internacional e por sua vez as notificará às Administrações dos países contratantes e as publicará no seu jornal.

Do mesmo modo se procederá, quando o proprietário da marca pedir que se reduza a lista dos produtos aos quais a marca é aplicada. Essas formalidades poderão ficar sujeitas a uma taxa, que será fixada pelo Regulamento de execução.

O acréscimo ulterior de um novo produto na lista não poderá ser obtido senão por um novo depósito efetuado na conformidade das prescrições do art. 3.º.

A substituição de um produto por outro fica equiparada ao acréscimo.

Art. 9.º-bis. Quando uma marca inscrita no registro internacional fôr transmitida a uma pessoa estabelecida num país contratante diverso do país de origem da marca, a transmissão será notificada à Repartição Internacional pela Administração desse mesmo país de origem.

A Repartição Internacional, depois de ter recebido o assentimento da Administração de que depende o novo titular, registrará a transmissão e a notificará às outras Administrações, e a publicará em seu jornal, mencionando, se possível, a data e o número do registro da marca no seu novo país de origem.

Não será registrada transmissão alguma de marca inscrita no registro internacional, feita em favor de uma pessoa que não tenha sido admitida a fazer o depósito de uma marca internacional.

Art. 9.º-ter. As disposições dos arts. 9.º e 9.º-bis relativas às transmissões não terão por efeito modificar as legislações dos países contratantes que proibirem a transmissão da marca, sem a cessão simultânea do estabelecimento industrial ou comercial cujos produtos ela se destina a distinguir.

Art. 10. As Administrações regulamentarão, de comum acordo, as formalidades relativas à execução do presente Acordo.

Art. 11. Os países da União para a Proteção da Propriedade Industrial, que não tiverem participado do presente Acordo, serão admitidos a aderir ao mesmo, a seu pedido e na forma prescrita pela Convenção Geral.

Logo que a Repartição Internacional tiver informação de que um país ou uma de suas colônias aderiu ao presente Acordo, dirigirá à Administração desse país, na conformidade do art. 3.º, uma notificação coletiva das marcas que nesse momento gozarem da proteção internacional.

Essa notificação assegurará por si mesma, às referidas marcas, o benefício das disposições precedentes no território do país aderente, e determinará o prazo de um ano durante o qual a Administração interessada poderá fazer a declaração prevista pelo art. 5.º.

Todavia, cada país, ao aderir ao presente Acordo, poderá declarar que, com exceção do que se refere às marcas internacionais, que já tiverem anteriormente constituído nesse país objeto de registro nacional idêntico, ainda em vigor, e que serão imediatamente reconhecidas mediante pedido dos interessados, a aplicação deste Ato será limitada às marcas que forem registradas a partir do dia em que essa adesão se tornar efetiva.

Essa declaração dispensará a Repartição Internacional de fazer a notificação coletiva supra-indicada. A Repartição limitar-se-á a notificar as marcas, em favor das quais lhe fôr apresentado o pedido, para entrar no gozo do benefício da exceção prevista na alínea anterior, com as necessárias precisões, no prazo de um ano a partir da adesão do novo país.

Art. 12. O presente Acordo será ratificado e as suas ratificações serão depositadas na Hala, até o dia 1.º de maio de 1928, no máximo.

Entrará em vigor um mês após essa data e terá o mesmo valor e duração que a Convenção Geral.

O presente Ato substituirá, nas relações entre os países que o tiverem ratificado, o Acordo de Madri de 1891, revisto em Washington no dia 2 de junho de 1911. Este último permanecerá contudo em vigor, nas relações com os países que não tiverem ratificado o presente Ato.

Em fé do que, os respectivos Plenipotenciários assinaram o presente Acôrdo.

Feito na Haia, em um só exemplar, no dia 6 de novembro de 1925.

Pela Alemanha:

Vietinghoff.

V. Specht.

Klauer.

Albert Osterrieth.

Pela Áustria:

Dr. Carl Duschanek.

Dr. Hans Fortwaengler.

Pela Bélgica:

Capitaine.

Louis André.

Thomas Braun.

D. Coppieters.

Pelos Estados Unidos do Brasil:

J. A. Barbosa Carneiro.

Carlos Américo Barbosa de Oliveira.

Por Cuba:

R. de La Torre.

Pela Cidade-Livre de Dantzig:

St. Kozminski.

Pela Espanha:

Santiago Mendez de Vigo.

Fernando Cabello Lapiedra.

José Garcia Monge.

Pela França:

Ch. de Marcilly.

Marcel Plaisant.

Ch. Drouets.

Georges Maillard

Pela Hungria:

Elemér de Pompéry.

Pela Itália:

Domenico Barone.
Letterio Labocetta.
Mario Ghiron.

Por Marrocos:

Ch. de Marcilly.

Pelos Estados Unidos Mexicanos:

Julio Poulat.

Pelos Países-Baixos:

J. Alingh Prins.
Bijleveld.
Dijckmeester.

Por Portugal:

Bandeira.

Pelo Reino dos Sérvios, Croatas e Eslovenos:

Dr. Yanko Chouman.
Mihailo Préditch.

Pela Suíça:

A. de Pury.
W. Kraft.

Pela Tcheco-Eslováquia:

Baracek.
Prof. Dr. Karel Hermann-Otavsky.
Ing. Bohuslav Pavlousek.

Pela Tunísia:

Ch. de Marcilly.

Bibliografia

BIBLIOGRAFIA

- ACCOLAS — *La propriété littéraire et artistique*, 1898.
- ALLART (H.) — *Traité théorique et pratique des marques de fabrique et de commerce*, 1914.
 — *Traité théorique et pratique de la contrefaçon*, 1908.
 — *Théorie et pratique de la concurrence déloyale*, 1892.
- ALMEIDA NOGUEIRA-FISCHER JÚNIOR — *Tratado teórico e prático das marcas industriais e nome comercial*, 1910.
- AMAR (M.) — *Dei nomi, dei marchi e degli altri segni e della concorrenza nell'industria e nel commercio*, 1893.
- ANDREOTTI — *La legge per la tutela della proprietà letteraria, artistica ed industriale*, in *Enciclopedia*, de PESSINA, vol. XII.
- ANGELOTTI (D.) — *Delitti contro il patrimonio*, in *Trattato*, de FLORIAN, 1936.
 — *Le appropriazioni indebite*, 1930.
- ANTOLISEI (F.) — *Manuale di diritto penale*, parte especial, 1954.
- ARI FRANCO — *Apropriação Indébita*, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 4.
- AZEVEDO (Filadelfo) — *O direito moral do escritor*, 1930.
- BEDARRIDE — *Traité du dol et de la fraude*, 1872.
- BELING (E.) — *Begünstigung und Hehlerei*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, VII, 1907.
- BENTO DE FARIA — *Código Penal Brasileiro*, 1942.
- BERNER — *Lehrbuch des Strafrechts*, 18.^a ed.
- BIANCHEDI — *Il raggirio grossolano nella truffa*, in *supl. da Riv. Penale*, XVIII, 193.
- *La qualità di congiunto in sé e nelle varie disposizioni del codice penale*, in *Riv. Penale*, 1934.
- BINDING — *Die Normen und ihre Ubertretung*, vol. I.
- BONNET — *Etude de la législation allemande sur les brevets d'invention*, 1902.
- BRAUN (A.) — *Nouveau traité des marques de fabrique, du nom commercial et de la concurrence déloyale*, 1880.
- BRUGI — *Lecita appropriazione di opere altrui e diritto di autore*, in *Riv. di diritto commerciale*, 1910.

BRUNETTI — *Il delitto civile*, 1906.

