

O FURTO NO CÓDIGO PENAL DE 1969

JOSÉ CARLOS MONTEIRO DE MOURA

Professor da Faculdade de Direito da UFMG

1. A reforma da legislação penal brasileira, conquanto já tenha logrado alcançar uma posição que, a princípio, poderia parecer definitiva com a elaboração do Código Penal de 1969, ainda se encontra muito distante de ser uma realidade.

Do primitivo anteprojeto de NELSON HUNGRIA, cujas origens remontam do governo JÂNIO QUADROS (1961), à atual lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, as disputas doutrinárias e os desacertos de opinião marcaram presença, resultando disso tudo um certo pessimismo quanto ao seu êxito.

Repete-se agora, no âmbito da reformulação da legislação penal do Brasil, o mesmo fenômeno verificado quando da confecção do Código Civil, acusado de já ter nascido de barbas brancas.

O anteprojeto HUNGRIA se transformou no Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, de forma até certo ponto surpreendente, posto que carecedor de não poucos reparos.

A reação que provocou no nosso meio jurídico não lhe foi favorável. Notou-se logo que a **reforma necessitava de ser reformada**, ensejando assim a edição da Lei nº 6.016, através da qual, muitos pontos de divergência foram alterados.

Criticado e modificado, tendo sua vigência sempre adiada, o Código assume características de novo anteprojeto, tal a indefinição que o cerca.

Um dos setores que sofreu maior número de modificações foi o que cuida dos crimes contra o patrimônio.

Surgiram novas figuras típicas, tais como o furto de uso, o abigeato (furto de reses), a chantagem, a usura, que deixou de ser disciplinada pela Lei de Economia Popular para vir integrar-lhe o texto, ao mesmo tempo que se preocupava em definir novos tipos de fraudes, ligadas, direta ou indiretamente, ao crescimento do mercado de capitais. Dentre elas se destacam, pelo aspecto de novidade, as contidas nos artigos 190 (Títulos irregulares), 191 (Autorização de empréstimo a dirigente da própria instituição financeira), 192 (Atuação abusiva de instituição financeira) e 193 (Violação de sigilo de instituição financeira).

Além desses delitos, inexistentes na lei vigente, quase todos os tipos penais sofreram alterações, algumas de maior vulto, outras de alcance mais reduzido. A título de exemplo, poderíamos citar o novo tratamento do latrocínio, que deixa de ser confundido com o roubo qualificado pelo resultado morte, a inclusão da ação de **fazer desaparecer** no crime de dano, a substituição da fórmula «mediante o concurso de mais de duas pessoas», no crime de esbulho possessório, pela expressão «mediante concurso de outrem», etc.

Com relação ao crime de **furto**, definido nos artigos 164, 165 e 166, as modificações foram as seguintes:

a) a pena do furto simples passou a ser «reclusão até seis anos, e pagamento de quinze a sessenta dias-multa»;

b) o furto praticado nas condições previstas pelo atual § 2º, do artigo 155, do Código de 1940, e que a doutrina chama «furto privilegiado», é tratado no § 1º do artigo 164, sob a rubrica «furto atenuado»;

c) o privilégio constante do § 1º do artigo 164 é estendido ao criminoso primário que restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal;

d) o furto noturno passa a ser enumerado entre as hipóteses de furto qualificado, como forma intermediária entre o furto simples e os demais furtos qualificados. O critério para a qualificação deixa de ser o repouso noturno para ser definido em função da **noite**, e a pena é sensivelmente majorada em comparação com a prevista no atual Código;

e) as penas para os demais furtos qualificados passam de dois a oito anos de reclusão e multa de dois cruzeiros a doze cruzeiros, para «reclusão, de três a dez anos e pagamento de trinta a cem dias-multa»;

f) o furto de reses (abigeato) recebe tratamento penal destacado, equiparado para efeito de punição ao furto qualificado;

g) incriminação do furto de uso, e

h) dentre os sujeitos ativos do crime de furto de coisa comum foi eliminada a figura do sócio. A pena de multa desse delito passa a ser de quarenta e oito dias-multa.

