

3 — PARECERES

APROPRIAÇÃO INDÉBITA

ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA

ADVOGADO

CONSULTA

1. Segundo consta dos autos do processo crime instaurado contra D.G.P. e J.A.P.C. foram ambos denunciados pela prática do delito previsto pelo art. 168, § 1.º, II, última figura (apropriação indébita — depositário judicial). A imputação consiste em terem os acusados, uma vez nomeados depositários de 11 milhões de litros de álcool anídrico carburante, vendido oito milhões seiscentos e noventa e seis mil, cento e setenta e quatro litros, daquele total. O álcool fora penhorado em ação de execução promovida pelo Banco do Estado de São Paulo S/A, contra a Destilaria A.L. S/A, da qual os denunciados são diretores, ocupando os cargos de Presidente e de Vice-Presidente.

O Ilustre Advogado João Daniel de Caires indaga se o fato narrado na denúncia constitui o crime descrito pelo art. 168, do CP.

PARECER

Apropriação indébita

2. Atualmente, a doutrina e a lei dão ao crime de apropriação indébita uma configuração nítida, com a exata descrição de seus elementos constitutivos. A perfeita identificação do tipo o distingue de outras figuras penais contra o patrimônio.

3. No entanto, nem sempre foi assim. Os Códigos Penais de 1830 e de 1890, seguindo, de certa forma, a tradição

romana, definiram a apropriação como uma modalidade do furto (arts. 258 e 331, respectivamente). O ora vigente reservou-lhe norma autônoma (art. 168) “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”.

4. O traço distintivo da apropriação reside na espontaneidade da entrega da coisa ao agente, o que torna legítima a posse ou a detenção. Vale dizer, o proprietário ou possuidor do bem, de forma livre e consciente o entrega, para que outrem dela possa dispor e usufruir. Claro que não pode fazê-lo *uti dominus*, pois o direito dominial permanece com quem fez a tradição. No furto ou no roubo está a retirada, a subtração contra a vontade do dono. No estelionato a característica é o engodo, a fraude, o artifício, que adulteram a vontade da vítima, para efetuar a tradição.

5. Sobre o prisma subjetivo, o dolo na apropriação indébita é posterior à posse ou à detenção. Ocorre no momento em que compelido a devolver, o agente retém o bem ou transfere a terceiro. Há pois uma inversão na qualidade do agente em relação ao bem: de possuidor ou detentor passa a proprietário de fato.

“O que ele possuía *causa mandati, depositi, pignores, commodati, locationis*, etc., ou detinha como simples fâmulos da posse ou instrumental *longa manus* de outrem, passa a possuir *causa dominis*” (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1.ª ed., vol. VII, p. 125).

O dolo, pois, é posterior à entrega, enquanto nos outros citados crimes ele se

apresenta como antecedente da apreensão da coisa.

6. O arquétipo penal visa proteger o patrimônio, bem como, em certas circunstâncias a posse (Mirabete, *Manual*, 7.^a ed., p. 261). Eles constituem, pois, a objetividade jurídica da apropriação indébita. O sujeito ativo é o possuidor ou detentor de coisa alheia que a recebeu voluntariamente, portanto a possui licitamente. O sujeito passivo é o proprietário, podendo ser o possuidor, como o credor pignoratício, ou o usufrutuário, que apenas não tendo a propriedade, transferem a posse a terceiro (Mirabete, p. 262).

7. O núcleo da figura penal em estudo é “apropriar-se”, que significa tomar para si, ter como sua coisa alheia. O tipo objetivo material é pois coisa móvel que é transferida ao agente pelo proprietário ou possuidor. Aquele passa a exercer a posse ou a detenção, sendo esta definida pelos arts. 487 e 497, do CC, e que corporifica materialmente o fato de alguém ter algo em seu poder. Já na posse encontra-se a intenção de ter o bem como próprio ou de utilizá-lo *alieno nomine*.

8. O núcleo desse tipo está intimamente relacionado com o seu elemento subjetivo e com o modo de sua consumação. O dolo consiste exatamente no *animus* de apropriar-se da coisa, passando a tê-la como se sua fosse. A legitimidade da posse ou da detenção até então existente desaparece, pela inversão ocorrida. O agente deixa de possuí-la em nome alheio, para exercer uma propriedade de fato. Sua intenção é não restituir o bem, dando-lhe destinação diversa daquela que motivou a entrega (Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, Renovar, 3.^a ed., p. 296).