BRUNO — *Diritti d'autore*, in *Digesto Italiano*, vol. IX.

BRY — *La propriété industrielle*, 1914.

CANTÙ — *Frode penale*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*.

CARFORA — In *Digesto Italiano*, verb. "Frode".

CARRARA (F.) — *Programma*, vol. 4, 1909.

— *Ricettazione dolosa di cose furtive*, in *Opuscoli*, III, 1898.

— *Sulla proprietà letteraria*, in *Opuscoli*, vol. III.

CASALONGA (A.) — *Traité théorique et pratique des brevets d'invention*, 1949.

CASES (A.) — *La estafa*, 1945.

CECCHI — *Tentativa di estorsione*, in *Rivista Penale*, 1934.

CEVELLOTTO — *L'appropriazione indebita e il deposito irregolare*, e *Furto e appropriazione indebita*, in *Scuola Positiva*, 1932, II, e 1928, II.

CLERIC — *Betrug durch Schweigen (Estelionato pelo silêncio)*, 1918.

CORDOVA — In *Nuovo Digesto Italiano*, verb. "Ricettazione".

CONSENTINO — *Il reato di usurpazione nel Codice Penale italiano*, 1900.

COSTA RODRIGUES (C.) — *Concorrência desleal*, 1945.

CRESPOLANI — In *Enciclopedia Giuridica Italiana*, verb. "Rapina".

CRISTOFARO — *Trattato del diritto d'autore e d'inventore*, 1931.

CRIVELARI (G.) — *Dei reati contro la proprietà*, 1887.

— *Stellionato*, in *Digesto Italiano*.

CUELLO CALÓN — *La protección penal del cheque*, 1944.

CUNHA PEIXOTO — *O Cheque*, 1952.

DALCKE — *Strafrecht und Strafprozess*.

DAMRAU (S.) — *Hehlerei und Vortat (Receptação e fato anterior)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 238.

DAVID (L.) — *Etude théorique et pratique sur le délit d'escroquerie*, 1883.

DE GREGORIO — *Il contratto di edizione*, 1913.

DEL GIUDICE — In *Digesto Italiano*, verbs. "Usurpazione" e "Danneggiamento", vol. XXIV.

DE MARSICO — *Delitti contro il patrimonio*, 1951.

DE MAURO — *Del furto*, 1886.

DE VALLES — *Le délit de récel après la loi de 22 mai 1915*, 1916.

DEVISE — *Du vol entre époux en droit romain*, 1893.

DI FRANCO — *Proprietà letteraria ed artistica*, 1936.

— *Trattato della proprietà industriale*, 1933.

DI VICO — In *Digesto Italiano*, verb. "Furto".

DONÀ (G.) — *La delinquenza negli affari*, 1928.

DONNEDIEU DE VABRES — *A Justiça Penal de Hoje*, trad. de F. MIRANDA.

- DORIGNY — *Théorie et pratique du délit d'escroquerie*, 1889.
- D'OVIDIO — *In tema di truffa, dolo civile e dolo penale*, in suppl. da *Riv. Penale*, II.
- DURANTE — *In Digesto Italiano*, verb. "Estorsione", vol. X.
- ECKER — *Der strafrechtliche Schutz des Vermögens gegenüber Betrug bei unsittlichen und rechtswidrigen Rechtsgeschäften* (A proteção penal do patrimônio contra a fraude nos negócios ilícitos ou imorais), 1915.
- ELSTER — *Wettbewerb* (Concorrência), in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, vol. IV.
- ENGELHARD — *Das Chantage-Problem in gelt. und künft. deutschen Strafrecht*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 151.
- ESCOBEDO — *Studi sul reato di truffa*, 1928.
- EULA — *In tema di truffa*, in suppl. da *Riv. Penale*, 1900.
- FABIANI — *Estorsione tentata e estorsione consumata*, in *Riv. di diritto penale*, 1931.
- FÁBIO PENA — *Da Duplicata*.
- FAGGELLA — *Dei caratteri differenziali fra la frode punibile e la frode civile*, in *Foro Penale*, 1893.
- FERNANDES (Adauto) — *Direito Industrial Brasileiro*, 1938.
- FEROCE — *Sulle aggravanti dell'appropriazione indebita*, in *Riv. italiana di diritto penale*, 1932.
- FERRERO-SIGHELE — *L'Europa Giovane*.
- FIETTA — *Violazioni del diritto di autore e sanzioni penali*, 1935.
- FILADELFO AZEVEDO — *Reflexos do novo Código Penal sobre o direito civil*, in *Revista Forense*, vol. LXVIII.
- FINZI — *Il furto privilegiato*, 1903.
— *Delitto contro il patrimonio a danno di congiunti*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1938.
- FISCHER — *Los daños civiles y su reparación*, trad. espanhola de W. ROCES.
- FRANK — *Vergleichende Darstellung*, parte especial, vol. 6.º.
— *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*.
- GALDINO SIQUEIRA — *Processo Criminal*.
- GAMA CERQUEIRA (J.) — *Tratado da propriedade industrial*, 1952.
— *Das marcas de fábrica e de comércio e do nome comercial*, 1906.
- GARRAUD (Paul e René) — *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, vol. 6, 1935.
- GAUTIER — *In Protokoll der 2ten. Expertenkommission*, vol. II.
- GHIRON — *Corso di diritto industriale*, 1929.
— *Marchi di fabbrica e di commercio*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII, 1939.

GIURIATI (G.) — *Delitti contro la proprietà*, in *Trattato*, de FLORIAN, vol. XI, 1913.

— *Il plagio e i furti letterario, artistico e giuridico*, 1913.

GODINOT — *La concurrence déloyale*, 1932.

GOLDSCHMIDT (R.) — *Hacienda comercial y competencia desleal*, 1950

GOMEZ (E.) — *Delitos contra el patrimonio*, in *Tratado de derecho Penal*, vol. 4, 1941.

GORETTI — *Dolo civile e dolo penale*, in *Foro Italiano*, XLVI.

GOYENA (I.) — *Obras Completas*, vol. IV.

— *Delitos de apropiación indebida*, etc., 1929.

— *Delitos de falsificación documentaria y estafa*, 1932.

GRACILIANO RAMOS — *Memórias do cárcere*.

GRANDJEAN — *Etude pratique du délit d'escroquerie dans la société par actions*, 1908.

GREGORI (J.) — *Usurpazione di cosa immobile e deviazione di acque*, in *Annali di dir. e proc. penale*, 1937.

GRETENER (X.) — *Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung* (Favorecimento e receptação sob o aspecto histórico-dogmático), 1879.

GUELI (E.) — *Concorrenza illecita*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. III.

GUGLIELMO (P.) — *Tratado de derecho industrial*, 1948.

GUIDO (G.) — In *Enciclopedia Giuridica Italiana*, verb. "Estorsione", vol. V.

GUTIERREZ-ANZOLA — *Delitos contra la propiedad*, 1952.

HAFTER (E.) — *Schweizerisches Strafrecht, besonderer Teil*, 1937.

HÉBERT — *L'immunité de l'article 380 du Code Pénal relative aux soustractions entre proche parents*, 1933.

HELLBERG — *Der Grundgedanke der Hehlerei* (A idéia fundamental da receptação), in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 419.

HERTLI — *Der Tatbestand des Raubes* (Os elementos do roubo), 1937.

HOUPIN ET BOSVIEUX — *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, vol. II.

HUNGRIA — *Fraude Penal*, 1934.

— *Comentários ao Código Penal*, vols. I, t. I, III e VI.

JANNITTI (E.) — In *Digesto Italiano*, verb. "Ricettazione".