Vejamos, a seguir, se essas modificações realmente contribuíram para a melhoria da lei penal.

2. De início, não vemos razão para os aumentos das penas privativas de liberdade. A crescente incidência da criminalidade, seja no que se refere aos crimes patrimoniais, seja com relação aos demais ilícitos penais, não pode ser imputada à maior ou menor gravidade da pena cominada. Se o problema deve ser resolvido em relação de causa a efeito com o tratamento penal, melhor seria que fosse situado dentro do campo da impunidade, decorrente, na maioria das vezes, das notórias deficiências de nossa organização policial e judiciária.

No âmbito dos delitos patrimoniais, a impunidade é constante e de nada adianta a majoração dos limites previstos abstratamente no Código Penal, se a sanção deixa de ser aplicada ao autor do fato delituoso.

2.1. **Furto Atenuado** — A primitiva redação do Decreto-lei nº 1.004, na esteira da orientação traçada pelo anteprojeto, definia os limites dentro dos quais se continha a **coisa de pequeno valor**, conceituando-a como aquela que não excedesse a quantia de um décimo do salário-mínimo. O anteprojeto preferiu situá-la entre as que não ultrapassem de quinhentos cruzeiros. Esse balizamento não resistiria à ação do tempo, em virtude da desvalorização permanente da moeda e foi substituído por aquele outro que o vinculava a uma porcentagem do salário-mínimo. Mesmo assim permanecia incompleta, em decorrência das variações sa-

lariais de região para região. A cifra deveria ser calculada em função do maior ou menor salário-mínimo vigente no País, a exemplo do que faz o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, quando estabelece a base a partir da qual se pode interpor o recurso extraordinário (artigo 308, nº VIII, da Emenda Regimental nº 3, de 12 de junho de 1975).

O texto atual do Código suprimiu a inovação e restabeleceu o critério atual, deixando a fixação do pequeno valor da coisa ao arbítrio do juiz que, todavia, não se pode afastar da realidade sócio-econômica do momento.

De sorte que, sob esse aspecto, subsistem as dúvidas e as dificuldades que sempre acompanharam as hipóteses de furto privilegiado. Mais do que nunca se faz presente a opinião de MAGALHÃES NORONHA,¹ para quem, coisa de pequeno valor é aquela que, subtraída, «não causa dano sensível à generalidade dos homens, em nosso meio: ao rico porque, talvez, nem perceberá sua falta; ao pobre porque, na penúria, de pouco lhe valerá».

2.1.1. O parágrafo 2º do artigo 164 permite ao juiz estender os benefícios do furto atenuado ao agente que restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de intentada a ação penal.

Trata-se de situação plenamente identificada com o arrependimento eficaz e, como tal, perfeitamente justificável do ponto de vista legal.

Entendemos, no entanto, que o critério empregado para delimitar o tempo, dentro do qual o criminoso pode restituir a coisa ou reparar o dano, não foi dos mais felizes, principalmente quando se tratar da primeira hipótese (restituição).

Entre a abertura do inquérito e a instauração da ação penal pode decorrer um prazo excessivo e, quando se der a devolução, ela se tornar inoperante, em virtude da desvalorização ou deterioração do objeto.

1. E. MAGALHÃES NORONHA — **Direito Penal**, vol. 2, pág. 291, ed. Saraiva, SP, 1963.

A fórmula «**logo em seguida**» ou «**logo após**» atingiria melhor o escopo idealizado pelo legislador e por ele enfatizado como «a grande arma da luta contra o crime: a reparação do dano, ou a restituição da coisa, quando possíveis» (Exposição de Motivos).