9. O entrelaçamento do elemento subjetivo com o momento consumativo, dificulta a exata caracterização deste. Fora das hipóteses em que o possuidor ou detentor instado a devolver a coisa não o faz, seria necessário, no dizer de Hungria, uma *exploratio mentis*, para

indagar-se quando ocorreu a apropriação. Restam alguns fatos concretos denotadores da inversão do título da posse, que devem ser analisados caso a caso.

Penhora

10. A questão em análise se afasta da apropriação indébita de forma indubitosa. O elemento normativo do tipo “coisa alheia” não está presente, pois o álcool penhorado era de propriedade de Destilaria A.L. S/A.

11. Torna-se questão nuclear a natureza da penhora, bem como suas finalidades.

Uma das funções do Estado é pôr fim aos conflitos de interesses, por meio da aplicação da Lei. Diante de um interesse insatisfeito ou resistido o titular do mesmo exerce o direito de agir, para movimentar a jurisdição, inicialmente inerte. Esta, por sua vez, utilizando do processo diz o direito no caso concreto, acolhendo ou não a pretensão deduzida em Juízo.

12. A satisfação do interesse, no entanto, não se exaure com a declaração do direito e com a condenação do titular da resistência à pretensão do autor. Se assim fosse teríamos frustrado o objetivo da função jurisdicional, que é o da satisfação concreta do interesse, pondo fim ao conflito. Embora declarado o direito, o conflito persistiria, pois aquele não estaria sendo realizado.

Assim sendo, tal como ensina Liebman, em sua obra *Processo de Execução*: “A função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si: de um lado, o exame da lide proposta em Juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade, de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos” (pp. 79 e 80).

Desta forma ao Estado são outorgados poderes de coação, objetivando a efetivação real da pretensão. Por meio de atos concretos o Poder Jurisdicional completa sua missão, compelindo o particular a cumprir a obrigação imposta pela sentença ou constante de títulos aos quais a lei outorga presunção da existência do crédito. Essa atuação estatal se realiza nos chamados processos executivos, em sentido lato, instaurados pela ação executória, nas hipóteses de execução de sentença ou pela ação executiva, em sentido estrito, que tem por base os títulos extrajudiciais.

13. Para a realização concreta do comando emanado da sentença, ou seja, para o cumprimento da obrigação satisfativa à pretensão do autor, deve ser criado um vínculo entre aquela e o patrimônio do autor. Cumpre à penhora essa função. Uma vez efetivada, com a especificação dos bens do executado, que garantirão a execução, fica delimitada a responsabilidade executória.

14. A penhora, pois, constitui um instrumento de segurança da execução. Seu caráter é eminentemente instrumental. Objetiva a real satisfação do bem de vida outorgado ao autor da ação condenatória. A esse importa o concreto atendimento de sua pretensão, tendo na penhora um meio para alcançar tal finalidade. Do magistério do pranteado José Frederico Marques infere-se a natureza e o objeto da penhora, para quem ela é: “o ato coercitivo com que se dá início à expropriação de bens do devedor, na execução por quantia certa. Desde que este desatenda ao mandado executório e não pague, assim, a quantia reclamada, pelo credor com base no título executório, necessário se faz dar começo ao procedimento expropriatório, com a sujeição de bens do executado ao processo de execução forçada” (*Instituições de Direito Processual Civil*, Forense, 3.^a ed., v. V, p. 98).

15. A vinculação dos bens penhorados à execução tem, pois, por escopo fixar

a responsabilidade executória e garantir o êxito da execução. Pelo caráter instrumental da penhora, o executado não perde a propriedade do bem, ficando apenas sujeito à execução, em razão do vínculo processual.

16. Para o Jurista italiano Francesco Carnelutti o efeito da penhora consiste em um: “enfraquecimento do direito do devedor sobre os bens penhorados, que se manifesta na limitação imposta à sua faculdade de dispor, e, *a penhora não impede a venda do bem penhorado, mas a alienação não livra o bem de responder pela execução, ainda que estando no patrimônio de um terceiro*” (José Moura Rocha, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 58, p. 3 — grifamos).