JANNITTI DI GUYANGA — In *Digesto Italiano*, verb. "Rapina", vol. XX.

— *Prodi nel fatti illeciti*, in *supl. da Riv. Penale*, XVII.

JANNITTI-PIROMALLO — In *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, de Ugo CONTI, vol. III, 1934.

JAUREGUY (C. A. B.) — *El delito de estafa*, 1943.

JOÃO MENDES — *Processo Criminal Brasileiro*.

- KENNY — *Outlines of criminal law*, 1936.
- KÖHLER — *Das Recht des Markenschutzes* (O direito de proteção das marcas), 1885.
- *Begünstigung und Hehlerei*, separata da *Gerichtsaal*, vol. 61.
- *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht* (Direito de autor e direito de edição), 1907.
- KOHLRAUCH (E.) — *Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen*, in *Das Kommende deutsche Strafrecht*, de GÜRTNER, 1936.
- KUGELMANN — *Der strafbare Betrug durch Unterlassung* (A fraude penal por omissão), 1925.
- KÜHNE — *Der tatbestand der Erpressung* (Os elementos da extorsão), 1906.
- LANDRY — *De l'escroquerie*, 1901.
- LANZA (P.) — *Reatti contro la proprietà*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, 1899.
- LANZA (V.) — *Sistema di diritto processuale penale italiano*, 1922.
- *Principi di diritto processuale penale*, 1914.
- LEONARDOS (T. O.) — *A marca de indústria e comércio*, 1919.
- LETO (G.) — *Il reato di ricettazione*, 1896.
- LEUTZ — *Die Sachbeschädigung*, 1914.
- LISZT-SCHMIDT — *Lehrbuch des Strafrechts*, 1927.
- LOLLINI — *Sul reato di furto*, 1900.
- LONGHI — *Di una teoria positivista sulla frode criminale*, in *Scuola Positiva*, IV.
- LUCCA — *Il furto di energia elettrica e genetica*, 1905.
- MAGALHÃES NORONHA — *Crimes contra o Patrimônio*, 1948-1952.
- MAGRI — *Reati contro la proprietà*, 1895.
- MAIERINI — *Della revoca degli atti fraudolenti*, 1912.
- MANCI — *La truffa nel codice penale italiano*, 1930.
- MANZINI — *Trattato del furto*, 1926.
- *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, p. 1.^a, 1938.
- MARCIANO (G.) — *Il titolo X del codice penale*, 1927.
- MARTIN (D. N.) — *El delito de encubrimiento*, 1946.
- MARTUCCI — *Truffa e frode processuale*, 1932.
- MASCAREÑAS — *Los delitos contra la propiedad industrial*, 1953.
- MASCARENHAS (Ildefonso) — *Direito de autor*, 1947.
- MASUCCI — *Intorno alla criminalità delle frodi contrattuali*, in *Riv. Penale*, XXVIII.
- MAURACH (R.) — *Deutsches Strafrecht*, 1953.
- MELLOR (A.) — *Le chantage dans les mœurs modernes et devant la loi*, 1937.
- MERLIN — *Répertoire de Jurisprudence*, verb. "Vol".

- MEZGER — *Zur Entwicklung der sogennante Ersatzhehlerei (Sobre a evolução da chamada receptação do sub-rogado)*, in *Zeitschrift für die gesamt Strafrechtswissenschaft*, vol. 59.
- MICELA (G.) — *Trattato sul danneggiamento*, 1900.
— *Trattato della frode*, 1894.
- MILILLO — *L'appropriazione indebita con abuso di relazioni di prestazione d'opera*, in *Scuola Positiva*, II, 1932.
- MILLER — *Handbook of criminal law*, 1934.
- MOLL — *Die strafrechtliche Behandlung der Sachbeschädigung (O tratamento penal do dano)*, 1924.
- MOREAU — *Traité de la concurrence illicite*, 1904.
- MOSCHINI — *La frode in negozio illecito*, in *Scuola Positiva*, XX, 1910.
— *Dolo civile e dolo penale nella truffa*, *idem*, IV.
— *Nozione giuridica del raggio nella truffa*, in *Riv. di diritto e procedura penale*, 1917.
- NAEGELI — *Die Vollendung der Unterschlagung (A consumação da apropriação indébita)*, 1919.
- NIETHAMMER (E.) — *Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts*, 1950.
- NOÉ AZEVEDO — *In O Novo Código Penal*, vol. 2.º.
- NOTARISTEFANI — *La frode punibile*, in *Foro Italiano*, V.
- NOURRISSON — *De la participation des particuliers à la poursuite des crimes et des délits*, 1894.
- NULLI E EUSEBIO — *In Digesto Italiano*, verb. "Appropriazione indebita".
- OBORNIKER (A.) — *Der schwere Diebstahl*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 147.
- OLIVIERI — *Il raggio e l'elemento etico nel reato di truffa*, in *Riv. di diritto e procedura penale*, I.
- ONDEI — *Sul momento consumativo del furto*, in *Il nuovo diritto*, 1933.
- OSTWALD — *In Deutsche Juristische Zeitung*, 1897.
- PALADINI — *Fattori della responsabilità civile e penale*, 1917.
- PALAZZO — *Il delitto di deviazione di acque*, in *Riv. Penale*, 1931.
- PALOPOLI (N.) — *In Nuovo Digesto Italiano*, vols. VI, verbs. "Furto", "Rapina" e "Estorsione", e IV, verb. "Danneggiamento".
— *Usurpazione, rimozione o alterazione di termini e Deviazione di acque*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vols. 12, 1.ª parte, e IV.
- PAMPALONI — *Studi sul delitto di furto*, 1894-1900.
- PATIN ET CAUJOLLE — *Législation pénale en matière commerciale*.
- PETROCELLI (B.) — *L'appropriazione indebita*, 1933.
- PICHOT — *De la concurrence déloyale et de la contrefaçon*, 1924.
- PINTO (M.) — *Del danneggiamento*, 1908.
- PIOLA-CASELLI — *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, 1927.
— *Diritto di autore*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IV.

- PIVANO (S.) — *Il delitto di deviazione di acque*, in *Riv. di diritto e proc. penale*, vol. I, 1916.
- PONTES RIBEIRO — *Código Penal Brasileiro*, vol. II.
- POUILLET — *Brevets d'inventions et secrets de fabrique*, 1915.
— *Tratté théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de reproduction*, 1908.
- PUGLIA (F.) — *Dei delitti contro la proprietà*, in *Trattato di diritto penale*, de COGLIOLO, 1890, e in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, de PESSINA, vol. 10, 1908.
— *Manuale teorico-pratico di diritto penale*, 1895, vol. I.
- RAMELLA — *Trattato della proprietà industriale*, 1927.
- RANIERI (S.) — *Manuale di diritto penale*, vol. III, 1952.
- RAVIZZA — *Truffa*, in *Digesto Italiano*.
- REYNOARD — *Précis théorique et pratique des marques de fabrique*, 1939.
- ROCCO (A.) — *L'oggetto del reato*.
- ROMMEL — *Der Betrug* (O estelionato), 1894.
- ROTONDI — *Per la tutela del diritto morale dell'autore*, in *Riv. di diritto commerciale*, 1924.
— *Trattato di diritto dell'industria*, 1935.
- ROUBIER (P.) — *Le droit de la propriété industrielle*, 1952.
- SABATINI — *Ancora sulla truffa nei negozi illeciti*, in *Scuola Positiva*, 1923.
- SAILLARD (H.) — *De l'abus de confiance*, 1928.
- SALTELLI-DI FALCO — *Commento del nuovo Codice Penale*, vol. II.
- SALVADORE — *Il plagio e i diritti di autore*, in *Riv. di diritto commerciale*, 1929.
- SANDULLI — *I delitti nell'arte*, 1927.
— *La dottrina generale dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio*, 1928.
- SCHEGGI — *Diritto industriale e d'autore*, 1954.
- SCHMELING — *Hehlerei und hehlerische Ausbeutung*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 398.
- SCHRÖDER — *Abgrenzung des Diebstahls vom Betrug* (A distinção entre furto e estelionato), in *Zeitschrift für die gesam. Strafrechtswissenschaft*, vol. 60.
— *Begünstigung und Hehlerei*, in *Festschrift für Rosenthal*, 1949.
- SECHI — *In tema di raggiri per integrare la truffa*, in *Foro Italiano*, 1933.
- SEIFRIED — *Vorsatz und Handlung des Betrugs* (Dolo e ação no estelionato), 1906.
- SEVERINO (L.) — *Il furto di uso di energia e reati affini*, 1933.
- SIQUEIRA (G.) — *Direito Penal Brasileiro*, parte especial, 1924.
— *Tratado de Direito Penal*, 1950.

