

A MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

DAMÁSIO E. DE JESUS

CONSULTA

O MM. Juiz da 5.^a Vara Cível da Comarca de São Paulo, em despacho proferido nos autos da medida cautelar de busca e apreensão n.º 1.847/94, proposta pela Sociedade Beneficente São Camilo contra Celso Ubirajara Russomano e outros, determinou que respondam por crime de desobediência os diretores da Saraiva S.A. Livreiros e Editores. Os Drs. Adalberto José de Camargo Aranha e Jussara Chaves, advogados constituídos da Editora Saraiva, à vista de cópias de peças do processo que nos deram a conhecer, propõem, em nível de consulta, indagação sobre a eventual ocorrência de crime de desobediência.

Passamos a dar nosso parecer.*

PARECER

1. O fato

A Sociedade Beneficente São Camilo propôs uma medida cautelar de busca, apreensão e depósito de obra literária contra Celso Ubirajara Russomano e Outros. Na petição, a autora requereu que a medida recaísse sobre todos os exemplares do livro "Guia Russomano do Consumidor", "quer existentes no depósito da Editora Saraiva", editora da

obra, "quer existentes em toda e qualquer livraria do País". Concedendo a liminar, o MM. Juiz determinou "a busca e apreensão da obra", sem maiores detalhes. No mandado de intimação, entretanto, ampliando-se a ordem, constou que a editora "deveria comunicar a todas as distribuidoras, no território nacional, em 24 horas, a proibição da distribuição da obra, solicitando a devolução dos volumes", destinados à "sua guarda até decisão final, sob pena de crime de desobediência". Já no auto de apreensão, estendendo-se mais ainda a determinação, ficou consignado que a obra "não podia ser vendida em toda a rede de livrarias, bem como a distribuição pela matriz e filiais".

Considerando que a determinação do Juiz havia limitado o pedido da autora às distribuidoras, mas tendo presente a diferença de conteúdo entre o mandado de intimação e o auto de apreensão, a Editora Saraiva providenciou, em todo território nacional, a comunicação da proibição, a sustação de venda e rápido recolhimento da totalidade dos livros que se encontravam ao seu alcance legal (distribuidoras e Livrarias Saraiva). Assim, ampliou, por vontade própria, para evitar dúvida de interpretação a respeito do cumprimento da ordem, a extensão da determinação, indo além das "distribuidoras".

Ocorre, entretanto, que a autora juntou nos autos nota fiscal de aquisição da questionada obra na Livraria

* O TACrimSP, por unanimidade, concedeu a ordem de *habeas corpus* impetrada pelos consulentes.

Siciliano, requerendo o enquadramento dos representantes da Editora Saraiva no art. 330 do Código Penal, que define o crime de desobediência. Em face disso, o MM. Juiz, acatando o pedido, ordenou a apuração de responsabilidade penal dos diretores da empresa por crime de desobediência.

O ilustre defensor indaga se, à luz desses fatos e dos documentos que nos apresentou, há elementos que permitem a instauração de procedimento criminal contra os diretores da Editora Saraiva.

A resposta é negativa. Os dados que nos permitiu consultar não autorizam em relação a qualquer dos diretores da Editora Saraiva a imputação de crime de desobediência, como, a seguir, procuraremos demonstrar.

2. Limites da responsabilidade penal

No Brasil a responsabilidade penal é pessoal. Cada um responde somente pelo que fez ou deixou de fazer, nos limites de sua culpabilidade, sendo proibida a responsabilidade objetiva, em que o dolo é presumido.

Responsabilidade penal objetiva significa atribuir um crime doloso a alguém que não agiu com dolo; punir o réu por crime culposo quando não realizou culposamente a conduta; aplicar pena a quem não se mostrou culpado na prática do fato. É imputar um crime a quem não o cometeu.

Entre nós, a responsabilidade criminal, fundada no dolo, na culpa e na culpabilidade, só alcança quem efetivamente praticou o fato com dolo ou culpa e se mostrou merecedor do juízo positivo de culpabilidade (Supremo Tribunal Federal, RHC 65.995, RTJ 127:877, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Apel. Crim. 500.791, Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 3: 107).

