

## TELEFONE — APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Tribunal de Justiça — 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal

Apelação Criminal N.º 61.254

*Apelante:* Cecilia de Jesus Ned*Apelada:* A Justiça

Telefone — Apropriação indébita. Ilícito civil e ilícito penal: distinção. Direito de uso. Fato atípico.

## PARECER (\*)

1. Apelação da ré sustentando “*que não se configurou o crime de apropriação indébita*” (fls. 97), sendo de notar-se que é primária, tem bons antecedentes, 62 anos de idade, além de funcionária pública aposentada. Trata-se de condenação pela apropriação indébita de um telefone (fls. 72) — art. 168 do C.P. — porque segundo a denúncia “*a lesada constatou que a denunciada se apropriara, indebitamente, do telefone 236.3990*”... e que “*diligenciando a lesada apurou que o seu telefone estava instalado na rua Viveiros de Castro 43/301, onde reside, atualmente, a denunciada*”.

2. Entretanto, acontece estar o telefone em nome da mãe da que se diz lesada — e assim até hoje continua (fls. 100/102) — mãe já falecida, que teria alugado um apartamento com o referido telefone à acusada. Porém, não é este o ponto fundamental da questão.

3. Telefone constitui *direito de uso* e não é propriedade do usuário, e sim da concessionária do serviço público a C.T.B., pois segundo o Regulamento Oficial que a rege e está nas Listas de Assinantes:

- a C.T.B. é a única autorizada a instalar ou retirar, ligar ou desligar linhas, aparelhos, etc...
- os telefones são destinados ao *uso* do assinante.
- as linhas, aparelhos e acessórios telefônicos são *propriedade* da C.T.B.

(\*) Em 26.09.74, por unanimidade, a E. 2.<sup>a</sup> C. Criminal deu provimento à apelação para absolver a acusada, na forma do parecer.

Portanto, o aparelho telefônico, por si nada vale, porque depende para sua verdadeira utilização do complexo funcionamento das linhas e estações mantidas pela C.T.B. — concessionária do serviço.

4. O *uso* não é coisa alheia móvel. O uso do telefone não pode ser objeto material de apropriação indébita e o assinante *não tem propriedade* do telefone, é um *usuário*, tendo tão só *direito de uso* e para tanto paga sempre uma conta mensal a C.T.B.

Na doutrina o grande mestre NELSON HUNGRIA ensina que: — *É de salientar que não há apropriação indébita de uso.* — Com. Cód. Penal, vol. VII, pág. 133.

5. Agora, só para argumentar, mesmo admitindo o *abuso de posse* não basta este para concretizar a apropriação indébita. Poderia existir, no caso presente, um *abuso de posse* mas não o crime de apropriação indébita, pois o telefone é simples *direito de uso* e ainda porque não teria ocorrido a conversão da posse em propriedade, eis que o telefone continua em nome da antiga usuária, ou seja, a mãe da lesada. Nem poderia tal realizar-se porque a propriedade é sempre da C.T.B., que cede o direito de uso, transmitindo esse de um usuário para outro, transferindo exclusivamente a assinatura.

Mas, ainda nessas situações, de *uso* ou *abuso de posse*, as consequências ficam sujeitas, apenas, à disciplina da lei civil.

Essa ordem de idéias, que resumi, as tirei do saudoso jurista BENTO DE FARIA — Cód. Penal Brasileiro — Volume IV.

6. Por outro lado, a jurisprudência esclarece que “*transferência irregular de aparelho é resolvida no Juízo Cível*” — R.T. 12/281 — R.T.J. 45/418, e ainda que:

“*Aparelho Telefônico. A condição de usuário é direito pessoal protegido pelos remédios possessórios.*”

Ap. Cível 58.524 — 2.<sup>a</sup> Câ. Cível — 4-6-68 R. J. 21/279.

Nos casos de desquite de casal, competente é o *Juiz de Família* para decidir qual o usuário e assinante do telefone; — como nos casos de morte, competente é o *Juiz de Sucessões* para dirimir e autorizar com que herdeiro ficará o uso e assinatura do aparelho telefônico. E, ainda entre pessoas — que não casal em desquite e herdeiros de inventário — quando dúvida exista sobre quem o usuário e assinante com direito ao telefone, será o *Juiz Cível* o competente.

7. Dessa forma — a transferência, não de assinatura, mas a mudança do aparelho telefônico de *usuário* de um local para outro,

se irregular, praticada por outrem com aquiescência da C.T.B., poderá constituir *ilícito civil* e nunca *ilícito penal*. Pode e deve ser argüída e discutida no Juízo Cível competente — não se caracterizando o crime de apropriação indébita, pela inexistência de elementos constitutivos deste delito. Por este ato, por esta ação, que não constitui para quem a pratica conduta típica punível, não há, a meu ver, crime a punir. É fato atípico.

8. Em face das considerações acima — opino seja *dado provimento* ao recurso de apelação para, reformada a sentença condenatória, ser absolvida a acusada.

Rio de Janeiro, 12 de agosto de 1974.

LAUDELINO FREIRE JUNIOR

3.º Procurador da Justiça

## EGRÉGIO TRIBUNAL PLENO

### Argüição de Inconstitucionalidade no Agravo de Petição no Mandado de Segurança n.º 26.108

Suscitante: EGRÉGIA 4.ª CÂMARA CÍVEL

Argüição de inconstitucionalidade considerada relevante e indispensável. Nova orientação ao sistema constitucional brasileiro, a partir de 1967, tendo por escopo o interesse público. Presunção de legalidade. Inocorrência de vulneração a norma constitucional expressa. Alegado conflito subjetivo. Ensinam a Doutrina e a Jurisprudência que, para a ocorrência de conflito que enseje a declaração de inconstitucionalidade é imprescindível, inicialmente, a existência concreta da norma maior tida como violada — «the spirit of Constitution cannot be appealed to except as it is manifested in the letter». (BLACK, William Campbell).