SOARES DE MELO — *Da receptação*, 1937.

SOLER (S.) — *Derecho Penal Argentino*, vol. IV, 1946.

SOTGIÙ — *Sul momento consumativo della estorsione*, in *Riv. di diritto penale*, 1933.

STOLFI — *Il diritto di autore*, 1932.

STOPPATO — *La frode negli atti illeciti*, in *Scritti giuridici per le onoranze a F. CARRARA*, 1899.

TOLOMEI (A. D.) — *Della truffa e di altri frodi*, 1915.

UHLMANN — *Zur eifachen Sachbeschädigung (Sobre o dano simples)*, 1893.

URE (E. J.) — *El delito de apropiación indebida*, 1947.

VANNINI (O.) — *Manuale di diritto penale*, parte especial, 1949.

VON LISZT — *Lehrbuch*.

VON PRAZYNSKI — *Das Verhältnis der Sachbeschädigung zur Aneignung (A relação entre dano e apropriação)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, fasc. 88.

WOLF (J.) — *Die Idealkonkurrenz zwischen Mord und Raub mit Todesfolge (O concurso ideal entre homicídio e latrocínio)*, in *Strafrechtliche Abhandlungen*.

XAVIER (Carlos) — *Dos Crimes contra o Patrimônio*, 1948.

ZOLA (Enrico) — *Frode in commercio*, 1927.

ZEILER — *Betrug und Betrugsversuch bei gesetzwidrigen Rechtsgeschäft (Estelionato e tentativa de estelionato nos negócios ilegais)*, in *Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft*, XXVII, 1908.

Índice Alfabético

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

	Pág.
<i>Abandono de animais em propriedade alheia</i>	n.º 51
"Ablatio"	22
<i>Abuso da posse</i>	139
<i>Abuso de confiança</i>	n.º 14
<i>Abuso de incapazes</i>	n.º 97
<i>Ação penal</i>	92, 115, 147, 150, 338, 350, 363
<i>Ação penal privada</i>	116
<i>Administrador</i>	140
<i>Águas (usurpação)</i>	ns. 38 e 39
<i>Águas alheias</i>	87
<i>Alienação fraudulenta de coisa própria</i>	n.º 90
<i>Alienado mental</i>	281
<i>Alteração de limites</i>	ns. 36 e 37
<i>Alteração de local especialmente protegido</i>	n.º 53
<i>Ameaça</i>	52, 66
<i>Amostras</i>	362
"Amotio"	22
<i>Animais (Introdução ou abandono em propriedade alheia)</i> n.º	51
"Animus damni vitandi"	152
"Animus nocendi"	104, 109
"Animus rem sibi habendi"	14
"Apprehensio"	22, 58
<i>Apropriação</i>	n.º 59
<i>Apropriação de coisa achada</i>	n.º 71
<i>Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza</i>	n.º 69
<i>Apropriação de tesouro</i>	n.º 70
<i>Apropriação indébita</i>	40, 47
<i>Apropriação indébita (consumação e tentativa)</i>	n.º 65
<i>Apropriação indébita (dolo)</i>	n.º 60
<i>Apropriação indébita (fôro competente)</i>	n.º 66
<i>Apropriação indébita (histórico)</i>	n.º 55

	Pág.
<i>Apropriação indébita</i> (prestação de contas e interpelação judicial)	n.º 61
<i>Apropriação indébita</i> (prisão civil)	142
<i>Apropriação indébita</i> (sujeitos ativo e passivo)	n.º 62
<i>Apropriação indébita e estelionato</i>	n.º 79
<i>Apropriação indébita qualificada</i>	n.º 68
<i>Ardis</i>	197
<i>Armas</i>	55
<i>Armas, brasões e distintivos públicos</i> (uso não autorizado)	n.º 148
<i>Artifícios</i>	197
<i>Assenhoreamento</i>	15
<i>Atividade comercial</i>	266
<i>Ato de comércio</i>	266
<i>Autolesão</i> (para o fim de fraude)	237
B	
<i>Balanço (falso)</i>	285
<i>Bando ou quadrilha</i>	n.º 30
<i>"Blackmail"</i>	66, 159
<i>Bloqueio da provisão do cheque</i>	240
<i>Brasões públicos</i> (uso não autorizado)	n.º 148
<i>Burlas para obtenção de prestação</i>	n.º 100
C	
<i>Cadáver humano</i>	20
<i>Casa habitada</i>	28
<i>Caso fortuito</i>	146
<i>"Chantage"</i>	66, 72
<i>Chave falsa</i>	n.º 43
<i>Cheque</i> (fraudes no pagamento por meio de)	n.º 94
<i>Cód. de Proc. Civil</i> (art. 591)	152
<i>Coisa achada</i> (apropriação de)	n.º 71
<i>Coisa alheia móvel</i>	14, n.º 58
<i>Coisa comum</i> (furto de)	n.º 20
<i>Coisa comum infungível e fungível</i>	47
<i>Coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico</i>	n.º 52
<i>Coisa móvel</i>	19, 33
<i>Coisa perdida</i>	151
<i>Comércio</i> (fraude no)	n.º 99
<i>Concorrência desleal</i>	n.º 136
<i>Concurso de agentes</i>	n.º 19, 55, 68
<i>Concurso de crimes</i>	n.º 63
<i>Conhecimento de depósito</i> (emissão irregular)	n.º 102

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL — IND. ALFABÉTICO

453

	Pág.
<i>Constrangimento ilegal</i>	54, 68
<i>Contrafação</i>	330, 344
<i>Contrafação (contribuição ao êxito de)</i>	ns. 114, 119 e 120
<i>Contrato "ad vendendum"</i>	138
<i>Contravenções florestais</i>	115
<i>"Contrectatio fraudulosa"</i>	13
<i>Convenção de Berna (sobre direitos autorais)</i>	385
<i>Convenção de Buenos Aires</i>	395
<i>Convenção de Paris (sobre propriedade industrial)</i>	415
<i>Convenção do Rio de Janeiro</i>	398
<i>Convenção literária entre o Brasil e a França</i>	405
<i>Convenção sobre direito autoral entre o Brasil e Portugal</i>	411
<i>Crime falimentar e estelionato</i>	n.º 82
<i>Crime impossível</i>	26
<i>Crime-meio e crime-fim</i>	58
<i>Crime patrimonial familiar</i>	317 e segs.
<i>Crime patrimonial familiar (co-participação de estranho)</i> ..	n.º 111
<i>Crime putativo</i>	26, 74, 242
<i>Crimes complexos</i>	11, 54, 59, 91
<i>Crimes contra a economia popular</i>	282
<i>Crimes contra a expressão ou sinal de propaganda</i>	368 e segs.
<i>Crimes contra a propriedade imaterial (generalidades)</i> ...	325, 326
<i>Crimes contra a propriedade industrial</i>	339 e segs.
<i>Crimes contra a propriedade intelectual</i>	327 e segs.
<i>Crimes contra as marcas de indústria e de comércio</i>	351 e segs.
<i>Crimes contra o nome comercial, o título de estabelecimento e insígnia</i>	364 e segs.
<i>Crimes contra o patrimônio (generalidades)</i>	5
<i>Crimes contra o patrimônio (sua casuística)</i>	10
<i>Crimes contra os privilégios de invenção, os modelos de utilidade e desenhos ou modelos industriais</i>	339 e segs.
<i>Crimes de concorrência desleal</i>	370 e segs.
<i>Crimes praticados por meio de marcas de indústria e de comércio, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de propaganda</i>	380 e segs.
<i>Criminalidade profissional</i>	67
<i>Curandetrismo</i>	n.º 84