Não é dado a ninguém responder por crime simplesmente por ser diretor de uma pessoa jurídica. Não existe responsabilidade penal só porque alguém, segundo os estatutos, responde pelos atos da entidade. No Direito Penal, dolo e culpa suportam a culpabilidade, que é um juízo de censurabilidade que recai sobre cada um, considerado individualmente. A pessoa responde pelo seu ato ou omissão, na medida de censurabilidade do fato. A responsabilidade objetiva, admitida na esfera civil, é proibida no plano penal. Neste, somente é responsável quem agiu ou deixou de agir. E não se mostra suficiente a demonstração de uma ação ou omissão. Exige-se que o sujeito tenha agido ou deixado de agir com dolo ou culpa.

No caso em tela, vê-se que somente um diretor da Editora Saraiva recebeu a ordem emanada do despacho do eminente magistrado. De modo que, se crime houvesse, somente ele, caso se provasse omissão dolosa, poderia responder criminalmente por desobediência. No despacho, entretanto, consignou-se a ordem de apuração de responsabilidade penal "dos diretores" da empresa. A entender-se que a determinação se estende a todos os diretores da entidade, responderiam pelo crime, caso existisse, aqueles diretores que não foram destinatários da ordem. Caso típico de responsabilidade penal objetiva, não mais aceita pela moderna doutrina penal e pela nossa Constituição Federal. Como é corrente na jurisprudência, sem que a ordem tenha sido expressamente dirigida ao sujeito, sem que ele tenha conhecimento formal de seu conteúdo, não há crime de desobediência (Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 90:57). Exige-se, pois, destinatário específico, ordem dirigida a uma pessoa certa e determinada, não respondendo pela infração penal quem não a recebeu formalmente (Revista dos Tribunais, 591:327). A ordem não pode

ser presumida por quem não a recebeu (Revista dos Tribunais, 370:369).

3. O crime de desobediência

O Código Penal, no art. 330, define o delito de desobediência como o fato de “desobedecer a ordem de funcionário público”. Apresenta os seguintes elementos típicos:

- 1.º) uma ordem;
- 2.º) legalidade de ordem;
- 3.º) determinação por funcionário público dentro de suas atribuições;
- 4.º) que o destinatário da ordem tenha dever jurídico de agir ou deixar de agir;
- 5.º) atitude de desobediência (ação ou omissão);
- 6.º) possibilidade legal e material de execução da ordem; e
- 7.º) dolo.

4. Não houve atitude de desobediência

A venda de livros pelas editoras é realizada por dois canais principais:

- a — pelas distribuidoras (atacado);
- b — e pelas livrarias (varejo).

As editoras vendem em quantidades de atacado para as distribuidoras, considerando-se “por atacado” a compra de 20 ou 30 exemplares de uma obra. As livrarias compram das distribuidoras quantidades pequenas, vendendo as obras aos consumidores finais. Portanto, existe nítida diferença entre distribuidora e livraria. Cada uma tem características e funções absolutamente distintas.

Esse é o sistema também utilizado pela Editora Saraiva. Emprega, para a comercialização de seus livros, distribuição própria e de terceiros. A distribuição própria é representada por sua matriz e filiais sediadas nas principais capitais dos estados brasileiros. A distribuição por intermédio de terceiros é representada por empresas que vendem

os livros de sua edição nas regiões de menor poder aquisitivo e, portanto, de potencial de mercado reduzido. É este sistema de distribuição própria e de terceiros (atacado) que atende as livrarias (varejo).

No processo cautelar a autora requereu ao Juízo que determinasse “a busca e apreensão de todos os exemplares do livro, quer existentes no depósito da Editora, quer existentes em toda e qualquer livraria do País, cujos nomes serão indicados pela Editora, que somente o fará retornar à circulação se se dispuser a fazer constar um adendo àquela notícia, informando os leitores de que se trata de informação inverídica”. No despacho, o MM Juiz determinou que “a Editora” deveria “comunicar a ordem a todas as distribuidoras, no território nacional”, “solicitando a devolução dos volumes, que ficarão sob sua guarda até decisão final, sob pena de crime de desobediência”.

Como se observa, no requerimento da autora o objeto da medida cautelar dirigia-se aos livros existentes nos depósitos da Editora e em “toda e qualquer livraria do País”. No mandado de intimação, mencionou-se somente “distribuidoras”. E no despacho judicial que determinou a apuração de responsabilidade penal consta a palavra “DISTRIBUIDORAS” (em letras maiúsculas).