Evitar-se-ia assim, também, algumas distorções na hora da aplicação da lei. Especialmente, aquela que poderá decorrer dos flagrantes de furto, nos termos do inciso IV, do artigo 302, do Código de Processo Penal. Não resta dúvida de que a coisa apreendida em poder do agente e restituída ao seu legítimo dono, no curso do inquérito policial, o foi antes de iniciada a ação penal.

A restituição, contudo, somente será hábil à configuração do privilégio, se se fizer voluntariamente, ainda que à lei não interessem os motivos que a determinaram.

Quanto à reparação do dano, é de ver-se que não existe inconveniente de monta na diretriz traçada, posto que ela pressupõe, necessariamente, um ressarcimento completo pelo prejuízo causado.

Para que o dispositivo não se transforme na válvula de escape de muitos criminosos, reincidentes de fato, mas primários ao enfoque da lei, a sua redação poderia ser: A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono, logo em seguida ao crime, ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal.

2.2. Furto Noturno — Aqui o Código retorna ao critério «físico-astronômico», substituindo a expressão **repouso noturno** pela palavra **noite**.

Regressa, assim, ao regime da lei de 1890. Não que a noite fosse qualificadora do furto, mas uma das circunstâncias agravantes enumeradas no seu artigo 39, «in verbis»:

«Art. 39 — São circunstâncias agravantes.

§ 1º — Ter o delinqüente procurado a noite ou o lugar ermo, para mais facilmente perpetrar o crime».

É longa a controvérsia doutrinária a respeito do que se deve entender por noite. Sobre o assunto se manifesta NELSON HUNGRIA,² dizendo que «a noite, como agravante ou majorante, sempre deu margens a dúvidas, ora entendendo-se que era o tempo decorrente entre o término do crepúsculo vespertino e o começo 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) . . . »

Do que se conclui que a idéia de noite está estreitamente ligada à de sombra ou de falta de luz. Logo, é a escuridão que favorece a ação do agente, tornando-lhe mais fácil a subtração da coisa alheia.

Daí ser insustentável o ponto de vista daqueles que vêem no novo critério uma forma de assegurar proteção mais eficiente à propriedade não residencial, ou mais precisamente aos estabelecimentos comerciais.

A ausência de luz natural, a partir do instante em que se dá o término do crepúsculo vespertino, já não pode mais ser invocado como fator capaz de aumentar a desproteção da coisa ou de afrouxar a vigilância do dono. A iluminação artificial supre, satisfatoriamente, a falta de luz solar.

Também não impressiona a circunstância de as casas comerciais fecharem durante à noite, permanecendo, portanto, vazias. Grande parte desses estabelecimentos continua aberta durante boa fase da noite; não se acham, pois, nem abandonados, nem inseguros, a não ser no curso do período correspondente ao **repouso noturno**.

A ser assim, o furto praticado, nos domingos e feriados, contra propriedade não residencial, deveria, também, sofrer uma majoração na sua pena. Não se pode perder de vista outrossim, o fato de existirem lugares ermos que favorecem a prática de delitos mesmo durante o dia, ao passo que outros, por serem muito movimentados, são inteiramente desfavoráveis à sua perpetração, ainda que em horas avançadas da noite.

2. NELSON HUNGRIA — **Comentários ao Código Penal**, vol. VII, pág. 30 — Ed. For. Rio, 1958.

A inovação poderá conduzir a decisões equivocadas de grande dose de injustiça. Assim, um furto nas bilheterias do Estádio Minas Gerais, durante a realização de um jogo de futebol, seria qualificado, se cometido às 19 horas e simples, se praticado às 17 horas. Entretanto, pela natureza do jogo, o furto noturno poderia ser bem mais difícil de se concretizar, não só em função do grande movimento de pessoas, como, também, pelo maior contingente de policiais.

O critério do Código vigente, condicionando a qualificação ao período do **repouso noturno**, deveria, pois, ter sido mantido.