D

<i>Dano (consumação e tentativa)</i>	n.º 48
<i>Dano (elemento subjetivo)</i>	n.º 49
<i>Dano (histórico e conceito)</i>	n.º 45

	Pág.
<i>Dano</i> (objeto material, sujeito ativo e execução)	n.º 47
<i>Dano</i> (o evento no crime de)	n.º 46
<i>Dano qualificado</i>	n.º 50
<i>Defraudação de penhor</i>	n.º 91
<i>Demolição</i>	102
<i>Depósito miserável</i>	143
<i>Depósito necessário</i>	143
<i>Derribamento</i>	102
<i>Desenhos e modelos industriais</i>	330, 344, n.º 121
<i>Desenhos industriais</i> (falsa menção de depósito ou patente) n.º	125
<i>Deslocamento de tapumes</i>	84
<i>Desmoronamento</i>	102
<i>Destreza</i>	n.º 17
<i>Destruição</i>	101
<i>Destruição de obstáculo</i>	n.º 13
<i>Desvio de clientela</i>	n.º 139
<i>Detenção de coisa alheia</i>	137
<i>Detenção em depósito de artigo ou produto com marca repro-</i> <i>duzida, imitada ou usurpada</i>	n.º 132
<i>Direito autoral</i> (violação de)	n.º 113
<i>Disposição de coisa alheia como própria</i>	n.º 89
<i>Distintivos públicos</i> (uso não autorizado)	n.º 148
<i>Dívida de jogo e cheque sem fundos</i>	245 e segs.
<i>Documento falso de conteúdo econômico</i>	10
<i>Dolo de aproveitamento</i>	78
<i>Duplicata simulada</i>	n.º 98

E

<i>Energias de valor econômico</i>	19, n.º 11
<i>Entidade de direito público</i>	253
<i>Erro</i>	148
<i>Erro</i> (induzimento em)	197
<i>Erro</i> (manutenção em)	200
<i>Erro de fato</i>	21, 134, 272, 281, 335
<i>Esbulho possessório</i>	ns. 40 e 41
<i>Escalada</i>	n.º 16
<i>Especulação</i> (induzimento a)	n.º 98
<i>Estelionato</i>	19, 64, ns. 73 e segs.
<i>Estelionato</i> (consumação e tentativa)	n.º 86
<i>Estelionato</i> (modalidades especiais)	n.º 88
<i>Estelionato</i> (no seu tipo fundamental)	n.º 76
<i>Estelionato</i> (sujeito passivo)	n.º 77
<i>Estelionato culposo</i>	220

	Pág.
<i>Estelionato e apropriação indébita</i>	n.º 79
<i>Estelionato e crime falimentar</i>	n.º 82
<i>Estelionato e extorsão</i>	213
<i>Estelionato e falsidade</i>	n.º 78
<i>Estelionato e jogo</i>	n.º 31
<i>Estelionato e usurpação de energia elétrica</i>	n.º 216
<i>Estelionato "in incertam personam"</i>	206
<i>Estelionato privilegiado</i>	n.º 87
<i>Estelionato qualificado</i>	n.º 95
<i>"Eventus damni"</i>	20
<i>Exercício arbitrário das próprias razões</i>	68, 87, 101
<i>Exercício ilegal de profissão</i>	219
<i>Exploração de desenho ou modelo industrial</i>	n.º 121
<i>Exposição à venda de artigo ou produto com marca reproduzida, imitada ou usurpada</i>	n.º 132
<i>Expressão de propaganda (violação do direito à)</i>	n.º 135
<i>Extorsão</i>	48, n.º 35
<i>Extorsão (consumação e tentativa)</i>	n.º 32
<i>Extorsão (elementos)</i>	n.º 26
<i>Extorsão e estelionato</i>	n.º 80
<i>Extorsão indireta</i>	n.º 33, 243
<i>Extorsão indireta (consumação e tentativa)</i>	n.º 34
<i>Extorsão mediante seqüestro</i>	n.º 29
<i>Extorsão qualificada pelo resultado</i>	ns. 28 e 31

F

<i>"Facultas decipiendi"</i>	176, 205
<i>"Fahrtprellerei"</i>	270
<i>Falsa indicação da procedência de produto ou artigo</i>	n.º 140
<i>Falsa informação acerca de concorrente</i>	n.º 138
<i>Falsidade e estelionato</i>	n.º 78
<i>Falsidade ideológica</i>	219, 258, 275
<i>Fiança ou caução (não exclui a apropriação indébita)</i>	133
<i>"Filouterie d'aliments"</i>	270
<i>"Filouterie d'auberge"</i>	270
<i>"Filouterie de transport"</i>	270
<i>Fôrça da natureza</i>	n.º 69
<i>Fraude</i>	n.º 15, 64
<i>Fraude à execução</i>	n.º 103
<i>Fraude em pesos e medidas</i>	207
<i>Fraude falimentar</i>	164
<i>Fraude na entrega de coisa</i>	n.º 92
<i>Fraude no comércio</i>	n.º 99, 378

	Pág.
<i>Fraude no pagamento por meio de cheque</i>	n.º 94
<i>Fraude nos negócios ilícitos ou imorais</i>	n.º 75
<i>Fraude para o desvio de clientela</i>	375
<i>Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro</i>	n.º 93
<i>Fraude penal e fraude civil</i>	n.º 74
<i>Fraude patrimonial</i>	n.º 73
<i>Fraude pauliana</i>	164
<i>Fraude processual</i>	85
<i>Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações</i>	n.º 101
<i>Furto</i>	11 e segs.
<i>Furto (conceito)</i>	n.º 2
<i>Furto (consumação e tentativa)</i>	n.º 7
<i>Furto (elementos)</i>	n.º 3
<i>Furto de coisa comum</i>	n.º 20, 103
<i>Furto de coisa própria (impossibilidade)</i>	16
<i>Furto de energia</i>	n.º 11
<i>Furto necessitado</i>	n.º 10
<i>Furto noturno</i>	n.º 8
<i>Furto privilegiado</i>	n.º 9
<i>Furto qualificado</i>	n.º 12
<i>"Furtum possessionis"</i>	16
<i>"Furtum usus"</i>	14, n.º 6

G

<i>Gado</i>	95
<i>"Gangsters"</i>	55, 70, 159
<i>Gestão fraudulenta ou temerária</i>	221, 278
<i>"Guitarra" (processo fraudulento da)</i>	187, 195