No crime de desobediência, o destinatário da ordem deve interpretar o seu conteúdo de forma declaratória. Não a deve restringir, sob pena de cometer o delito. Mas não está obrigado a ampliá-la. Exige-se que se comporte nos exatos limites da manifestação de vontade do funcionário público.

No despacho judicial e no mandado constou a expressão “distribuidoras”. Para o diretor da Editora Saraiva intimado da ordem judicial esse termo tem um significado próprio e preciso. Claudineu de Melo explica que “o contrato de distribuição é aquele medi-

ante o qual o fabricante obriga-se a vender, continuamente, ao distribuidor, que se obriga a comprar, produtos de sua fabricação, para posterior revenda, em zona determinada. Ou seja, é um contrato de concessão comercial" (*Contrato de Distribuição*, São Paulo, Editora Saraiva, 1987, p. 29). Em outra passagem, o autor diz que "o primeiro requisito dessa concessão é que uma das partes do contrato de distribuição deve ser necessariamente um fabricante. A celebração de contrato similar entre comerciantes não caracteriza a distribuição propriamente dita, uma vez que consiste ela em um sistema de vendas criado especialmente para atender às necessidades de fabricantes que não querem atuar direta ou exclusivamente no mercado" (idem, p. 30).

A compra dos exemplares do livro pela Agência Siciliano não transformou a Livraria Siciliano, nem aquela, em "distribuidoras" da Editora Saraiva. Como ensina Claudineu de Melo, "o ciclo distributivo não impõe ao distribuidor a obrigação de só revender o produto ao seu consumidor final. Mesmo quando a revenda é feita a outro comerciante, completado estará o ciclo distributivo, pois o produto terá entrado no comércio e cumprida estará a obrigação de revenda do distribuidor. A posterior compra e venda, do comerciante ao consumidor, ou a outros comerciantes, caracterizará mera revenda, uma vez que desta não participará o fabricante ou distribuidor" (idem, p. 31).

O diretor da Editora Saraiva que recebeu a ordem, conhecedor usual e diuturno do significado técnico da expressão "distribuidoras", entendeu corretamente que o juiz não havia atendido *in totum* o pedido do Hospital São Camilo, restringindo a busca e apreensão às "distribuidoras". Essa determinação judicial foi rigorosamente obedecida pela Editora Saraiva, que imediata-

mente ordenou a sustação da venda da obra em toda a sua rede, bem com seu recolhimento imediato.

5. Dever jurídico de agir

O cumprimento da ordem, no delito de desobediência, pressupõe a possibilidade jurídica de sua execução. É necessário que o destinatário da ordem tenha o dever jurídico de agir ou deixar de agir (Soler, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Tipografica Editora Argentina, 1970, V:109; *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 74:110; *Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 9:171; *Supremo Tribunal Federal, Revista Trimestral de Jurisprudência*, 103:139; *Revista dos Tribunais*, 562:397 e 695:348). Inexiste delito se o ordenamento jurídico não lhe impõe o dever de acatar a ordem, aplicável o princípio constitucional de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Constituição Federal, art. 5.º, II). E não há lei que obrigue a Editora Saraiva a sustar vendas de obras em livrarias particulares.

No caso em tela, a Livraria Siciliano, onde foi adquirido um exemplar do livro, pertence à Agência Siciliano Ltda., pessoa jurídica autônoma dedicada a vendas a varejo. Não é "distribuidora" da Editora Saraiva. Logo, esta não possuía e não possui legitimidade para ordenar a devolução de eventuais volumes que, adquiridos pela Agência Siciliano antes da ordem judicial, foram encontrados expostos à venda nas prateleiras de suas livrarias após a intimação proibitiva. Nem poderia, pela mesma razão, proibir a Livraria Siciliano de vender o referido livro. A Agência Siciliano, que não é representante comercial da Editora Saraiva, quando, antes do despacho judicial proibitivo,

comprou os livros para venda na Livraria Siciliano, tornou-se proprietária deles. Por essa razão, a Editora Saraiva não tinha nenhum poder sobre eles, no sentido de sustar a sua venda ou recolhê-los. E essa ausência de suporte legal para executar a ordem conduz à inexistência de desobediência. Não há delito na hipótese de "impossibilidade legítima" de cumprimento da ordem.