2.3. **Furto de Reses** — Atendendo à crítica de alguns penalistas brasileiros, dentre os quais podemos situar MAGALHÃES NORONHA³ e MARIO HOEPPNER DUTRA,⁴ o Código destacou, para fins de tratamento penal mais grave, o abigeato. O § 6º do artigo 164 prescreve para o seu autor a mesma pena cominada ao furto qualificado, isto é, reclusão de três a dez anos e multa de trinta a cem dias-multa.

O fato, como se sabe, não constitui novidade no direito pátrio. O Código de 1890 continha norma que incriminava a ação de «apropriar-se, em proveito próprio ou alheio, de animais de qualquer espécie pertencente a outrem» (artigos 331, 4º).

O crime tinha a pena majorada, «se os animais eram tirados de fazenda de criação ou lavoura». As penas, relativamente pequenas, mesmo para o caso em que o delito fosse agravado, não chegando, nem de longe, ao exagero previsto pelo Código de 1969.

Na verdade, não se justifica, nos dias de hoje, nem a figura do **abigeato** como delito autônomo, especialmente destacado da figura do furto simples, nem tão pouco a sua equiparação ao furto qualificado.

Comentando sua ausência do atual Código, NELSON HUNGRIA⁵ preleciona: «O Código vigente não destaca, para exaspe-

3. E. MAGALHÃES NORONHA — Op. cit., pág. 289.

4. MARIO HOEPPNER DUTRA — **O Furto e o Roubo**, págs. 177 e segs., Max Limonad, Editor, 1955.

5. NELSON HUNGRIA — Op. cit., pág. 31.

ração de pena, o abigeato (furto de gado). Nenhuma razão objetiva existe, no caso, para reforço 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» . . .

Fiel ao seu raciocínio deixou de incluí-lo no anteprojeto, mas essa ausência foi «suprida» pela Comissão Revisora.

O argumento básico dos que defendem um tratamento penal mais severo para o crime repousa na tradição de se considerar o Brasil um país de economia essencialmente agrícola. Invoca-se, para tanto, o modelo do Código Penal Argentino, cujo artigo 163, 1º, dispõe expressamente:

«Art. 163 — Se aplicará prisión de uno a ocho años en los casos siguientes:

§ 1º — Cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o de máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo o de alambres u otros elementos de los cercos».

Não se pode, contudo, equiparar a economia argentina com a brasileira, nem se aceitar a afirmação de que, hoje, continuamos sendo um povo dependente diretamente de nossa agricultura.

Já não somos mais um país agrícola, posto que caminhamos a passos largos para uma ampla industrialização. O privilégio atribuído à classe dos ruralistas teria que atingir, também, outros setores de nossa economia, com destaque especial para a indústria. Teríamos, então, um Código extremado de casuísmos e preocupado com a situação particular de cada um.

Para não se dizer, porém, que nossa posição é preconcebidamente contrária às inovações do Código, vamos, sob esse aspecto, transigir em parte com ele, aceitando a tipificação do abigeato como crime autônomo. Não vemos, no entanto, razões

para equipará-lo ao furto qualificado, na sua forma mais grave. A sistemática do Código permite uma qualificação intermediária, seguida, aliás, na hipótese do furto noturno. Essa orientação poderia ser adotada, na fixação da pena do furto de rezes. Dos males, o menor...

2.4. **Furto de Uso** — A incriminação do *furtum usus* constitui novidade na legislação penal brasileira. Os códigos anteriores não cogitavam dessa espécie de furto. O artigo 258 do Código de 1830 permitia entrevê-lo de longe, dentro de uma exegese mais apressada da intenção do legislador. Todavia, como acentua HOEPPNER DUTRA,⁶ a análise do texto leva à conclusão de que se referia mais à apropriação indébita, do que propriamente ao furto de uso.

Era contemplado nos projetos JOÃO VIEIRA (art. 329), GALDINO SIQUEIRA (art. 151, nº 2) e ALCÂNTARA MACHADO (art. 356, § 2º, nº I, da redação primitiva e 350, § º, nº I, da redação final).

A sua inclusão no Código de 1969 veio satisfazer velha aspiração de quase todos os penalistas pátrios.