H

<i>Homonímia</i>	365
<i>Hotel (obtenção fraudulenta de pousada em)</i>	n.º 100

I

<i>Idoneidade de meio iludente</i>	223
<i>Idoneidade financeira (como excludente do dolo na apropriação indébita)</i>	132
<i>Ilícito civil e ilícito penal</i>	168 e segs.
<i>Imitação de marca alheia</i>	n.º 129
<i>Impunibilidade absoluta e relativa</i>	n.º 109

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL — ÍND. ALFABÉTICO

457

	Pág.
<i>Inadimplemento preordenado</i>	106
<i>Incapazes</i> (abuso de)	n.º 97
<i>Incêndio</i>	10, 100
<i>Induzimento a especulação</i>	n.º 98
<i>Induzimento em erro</i>	197
<i>Insignia</i> (violação de direito à)	n.º 134
<i>Instituto de economia popular</i>	253
<i>"Instrumenta sceleris"</i>	297
<i>Interpelação judicial</i>	134
<i>Introdução de animais em propriedade alheia</i>	n.º 51
<i>Inundação</i>	10, 100
<i>Inutilização</i>	102
<i>Invenção</i> (concelto)	342
<i>Invenções menores</i>	344

J

<i>Jôgo e estelionato</i>	n.º 81
<i>"Jus compensationis"</i>	133
<i>"Jus retentionis"</i>	133, 152

K

<i>"Kidnapping"</i>	70, 159
---------------------------	---------

L

<i>Latrocínio</i>	59, 62
<i>Latrocínio</i> (tentativa de)	62
<i>Lei de segurança</i>	106
<i>Lesão patrimonial</i>	n.º 4
<i>"Licentia decipiendi"</i>	169, 176
<i>Literatura afarista</i>	276
<i>"Logisprellerei"</i>	270

M

<i>Magia</i>	n.º 84
<i>Manutenção em erro</i>	202, 204
<i>Marca</i> (imitação)	n.º 129
<i>Marca</i> (reprodução total ou parcial)	n.º 128
<i>Marca</i> (violação do direito de)	n.º 127
<i>Marca</i> (usurpação)	n.º 131
<i>Marca de indústria ou comércio</i> (concelto)	352

	Pág.
<i>Marca de outrem em produto ou artigo</i> (uso de) n.º	131
<i>Marca em animais</i> (supressão ou alteração) n.º	44
<i>Marca reproduzida, imitada ou usurpada</i> (venda, exposição à venda ou detenção em depósito de) n.º	132
<i>Marca reproduzida ou imitada</i> (uso de) n.º	130
<i>Marcas nominativas</i>	358
<i>Marco</i>	83
<i>Menor emancipado</i>	262
<i>Mentira</i> 183, 197, 198,	205
<i>"Mise en scène"</i>	183
<i>Modelos e desenhos industriais</i> 330,	344
<i>Modelos industriais</i> (falsa menção de depósito ou patente) n.º	125
<i>Motivo egoístico</i>	107

N

<i>Noite</i> (conceito)	28
<i>Nome comercial</i> (violação do direito ao) n.º	134
<i>Nome de autor</i> (usurpação)	115

O

<i>Obras literárias, científicas e artísticas</i>	330
<i>Omissão da verdade</i>	202
<i>Oneração fraudulenta de coisa própria</i> n.º	90

P

<i>Paródia</i>	333
<i>"Parva calliditas"</i>	163
<i>Patrimônio</i> (identidade de sua disciplina no direito privado e no direito penal) 6 e segs.	
<i>Patrimônio e propriedade</i> (distinção)	5
<i>Peculato</i> 10,	151
<i>Penhor</i> (defraudação de) n.º	81
<i>Pequeno valor</i> 30,	152
<i>Perdão judicial</i> 273,	315
<i>Plágio</i>	332
<i>Posse de coisa alheia</i> 137, n.º	64
<i>Posse ou detenção para fim ilícito</i> n.º	67
<i>Prestação de contas</i> (apropriação indébita)	140
<i>Primariedade</i> 30,	152
<i>Prisão civil</i>	n.º 67

	Pág.
<i>Privilegio</i> (declaração imprecisa)	n.º 124
<i>Privilegio de invenção</i> (falsa atribuição de)	n.º 123
<i>Privilegio de invenção</i> (tutela penal)	n.º 112
<i>Promessa de venda de imóveis a prestações</i>	229
<i>Propaganda</i> (sinal de)	n.º 135
<i>Prospecto</i>	276
<i>Pseudônimo</i> (usurpação)	n.º 115
<i>Publicação abusiva</i>	330, 334
<i>Publicidade difamatória contra concorrente</i>	n.º 137

R

<i>"Racketeering"</i>	70, 159
<i>Rebanho</i>	95
<i>Receptação</i>	137, n.º 104
<i>Receptação</i> (autonomia)	n.º 107
<i>Receptação</i> (pena)	300 e segs.
<i>Receptação culposa</i> (conceito)	n.º 106
<i>Receptação culposa</i> (indícios)	312
<i>Receptação dolosa</i>	n.º 105
<i>Receptação do sub-rogado do produto do crime</i>	298
<i>Receptação e fornecimento pessoal</i> (distinção)	298, 299
<i>Receptação imprópria</i>	295, 297
<i>Receptação própria</i>	295, 296
<i>Recompensas ou distinções não obtidas</i> (inculcação de)	n.º 144
<i>Reincidência específica</i>	10
<i>Relatório</i>	279
<i>"Remplissage"</i>	360, 361
<i>Repouso noturno</i>	28
<i>Representação</i>	48
<i>Reprodução abusiva</i>	330, 334
<i>Reprodução de marca</i>	354
<i>"Res commune omnium"</i>	17, 18
<i>"Res deperdita"</i>	18
<i>"Res derelicta"</i>	17, 150
<i>"Res nullius"</i>	17
<i>Rompimento de obstáculo</i>	n.º 13
<i>Roubo</i> (conceito e elementos)	n.º 21
<i>Roubo</i> (consumação e tentativa)	n.º 24
<i>Roubo especialmente agravado</i>	n.º 22
<i>Roubo impróprio</i>	53
<i>Roubo próprio</i>	53
<i>Roubo qualificado pelo resultado</i>	n.º 23

	Pág.
S	
<i>Sanções civis do ilícito patrimonial</i>	6, 7
<i>"Schlüssige Handlung"</i>	197
<i>Segrêdo de fábrica ou de comércio (violação de)</i>	n.º 146
<i>Seguro (fraude para seu recebimento)</i>	n.º 93
<i>Semoventes</i>	14
<i>Sequestro</i>	n.º 29
<i>Simulação fraudulenta</i>	164
<i>Sinal de propaganda (violação do direito ao)</i>	n.º 135
<i>Sinais distintivos que indiquem procedência não-verdadeira (uso)</i>	n.º 149
<i>Sociedade anônima estrangeira</i>	286
<i>Sociedades por ações (fraudes e abusos)</i>	n.º 101
<i>Suborno com o fim de vantagem indevida</i>	145
<i>Substância explosiva</i>	105
<i>Substância inflamável</i>	105
<i>Substituição do nome do produtor</i>	n.º 142
<i>Subtração</i>	14, 25, 38

T

<i>Tapume</i>	83
<i>Têrmos retificativos</i>	355, n.º 141
<i>Tesouro (apropriação de)</i>	n.º 70
<i>Título de estabelecimento (violação do direito ao)</i>	n.º 134
<i>Tombamento de coisa de valor artístico, histórico ou natural</i>	112, 114
<i>Torpeza bilateral</i>	n.º 75, 249, 255
<i>Transporte (utilização fraudulenta de meio de)</i>	n.º 100

U

<i>Uso comercial e uso doméstico</i>	361
<i>Uso de moeda falsa</i>	10
<i>Usura</i>	76
<i>Usurpação</i>	n.º 35
<i>Usurpação de águas</i>	ns. 38 e 39
<i>Usurpação de alimentos</i>	n.º 100
<i>Usurpação de animais</i>	332
<i>Usurpação de energia elétrica e estelionato</i>	n.º 83
<i>Usurpação de marca</i>	359
<i>Usurpação de nome, pseudônimo ou sinal alheio</i>	n.º 115

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL — IND. ALFABÉTICO

461

V

Pág.

