

9.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL (N.º 28.235).

12.<sup>a</sup> D.D. (449/67).

*Exercício arbitrário das próprias razões. Tentativa de furto. — Diferenciação.*

#### PARECER

Divergem o representante do M.P. e o MM. Dr. Juiz quando à classificação penal cabível, entendendo o Magistrado tratar-se de furto tentado, sustentando o Dr. Promotor como vulnerado o art. 345 do C. Penal — exercício arbitrário das próprias razões —, com a conseqüente transmutação da ação em privada, à falta de violência.

O comportamento dos indiciados, além de enquadrar-se na moldura típica (*tatbestand*) da tentativa de furto, estaria, também, nos limites do exercício arbitrário das próprias razões? A resposta é afirmativa.

Esclarece NÉLSON HUNGRIA (Com. ao Código Penal, IX, 496), e contra a orientação de MAGALHÃES DRUMOND (Estudos, 1938, página 383) que a pretensão *não há de ser necessariamente legítima, bastando que o agente assim a considere* — e os indiciados estavam convencidos da legitimidade de sua ação, tanto assim que foram ao encontro do agente da autoridade policial, reclamando a injustificada diminuição do seu patrimônio anteriormente ocorrida.

Ainda o insigne NÉLSON HUNGRIA (obra citada, pág. 497) aduz, roborando o ponto de vista do Dr. Promotor, que o crime do art. 345 é “referível a qualquer direito, contra a propriedade, contra...”

A coincidência em epígrafe serve para demonstrar que a teoria da tipicidade (ERNST BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubingen, 1906), com a crítica excessivamente desfavorável de FERRI (*Principii di Diritto Criminale*, Torino, 1928, pág. 387, n.º 1), teve sua justa medida em FLORIAN (*Trattato di Diritto Penale*, parte generale, 4.<sup>a</sup> ed., Milano, 1934, I, n.º 298) e em MAGGIORE (*Principii di Diritto Penale*, Bologna, 1938, I, 195): a *tatbestandmässigkeit* do Mestre de Munich é útil, mas não necessária ou decisiva.

Conseqüentemente, e caracterizando o elemento dito *transitivo* constitutivo dos *elementa essentialia propria delicti* qualquer dos dois

crimes, a identificação do crime realmente perpetrado será dada pelo *elemento subjetivo*:

A forma intermediária de culpabilidade preconizada por LÖFFLER (“*As Formas Da Culpa*”, Leipzig, 1895) — o *conhecimento* — e incluída no projeto tcheco, não teve aceitação, continuando o direito penal hodierno a consagrar unicamente o dolo e a culpa (s.s.).

Ante a multiplicidade de escolas e correntes que definem o crime doloso, louvável foi a orientação do nosso diploma substantivo ao inserir seu conceito, filiando-se à teoria da vontade (oposta à da representação): *nihil volitum quem praecognitum*.

Ressalta MAGGIORE:

“Non basta la previsione senza la volontà, ma non basta neppure la volontà senza previsione”. (obra citada, I, 365).

Ajustando-se qual luva à hipótese vertente, poderíamos citar o exemplo de A. J. DA COSTA E SILVA, o expoente da escola técnico-jurídica no Brasil:

“Não comete furto o sentenciado que, no intuito de livrar-se dos rigores da pena, se evade da prisão, levando a roupa do estabelecimento com a qual estava vestido, porque não foi a idéia de ficar com a roupa o motivo determinante da evasão. Uma série de delitos tem como elemento integrante a intenção (no sentido supra). É o chamado dolo específico”. (C.P. Anotado, São Paulo, 1943, I, 108).

É o caso dos autos, *m.m.*: o escôpo dos indiciados não foi a simples subtração, *mas a reparação*, embora de forma arbitrária e injurídica, da diminuição do seu patrimônio anteriormente ocorrida, ou seja, *agiram com o dolo específico insito ao exercício arbitrário das próprias razões*.

Deve, conseqüentemente, ser mantido o pedido de arquivamento, ressalvada a eventual iniciativa da parte, eis que, à falta de violência, o crime praticado (art. 345 do C. P.) passa a ser de ação privada.

Rio, 29 de dezembro de 1967.

ROBERVAL CLEMENTINO COSTA DO MONTE  
Adjunto do Procurador Geral

Aprovo. Rio, 29 de dezembro de 1967. — LEOPOLDO BRAGA, Procurador-Geral de Justiça.