Já constava do anteprojeto HUNGRIA (art. 165), o que demonstra que o velho mestre, até então infenso a ele, modificara seu modo de pensar. E isso se deve, talvez, às constantes ocorrências de furtos de carros, que, depois de utilizados, são abandonados por quem os subtraíu.

De acordo com o artigo 165 do novo Código, haverá furto de uso quando:

- a) a coisa subtraída for infungível;
- b) a subtração for para uso momentâneo;
- c) a devolução se der imediatamente após a sua utilização, ou,
- d) ocorrer sua reposição no lugar onde se achava.

As penas são aumentadas, se a coisa utilizada for veículo motorizado ou animal de sela ou de tiro.

6. MÁRIO HOEPPNER DUTRA — Op. cit., pág. 95.

2.5. **Furto de coisa comum** — No tratamento desse crime, o Código seguiu parcialmente a opinião de MAGALHÃES NORONHA — objeto de antiga polêmica que manteve com NELSON HUNGRIA — e eliminou a pessoa do sócio dentre os que figuram como sujeitos ativos do ilícito.

A alteração já constava do anteprojeto. Foi mantida pelo Decreto-lei nº 1.004 e ratificada pela Lei nº 6.016.

A crítica de professor paulista não foi, contudo, bem entendida pelo legislador de 69. Ele jamais teve a intenção de propor a supressão levada a termo pelo Código: suas observações ou restrições se destinavam apenas às sociedades com personalidade jurídica, a saber: «O que nos parece certo é que a sociedade, destituída de personalidade jurídica, reduz-se a comunhão de bens e interesses. Comunicam-se então os bens, tornando comuns. Nesse caso, o sócio que subtrair coisa dessa sociedade, furta **coisa comum**, dando-se então o crime do dispositivo em apreço».⁷

A distinção entre «sócio e sócio» não resulta da lei, mas da própria essência das coisas, ou, ainda, da natureza das sociedades. É, inclusive, jurisprudência pacífica de diversos tribunais estaduais. Não se trata, ademais, de uma diferença de âmbito puramente acadêmico ou doutrinário, posto que suas implicações práticas não podem ser desconhecidas.

Em inúmeras oportunidades, O Supremo Tribunal Federal tem aceitado a existência de uma sociedade de fato, nas relações sujeitas ao concubinato.⁸ Assim sendo, o amásio que furtar do outro, na vigência do concubinato, pratica o ilícito penal descrito no atual art. 156 do Código Penal.

Todavia, uma vez vigente o Código de 1969, essa situação passaria a ser definida como furto qualificado pelo abuso de confiança, o que constitui verdadeira iniquidade.

É inegável que a sociedade de fato é uma realidade que não pode ser desconhecida pelo nosso ordenamento jurídico. Inúmeras atividades — algumas de relevância na economia local — são exercitadas por seu intermédio. Não vemos razão para se excluir

7. E. MAGALHÃES NORONHA — Op. cit., pág. 306.

8. RHC nº 43.217, in Revista Trimestral de Jurisprudência, 39/306.

do tratamento penal mais brando os participantes desse tipo de sociedade. As injustiças serão constantes e a emenda, fruto da interpretação errada de uma crítica bem intencionada, não pode receber o nosso endosso.

3. Diante de tudo o que foi exposto, podemos concluir que as inovações introduzidas pelo Código Penal de 1969, no aspecto particular do crime de furto, longe de traduzirem a melhoria e o progresso, revelam, em alguns casos, o retorno a fórmulas e a critérios já superados, e em outros, a possibilidade de se virem a cometer, em nome de justiça punitiva, verdadeiras iniquidades e aberrações.

Urge, portanto, uma revisão das posições adotadas, desvinculando-se os seus responsáveis de prévios compromissos doutrinários e de submissão, nem sempre aconselhável, à legislação estrangeira, inaplicável aos nossos problemas e inadaptável aos nossos costumes.