Valor de afeição	6, 8,	14
Valor diminuto		21
Valor econômico e valor patrimonial		9
Venda de imóveis a prestações		229
Venda ou exposição à venda de artigo ou produto com marca reproduzida, imitada ou usurpada	n.º	132
Venda ou exposição à venda de mercadoria, adulterada ou falsificada, ou não, em recipiente ou invólucro de outro produtor	n.º	143
"Venditio fumi"		194
"Versari in re illicita"		57
Vias de fato	54,	92
Violência contra a coisa	n.º	13
Violência contra a pessoa	51, 90,	101
Violência moral ("vis compulsiva")	52, 90,	101

W

"Warrant" (emissão irregular)	n.º	102
-------------------------------------	-----	-----

Índice Onomástico

ÍNDICE ONOMÁSTICO

	Pág.
AHRENS	169
ALCÂNTARA MACHADO 32, 34, 93, 123, 124, 300, 303,	309
ALLART	366
ALVES DA SILVA	256
AMAR	331
ANGELOTTI 6, 100,	249
ANTOLISEI	8
AQUILIO GALLO	178
ARI FRANCO	126
ARIOSTO	161
ASCARELLI 244,	248
 BACON	174
BARBERIS	180
BARRÈS	222
BARROS BARRETO	207
BASILEU GARCIA 241, 248, 249,	256
BATTAGLINI	249
BECCARIA	174
BENTHAM	168
BENTO DE FARIA 249,	320
BERNER	71
BEVILÁQUA	329
BINDING 15, 168, 170, 187, 202,	249
BLUTEAU	302
BOCCHIALINI	184
BONNET	347
BORSARI	181
BOUZAT	300
BRAUN	358
BRUNETTI 171,	172
 CANTÙ	182
CARFORA	198

	Pág.
CARMIGNANI	179, 181
CARPSÓVIO	304
CARRARA .. 26, 52, 85, 165, 166, 171, 180, 183, 189, 196, 213, 216, 249,	295
CARVALHO DE MENDONÇA	256
CHAVEAU ET HÉLIE	179, 181, 221
CHAVEAU, HÉLIE ET BLANCHE	198
CÍCERO	162
COELHO DA ROCHA	164, 165
CORDOVA	137
CRIVELLARI	85
CUELLO CALÓN	241, 255
CUNHA PEIXOTO	245, 255
DALCKE	319
DANTE	160, 162
DE MARSICO	100
DI GUGLIELMO	361
DI TULLIO	180
DOCHOW	15
DONÀ	269, 282
DONNEDIEU DE VABRES	117, 245
EDGAR NORONHA	247, 249, 252, 254, 255
ESCOBEDO	182, 190, 194
FAGGELLA	182
FERRARA	336
FERRERO-SIGHELE	160, 163
FERRI	161
FERRIANI	163
FEUERBACH	166, 294
FILADELFO AZEVEDO	126
FISCHER	8
FLORIAN	101
FRANCISCO CAMPOS	56, 76, 77, 91, 95, 120, 279, 347
FRANK	63, 72, 73, 141, 297
FRASSATI	34
GALDINO SIQUEIRA	118, 174, 193, 195, 196, 200, 249, 254, 309
GAMA CERQUEIRA	343, 348, 367
GARRAUD	25, 38, 75, 179, 255
GAUTIER	108, 265, 291
GEIB	180
GIURIATI	34, 73, 104, 184, 185, 186, 192, 196, 199, 201

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL — IND. ONOMÁSTICO

407

	Pág.
GOKNNER	180
Goyena	139, 140, 141
GRACILIANO RAMOS	41
GRYZIECKI	202
HAFTER	25, 66, 72, 132, 141, 265, 276, 290, 291
HAHNEMANN GUIMARÃES	207
HEGEL	168, 172
HERZOG	15
HEYSSLER	170, 171
HOBBS	231
HOOVER	159
HOUPIN-BOSVIEUX	276
HUNGRIA .. 27, 60, 69, 99, 116, 136, 206, 207, 208, 210, 214, 219, 249, 251, 254, 270	
IMPALLOMENI	174, 183, 184, 216
JANNITTI DI GUYANGA	196
JOÃO MENDES	118
JOÃO VIEIRA	249
JOSÉ DUARTE	301, 302, 303, 304, 305, 307, 309, 310, 311
JOSÉ HIGINO	166
JUSTINIANO	303
KÖHLER	300, 366
KORKONOV	170
LABEÃO	162, 164
LAFAYETTE DE ANDRADA	280
LANZA	118, 119
LEROY-BEAULIEU	273
LISZT-SCHMIDT	72
LONGO	179
LOUIS DAVID	198
LUCCHINI	184
LUÍS GALLOTTI	246, 251
MACEDO SOARES	249
MAGALHÃES NORONHA .. 9, 16, 27, 28, 29, 38, 39, 46, 53, 57, 61, 62, 77, 91, 85, 101, 107, 112, 127, 142, 143, 193, 233, 239, 241, 245, 266, 271, 320, 321	
MAGNAUD	31
MAGRI	181

	Pág.
MANCI	192
MANZINI .. 9, 16, 35, 46, 52, 74, 100, 118, 141, 169, 170, 172, 175,	
..... 190, 191, 224, 249, 250,	321
MARCIANO	72, 305
MARTINHO GARCÉS	164
MARX	229
MASUCCI	172
MAURACH	218
MAXIMILIANO	201
MAYER (M. E.)	203
MENDES DE ALMEIDA	116, 118, 119, 120
MERKEL	15, 170, 181
MERLIN	212
MITTERMAYER	179, 181
MOLIÈRE	161
MONTESQUIEU	304
MOSCHINI	188
MOSSA	255
NANI	294
NAPOLÉÃO	31, 222
NOÉ AZEVEDO	90, 92, 93
NOTARISTEFANI	181
NOURRISSON	116
OLIVIERI	199
OROZIMBO NONATO	302
ORTOLAN	179
OSTWALD	32, 34
PATIN ET CAUJOLLE	276, 285
PAULO	16, 164
PESSINA	180, 188, 249
PETRARCA	188
PIRMEZ	174, 222
PONTES RIBEIRO	126
POUILLET	333
PRINS	174
PUGLIA	173, 181, 189, 198, 249
RAMELLA	214
RAUTER	179
ROCCO	7, 33, 88, 124, 172, 197
ROCHA LAGOA	207, 208, 280

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL — IND. ONOMÁSTICO 469

	Pág.
ROUBIER	356
RUKTRAT	15
SALTELLI-DI FALCO	137, 249
SÁ PEREIRA	21, 31, 33, 75, 82, 93, 123, 202, 271, 309
SCHEGGI	325
SCHOPENHAUER	164
SCHWARTZE	15
SERRANO NEVES	279
SÉRVIO	162
SILVA FERRÃO	179
SOARES DE MELO	304, 306
SOLER	63
STAHL	170
STERNBERG	166
STOLFI	333, 365
STOOS	31, 202
TOLOMET	174, 178, 189, 194, 209, 217, 249
ULPIANO	164, 178
UNGER	170
VANNINI	26
VENEZIAN	170
VITERBO	302
VIVEIROS DE CASTRO	179
VOLTAIRE	139
VON BAR	15
VON BURI	295
VON HIPPEL	24
VON LISZT	21, 32, 63, 165, 168, 185, 196
WALTHER	169
XAVIER	90, 112
ZANARDELLI	28, 124, 197, 254
ZOLA (Emílio)	220
ZOLA (Enrico)	162

Índice de Artigos

ÍNDICE DE ARTIGOS

(Os números com asterisco indicam as páginas do comentário geral do artigo;
os outros, as páginas em que o artigo foi apenas referido ou comentado
sob algum aspecto particular.)