6. Ampliação da ordem após a prática do fato

O mandado de intimação, em que estava expressa a ordem, referia-se às distribuidoras. De acordo com despacho que determinou a apuração de responsabilidade penal, a medida não se limitava às distribuidoras, estendendo-se a livrarias de venda a varejo, como a Livraria Siciliano. É o que resulta da apreciação do segundo despacho. Se o MM Juiz considerou haver delito porque a Livraria Siciliano estava vendendo o livro é porque entendeu que a ordem também havia determinado a sustação da venda e devolução dos exemplares existentes nas livrarias varejistas. Diante disso, e porque o primeiro despacho referia-se somente às "distribuidoras", verifica-se que a ordem foi ampliada após a prática do fato, o que é defeso.

7. Equivocidade da ordem

O art. 330 do Código Penal contém uma norma incriminadora incompleta, uma vez que se integra pela "ordem", que não é explicitada pela disposição. Esse elemento típico deve ser preciso, determinado e inequívoco. Como dizia Soler, a ordem deve ser expressa e clara (ob. e loc. cit.).

Na hipótese, a ordem restou duvidosa e equívoca. Senão, vejamos:

1.º — o despacho judicial determinou a busca e apreensão;

2.º — o mandado de intimação mencionou "comunicação a todas as distribuidoras, no território nacional, da proibição da distribuição da obra" e sua "devolução";

3.º — o auto de apreensão foi além, determinando que os exemplares, distribuídos no território nacional, não poderiam ser vendidos em toda a rede de livrarias, bem como a distribuição pela matriz e filiais.

Confusa e inequívoca, a ordem não se mostrou precisa, clara e indubitosa, como exige a doutrina para que exista o crime de desobediência (Soler, idem).

8. Legalidade da ordem

A ordem, no delito de desobediência, deve ser legal (elemento normativo do tipo). Se ilegal, não há crime por atipicidade do fato (Revista dos Tribunais, 695:348).

Pode ocorrer que parte da ordem seja legal; outra parte, ilegal. Nesse caso, ao destinatário cumpre realizar o mandamento da parte legal. Desobedecendo a determinação contida na parte ilegal, não comete crime.

Na hipótese em exame, descartando a questão de mérito, a ordem, em relação às "distribuidoras" da Editora Saraiva, era legal. Se, entretanto, o venerando despacho referia-se também a livrarias como a Siciliano, era, nessa parte, ilegal. Isso porque, como ficou assentado, a Editora Saraiva não tinha e não tem poderes para sustar a venda do livro nas empresas que o vendem a varejo e não integram a sua rede. Assim, a ordem era ilegal na parte em que determinava à Editora Saraiva a sustação imediata da venda do livro em livrarias como a Siciliano e seu recolhimento. Ilegal essa parte da ordem, o diretor destinatário não tinha obrigação

de atendê-la. E sem esse dever de acatamento da determinação inexistente delito.

9. Não houve dolo

O dolo, no crime do art. 330 do Código Penal, consiste na vontade livre e consciente de não acatar a ordem do funcionário público. É imprescindível a vontade consciente de desobedecer (Revista dos Tribunais, 526:357), exigindo-se que seja firme e deliberada, no sentido de um propósito meditado e decidido (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 83:274, Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 7:95).

O delito pressupõe, para a sua configuração, que o sujeito tenha conhecimento perfeito da ordem (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 7.^a ed., IV: 324, n.º 1.401); Silva Franco, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2.^a ed., p. 1.154, n.º 200; *Revista dos Tribunais*, 531:327). Assim, para que o fato seja típico é preciso que a vontade do desobediente se estenda a um conhecimento perfeito do conteúdo e extensão da ordem (dolo abrangente). Exige-se conhecimento da determinação e vontade de não acatá-la (*Revista Forense*, 243:305; *Revista dos Tribunais*, 526:326 e 542:449; *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 65:257). Por isso, não há delito na hipótese de haver discrepância entre os entendimentos do funcionário público e do destinatário sobre o conteúdo da ordem. Exige-se congruência entre a pretensão do autor da ordem e o entendimento do destinatário sobre a conduta a ser realizada. Não pode haver dúvida a respeito do exato significado da ordem, uma

vez que o conhecimento de seu conteúdo deve ser “inequívoco e indubitado” (*Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 74:110).