Liebman vai mais adiante, conforme nos mostra o mesmo eminente José Moura Rocha, reproduzindo escólio de Costa e Silva:

“Liebman, de seu turno, repudiou não só as conclusões tradicionais como a que elaborou Carnelutti, *dado entender que a penhora não afeta, de modo algum, o direito de propriedade, produzindo sua perda ou o enfraquecimento da faculdade de disposição*. Para ele, dela resulta, como efeito jurídico, consequência de natureza meramente processual, que consiste em imprimir a responsabilidade executória na coisa apreendida ao devedor, de forma tal que ela continua sujeita à execução, quaisquer que sejam os atos praticados pelo seu proprietário” (*Enciclopédia*, v. 58, p. 3).

17. Fundamental, pois, para a presente Consulta é fixar os efeitos da penhora que são meramente processuais. A nível de direito material o executado não perde a propriedade do bem, embora para a execução ele possa ser alcançado em mãos de terceiros, caso tenha sido alienado. Tanto isso é exato que o devedor pode oferecer outros em substituição àquele. E, mais do que isso, mesmo que o haja transferido, caso venha a saldar seu débito, o bem não é atingido, pois

a execução não foi frustrada, tendo em vista que o interesse do credor encontra-se satisfeito. O festejado Prof. Celso Neves, com clareza, nos mostra que o vínculo do bem com a penhora é de natureza processual, ao afirmar que quem adquire bem penhorado “obtem a propriedade respectiva, mas não libera o bem do vínculo processual a que continua sujeito” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. VII, p. 42). Anteriormente já havia exposto que:

“Em verdade, guardados os planos do material e do processual, a penhora subordina os bens apreendidos à realização da responsabilidade executória do devedor, sem afetar, fora do processo, a disponibilidade executória do devedor, sem afetar, fora do processo, a *disponibilidade que conserva, não obstante a penhora*. Tanto que a venda de bens penhorados é válida, extraprocessualmente, mas ineficaz, processualmente. Por isso, não obstante a alienação no plano do direito material, a execução se perfaz, no plano do processo, esteja o bem em poder de quem estiver” (ob. cit., p. 41).

18. A lei processual civil reflete em algumas de suas normas os ensinamentos da doutrina. Assim, o art. 591, do CPC, reza que o devedor para honrar suas obrigações responde com todos dos seus bens, presentes e futuros. *Portanto, o dispositivo não restringe a garantia apenas ao bem penhorado*. A penhora fixa a responsabilidade no curso da execução, enquanto recair sobre determinado bem, podendo vir a atingir qualquer outro, em substituição àquele.

Como corolário do dispositivo citado, após a avaliação, poderá haver a redução da penhora aos bens suficientes, ou a transferência para outros que satisfaçam à execução, se o valor daqueles penhorados exceder ao crédito. Ou, no caso de insuficiência dos que foram gravados, a penhora poderá ser ampliada, ou transferida para outros bens (art. 685, CPC).

Inexistência de apropriação indébita

19. Da exposição acima, conclui-se com nitidez, na hipótese em estudo, a *ausência do elemento normativo do tipo: “coisa alheia”*. Não há apropriação de coisa própria. A penhora não atinge o domínio, produzindo apenas efeitos processuais atinentes à execução. Portanto, a inexistência de uma das elementares do tipo impede sua configuração.

Os acusados são diretores da empresa executada, com plenos poderes para gerir, mormente quanto à comercialização de seus produtos. Portanto, possuidores da plena disposição do álcool produzido como agentes da destilaria.

Camaño Rosa ensina que: “El bien jurídico protegido es la inviolabilidad de la propiedad, en sentido específico, de las cosas muebles, contra los abusos cometidos por el tenedor fiduciário, que queira disponer de ellas como si fuera dueño” (*Tratado de los Delitos*, 1967, p. 664).

20. Ora os acusados não dispuseram dos bens como se fossem donos. Eles efetivamente o eram. A coisa, pois, não era alheia. Poderia, em razão da penhora, ser alcançada em mãos de terceiros, pelos efeitos processuais de garantia da dívida.