CÓDIGO PENAL

	Pág.
6.º	246
9.º	30
12	61, 62, 225, 238
13	142
14	26
17	21, 113, 320
18	44
19	272
20	272
22	261, 314
23	260, 314
25	277, 282, 286
26	36, 40, 45, 323, 349
27	45, 138, 296
30	310
34	143
42	36, 45, 146, 151, 249, 329
43	249
44	40, 349
45	45, 262
46	10, 30
48	133
51	62, 112, 214, 215, 239, 299
68	18
74	9, 120
103	101
105	318
108	315
121	60
129	57

	Pág.
146	65, 69
147	66
148	69, 70
155 .. 11 *, 13, 15, 16, 21, 26, 29, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 99, 121, 153,	310
156	12 *, 45, 46, 47, 48
157	48 *, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 68, 69
158	49 *, 62, 69, 71, 73
159	49 *, 69, 70, 71, 75, 260
160	50 *, 75, 76, 79, 244
161	18, 80 *, 82, 83, 84, 86, 88, 90, 91, 92, 93, 99, 322
162	80 *, 93
163	84, 96 *, 98, 105, 109, 112, 115, 116, 322
164	96 *, 108, 115
165	97 *, 102, 107, 111, 112, 116
166	97 *, 102, 107, 113, 114, 115, 116
167	97 *, 110, 115, 322
168	120 *, 124, 126, 143, 144, 283
169	19, 121 *, 145, 147, 148, 225
170	121 *, 153, 310
171 .. 17, 35, 103, 135, 137, 146, 153 *, 193, 195, 196, 204, 224, 225, 226, 228, 232, 233, 234, 235, 238, 239, 242, 244, 246, 252, 253, 255, 256, 258, 266, 267, 271, 273,	310
172	154 *, 254, 258
173	154 *, 205, 260, 261, 262
174	155 *, 253, 263, 264, 265
175	155 *, 235, 267, 268, 355, 378
176	155 *, 269, 273
177	155 *, 275, 277, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287
178	157 *, 287, 288
179	157 *, 289, 292, 322
180	292 *, 300, 301, 302, 303, 309, 310, 311, 312, 314
181	44, 46, 315 *, 317, 318, 319, 322, 323
182	315, 316 *, 317, 318, 319, 321, 322, 323
183	315, 316 *, 322, 323
184	327 *, 328, 337
185	327 *, 338
186	93, 327 *, 336, 339
187	339
188	339
189	339
190	339
191	339

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL — ÍND. DE ARTIGOS

475

	Pág.
192	339
193	339
194	339
195	339
196	339
210	99
211	20
215	260
216	260
217 93,	260
218	260
227	260
231	260
244	260
245	260
247	260
248	260
249	260
250 106, 238,	239
251 106,	238
254	88
272	268
273	268
276	268
279	268
280	268
281	138
282	219
288	70
289 208,	299
293	271
299 226, 282,	285
304 208, 271, 282,	285
305 20,	99
312 143,	144
314	99
322	91
329	91
332	178
338	257
339	131
345 16, 66, 69, 84, 99, 100, 101,	152
346 16, 17,	103

476

NÉLSON HUNGRIA

	Pág.
347	85
348	298
357	178
359	275

CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

6.º	342
7.º	342
10	343
12	344, 345
13	344, 345
14	345
15	345
89	352
90	353
93	353
94	353
98	353
102	376
104	384
109	365
110	365
111	365, 367
115	364
117	365
120	365
121	369
136	352
151	354
152	354
153	354
154	354
155	354
156	354
157	354
159	378
169	328, 339 *, 345, 348
170	328, 339 *, 345, 348
171	328, 340 *, 345, 348
172	328, 340 *, 345, 349
173	328, 340 *, 349, 350
174	328, 341 *, 350
175	328, 351 *, 354, 358, 359, 362, 377

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL — ÍND. DE ARTIGOS

477

	Pág.
176	326, 364 *, 376, 377
177	326, 368 *
178 326, 360, 361, 370 *, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380,	381
179	326, 380 *
180	326, 380 *, 381
181	326, 350, 368, 380, 381
184	351, 383
185	363
186	351, 363
187	351
188	344, 351

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

Índice Geral

ÍNDICE GERAL

	Pág.
TÍTULO II — <i>Dos crimes contra o patrimônio</i>	5
CAPÍTULO I — <i>Do furto</i> (arts. 155 e 156)	11
CAPÍTULO II — <i>Do roubo e da extorsão</i> (arts. 157 a 160) ..	48
CAPÍTULO III — <i>Da usurpação</i> (arts. 161 e 162)	80
CAPÍTULO IV — <i>Do dano</i> (arts. 163 a 167)	96
CAPÍTULO V — <i>Da apropriação indébita</i> (arts. 168 a 170) ..	120
CAPÍTULO VI — <i>Do estelionato e outras fraudes</i> (arts. 171 a 179)	153
CAPÍTULO VII — <i>Da receptação</i> (art. 180)	292
CAPÍTULO VIII — <i>Disposições gerais</i> (arts. 181 a 183)	315
TÍTULO III — <i>Dos crimes contra a propriedade imaterial</i>	325
CAPÍTULO I — <i>Dos crimes contra a propriedade intelectual</i> (arts. 184 a 186)	327
CAPÍTULOS II A IV (substituídos pelo Título IV, capítulos I a VII, do Cód. de Propriedade Industrial)	
TÍTULO IV — <i>Dos crimes em matéria de propriedade industrial</i>	
<i>Capítulo I</i> — <i>Dos crimes contra os privilégios de invenção, os modelos de utilidade e os desenhos ou modelos industriais</i> (arts. 169 a 174)	339
<i>Capítulo II</i> — <i>Dos crimes contra as marcas de indústria e de comércio</i> (art. 175)	351
<i>Capítulo III</i> — <i>Dos crimes contra o nome comercial, o título de estabelecimento e a insígnia</i> (art. 176)	364
<i>Capítulo IV</i> — <i>Dos crimes contra a expressão ou sinal de propaganda</i> (art. 177)	368

	Pág.
<i>Capítulo V</i> — Dos crimes de concorrência desleal (art. 178)	370
<i>Capítulo VI</i> — Dos crimes praticados por meio de marcas de indústria e de comércio, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinais de propaganda (arts. 179 e 180)	380

VOLTA



Conheça melhor os comandos do Adobe Acrobat Reader



Busca por palavras

Visualização 100%

Encaixa página na tela

Encaixa página na largura

Segue à última página vista

Volta à última página vista

Vai à última página

Próxima página

Página anterior

Primeira página

Selecionar Textos

Lente de aumento

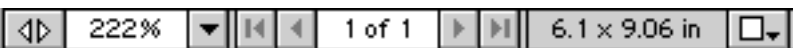
Movimentar Páginas

Miniaturas e marcadores

Imprimir

Abrir outros documentos

Sobre o Acrobat Reader



Páginas contínuas

Tamanho da página

Movimentação pelas páginas

Nível de Zoom

Miniaturas e marcadores