No caso em exame, o conhecimento do diretor da Editora Saraiva abrangeu somente a apreensão de exemplares da obra e proibição de sua comercialização em relação às suas “distribuidoras”. Não podia ir além, estendendo-se a eventuais vendedores a varejo, como na hipótese da Livraria Siciliano. A lei não lhe permite essa iniciativa. Agiu, pois, sem dolo.

Além disso, tratando-se de imputação de omissão, o propósito de não agir, como tem entendido a jurisprudência, deve ser deduzido de circunstâncias inequívocas (*Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 67:154), inexistentes na hipótese em tela.

Não houve dolo. E como este, na moderna sistemática penal, constitui elemento subjetivo do tipo, sua ausência conduz à atipicidade do fato e à inexistência do crime.

10. Ausência da potencial consciência da ilicitude

A culpabilidade, na reforma penal de 1984, passou a ser integrada pela possibilidade de conhecimento da ilicitude da conduta (Código Penal, art. 21, parágrafo único). O agente, diante das circunstâncias do caso concreto, deve, para ser merecedor do juízo de censurabilidade (culpabilidade), ter condições de saber que a sua atitude contraria a ordem jurídica. No fato submetido a parecer não há elementos no sentido de que o destinatário da ordem, diante de seu conteúdo, vislumbresse qualquer indício de ilicitude em sua atitude. E, como tem decidido a jurisprudência, não há desobediência sem consciência da antijuridicidade (*Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*,

26:158; *Revista dos Tribunais*, 452:449). Se a Editora Saraiva não podia sustar a venda nem recolher os exemplares vendidos à Livraria Siciliano antes da proibição, como dizer que seu diretor, diante da aquisição de um livro depois do despacho, tinha possibilidade de saber que a omissão da sustação e devolução pretendida era ilícita? Pelo contrário, sua atitude de somente recolher os livros que se encontravam ao alcance legal da Editora Saraiva foi legítima. Ilícita seria eventual tentativa de recolher e sustar a venda de eventuais exemplares da obra existentes na Livraria Siciliano.

11. Desobediência é desatenção

Constitui ensinamento comum na doutrina e na jurisprudência que “só desobedece quem, recebendo uma ordem, nada faz no sentido de cumpri-la” (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 7.^a ed., p. 324, n.º 1.401; *Revista dos Tribunais*, 192:78).

Não é o caso dos autos, em que a Editora Saraiva, recebendo a ordem, tratou imediatamente de cumpri-la dentro de seus exatos termos e limites. Recolheu todos os exemplares que se “encontravam ao seu alcance legal”. E nenhum livro foi por ela vendido após a intimação proibitiva.

12. Objetividade jurídica

O art. 330 do Código Penal tutela o prestígio e a dignidade da Administração Pública. Só há delito na hipótese de lesão ao objeto jurídico, quando o sujei-

to, com a sua conduta, rebela-se contra a ordem de funcionário público, com nítida intenção de enfrentar o Poder Público e desprestigiar a autoridade.

A Editora Saraiva vem prestando colaboração à Administração da Justiça, por intermédio da publicação de livros jurídicos, há oitenta anos, passado que a dignifica pelo amplo serviço realizado. Não é crível que quisesse, por um de seus diretores, ferir a dignidade da Justiça, enfrentar ilegalmente a autoridade e desprestigiar o Poder Público.

Como dizia Soler, “para não atribuir extensão desmedida à figura da desobediência é preciso ser muito exigente a respeito da existência concreta da ordem com respeito a cada destinatário” (ob. e loc. cit.). O delito de desobediência, ensinava Heleno Cláudio Fragoso, “não pode dar lugar a abusos, nem servir para constrangimento ilegal por parte da autoridade” (Jurisprudência criminal, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1973, I: 212, n.º 183).

13. Conclusão

Pelo exposto, e respondendo ao quesito único, não há crime a ser apurado. O fato é absolutamente atípico, circunstância impeditiva de qualquer procedimento criminal, seja policial ou judicial, por ausência de justa causa, contra um ou todos os diretores da Saraiva S.A. Livreiros Editores. Como é corrente na jurisprudência, “por fato atípico ninguém pode ser indiciado em inquérito policial” (*Revista dos Tribunais*, 590:337).

É o parecer.

São Paulo, 06 de março de 1995.