Em razão da circunstância acima a imputação constante da denúncia não possui sujeito passivo. Ou melhor, o sujeito ativo é o próprio sujeito passivo, pois o bem não é alheio e sim pertence a quem dele teria se apropriado: “O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa penalmente imputável, com exclusão, é óbvio, do próprio dono da coisa, dès que esta há de ser alheia” (Bento de Faria, *Código Penal Comentado*, v. V, 2.^a ed., 1959, p. 94).

21. Uma outra elementar do delito não se apresenta na espécie, qual seja o elemento subjetivo: “Il dolo genérico nella volontà cosciente e libera e nell'intenzione di appropriarsi il denaro o la cosa mobile altrui posseduta per un titolo qualsiasi, non traslativo della

proprietà, sapendo di agire senza diritto” (Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 4.^a ed., v. 9.^o, p. 865).

Evidente que a íntima ligação do núcleo “apropriar-se”, e do elemento normativo “coisa alheia”, inexistente no caso da penhora, com o elemento subjetivo, conduz à certeza também da ausência dessa outra elementar do tipo. A doutrina pátria, igualmente, aponta o dolo como na vontade livre e consciente de inverter o título da posse, ou da detenção, passando o agente a considerar o bem como se fosse de sua propriedade: de possuidor *alieno domine* em possuidor *animus domine* (Magalhães, v. 2.^o, p. 331, Damásio, v. 2.^o, p. 433).

22. Realça notar, para a inquestionável atipicidade do fato imputado, que a execução não chegara a termo quando houve a constatação da inexistência do álcool dado em garantia da dívida para com o Banco do Estado. A própria denúncia afirma que a venda se deu “durante o correr do processo” (de execução). Por outro lado, há notícia nos autos do pagamento do débito por parte da destilaria (depoimento de S.Z.J., fls.). Note-se, que às fls. existe referência à homologação de um acordo celebrado na ação executória, em decorrência do qual foi revogada a prisão administrativa de J.A.P.C. e de D.G.P.

23. Abstraindo-se a carência dos elementos normativo e subjetivos do ilícito, uma outra consideração é pertinente para patentear a inocorrência do crime em tela, referente à consumação e a natureza fungível do bem penhorado.

A apropriação se consuma no próprio ato da ação material “la acción consiste en negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo” (Fontan Balestra, *Derecho Penal*, Parte Especial, 7.^a ed., p. 665).

24. A Destilaria A.L. S/A, após a penhora procedeu a uma operação necessária à conservação dos tanques de armazenamento do álcool denominada “teste de estanqueidade”. Seu objetivo é veri-

ficar a existência de vazamentos, colocando-se água nos mesmos (fls. dos autos). Esclarecido também restou que há necessidade de renovação do álcool para que o mesmo não sofra processo de evaporação, perdendo os 99,8 graus indicados. Ademais, o Departamento Nacional de Combustíveis determina que as destilarias entreguem uma cota mensal às Distribuidoras. Por derradeiro, consta que a produção anual da Destilaria A.L. é de 40 milhões de litros e que os dois milhões e trezentos mil litros encontrados quando da vistoria eram suficientes para garantir o pagamento da dívida (fls.). Aliás, não há nos autos nenhum elemento que afirme o contrário.

25. Tais considerações corroboram a carência do elemento subjetivo, da ação material de apropriar-se e, conseqüentemente, da consumação do delito. Em nenhum momento desejaram os acusados tornar-se proprietários do álcool, quer porque lhes pertencia, pois como diretores da destilaria tinham a livre disposição do mesmo — a coisa, pois, não era alheia — quer porque estavam compelidos a dele se desfazer pelas razões técnicas expostas. A consumação do crime igualmente não ocorreu, pois não houve recusa na entrega da coisa.

Preciosa a lição do mestre Nelson Hungria: “Se a coisa continua em poder do agente, e tendo-se em vista que, antes do pedido de restituição, o uso que lhe 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 transformado em posse *uti dominus* a posse ou detenção exercida em nome alheio” (ob. cit., p. 139).

26. Nem se alegue que a venda de parte do álcool penhorado representa a consumação do delito. Repita-se, o produto era da destilaria e seus diretores

tenham poderes para aliená-lo, *a coisa, pois, não era alheia*. Mas, abstraindo-se esse aspecto, o que importa realçar quanto à consumação na hipótese vertente, além dos argumentos já expendidos, *é que o bem era fungível*. Se a devolução pode ocorrer na mesma espécie, qualidade ou quantidade o arquétipo penal não se configura: “Todavia tratando-se de coisa fungível, confiada em empréstimo ou depósito e para restituição na mesma espécie, quantidade e qualidade, não pode, normalmente, ser objeto de apropriação” (Celso Delmanto, ob. cit., p. 296).

No mesmo sentido, dentre outros, Damásio (ob. cit., p. 432) e Noronha (ob. cit., p. 326).

Caso a execução não tivesse sido encerrada pelo acordo, no momento da efetiva entrega do bem, em não ocorrendo o pagamento do débito, a necessária quantidade de álcool seria arrematada, pois a produção da empresa e mesmo os dois milhões de litros encontrados, seriam suficientes para o ressarcimento do exequente.

27. Recorrendo-se a um novo exercício de abstração de toda a argumentação posta, a satisfação do interesse do credor, como ocorreu, descaracterizou a figura penal. Com efeito, a penhora era o instrumento de garantia da consecução desse interesse. Mesmo em face da ausência do bem penhorado não adveio prejuízo para o Banco do Estado. A ação material — apropriar-se — foi inócua, não coincidindo com o sentido que o tipo lhe empresta.

28. Ao contrário do Código Argentino, o nosso não faz menção ao prejuízo. Mas, está ele implícito, mormente em se tratando de coisa fungível depositada para pagamento de dívida. Comentando a lei de seu país, o penalista argentino Soler elucidou: “Para la existencia de este delito se requiere na concurrencia efectiva de un perjuicio, la ley dice: el que con perjuicio de otro” (ob. cit., p. 379).

E, mais adiante, arremata: “No existe retención indebida sino cuando media obligación de entregar o devolver. Estas obligaciones deben se distinguidas de la obligación de pagar” (p. 385).

CONCLUSÃO

A conduta descrita na denúncia é atípica. Despicienda qualquer consideração sobre os delitos de fraude processual, fraude à execução ou defraudação de penhor, que foram cogitados no curso do inquérito. A bem lançada manifestação do Ilustre Promotor afastou-os de forma irreprochável. Incogitável vislumbrar-se apropriação indébita na espécie, conforme pretende a denúncia.

A seguir resume-se as razões de tal conclusão.

1.º) O delito de apropriação indébita tem como núcleo o verbo apropriar-se, como elemento normativo “coisa alheia” e o elemento subjetivo consiste no *animus* de ter a coisa como sua, operando uma inversão no título da posse.

2.º) A penhora como ato de coação do processo executório tem por escopo fixar a responsabilidade da execução, sendo um instrumento de sua segurança, que cria um vínculo entre os bens do executado e a pretensão do exequente.

3.º) Sua natureza e seus efeitos são processuais, razão pela qual o executado não perde a propriedade da coisa penhorada. Poderá ela ser alienada, embora possa ser alcançada em mãos de terceiros.

4.º) A questão apresentada à Consulta não guarda qualquer identidade com o arquétipo penal. Os acusados, com poderes para administrar a empresa, agiram em nome da mesma. Aliás, como ficção jurídica que é, a empresa só pode agir por intermédio de seus representantes legais e estatutários. Portanto, a coisa não era alheia. Ausente, pois, o elemento normativo do tipo.

5.º) Agiram desprovidos do *animus* de se tornar proprietários. Não efetuaram a

inversão do título, pois a propriedade não lhes foi retirada. Sempre desejaram honrar o compromisso assumido, tanto que o Banco exequente teve seu crédito satisfeito.

6.º) Como não existe apropriação de bem fungível, o credor não teria, como não teve prejuízo. Caso a execução chegasse a seu termo, a Destilaria A.L. S/A, poderia substituir o bem penhorado, pela quantidade necessária de álcool à satisfação do seu débito.

7.º) Em resumo, não houve apropriação de "coisa alheia"; o elemento subjetivo não esteve presente, inexistiu prejuízo e sequer, mesmo que presentes tais elementares, não ficou demarcado o momento consumativo do delito, pois o bem era fungível, além de não ter havido fato concreto caracterizador daquele momento.

Nosso entendimento é esse, salvo melhor juízo.

São Paulo, fevereiro/1994.