

O DELITO DA FALSIFICAÇÃO ARTÍSTICA NO DIREITO COMPARADO

SILVIO DE MACEDO
Da Academia Brasileira de Letras
Jurídicas e do Inst. de Direito
Comparado Luso-Brasileiro.

I — Trata o Código Penal brasileiro, no seu Título III (Parte Especial), “Dos Crimes contra a propriedade imaterial”, que se substituiu à denominação “Dos Crimes contra a propriedade literária, artística, industrial e comercial”, da antiga Consolidação. Houve um pouco de economia, portanto, por parte dos elaboradores do novo código, que reduziram toda aquela adjetivação anterior, mas com prejuízo estilístico, segundo nos parece, e diminuição lógica da explicitação.

II — Direito *sui generis*, que, quanto à sua base *patrimonial*, se transfere a sucessores, ficando porém intransferível a sua parte *pessoal*, incrustada como se acha à própria personalidade do autor. É o que dispõe o art. 659 do Código Civil, quando estabelece não ser lícito à herança transmitir o direito de modificar a obra (arts. 184 e 185).

III — É sempre sedutor o estudo comparativo das disposições penais nas diversas codificações estrangeiras. Esse interesse decorre também do fato de que o comparativismo é o grande esclarecedor não só das idéias dominantes mas, de outro modo, aclara a *filosofia da linguagem* insita nos textos legais, sempre sujeitos à discussão.

Do grande elenco da comparatística penal dos nossos dias queremos destacar, de preferência, os pontos de triangulação em que se situa o problema de conceituação e tratamento do delito de falsificação artística, no nosso Código, batizado com o título de delitos contra a propriedade imaterial. E aos Códigos alemão, suíço e italiano, sem falar no pátrio, é que se dirige o nosso estudo.

IV — Sustentamos, inicialmente, que os tratadistas sentem, em grande parte, a tendência de reduzir o campo de visão da ciência penal, limitados como se acham na pura análise dogmático-jurídica.

Aqui, por exemplo, sobre os delitos em espécie, e, portanto, sobre os delitos contra a propriedade artística, há defeitos palpáveis naqueles que fazem descrições sem atenderem às confluências do problema. Como “conchas”, fechados à sintonia mais vasta, eles permanecem no puro âmbito da dogmática, que, se bem necessária, não é, no entanto, só por si suficiente para explicar e possibilitar a compreensão dos delitos especiais.

Procuramos argumentar que o jurista, no tratamento da parte especial do Código Penal, tem que lançar mão, constantemente, da Criminologia, na sua triplíce face biológica-psicológica-sociológica, ficando, deste modo, a dogmática, sob a inspiração dos princípios renovadores das ciências positivas e investigadoras.

Muitos saem, na verdade, da parte geral do Código para a especial, absorvidos inteiramente pelos aspectos dogmáticos. Mas, o tratamento de uma e outra exige, cientificamente, uma atenção diversa. É o resultado a que chegaram os mais avançados penalistas nos tempos atuais, e é o critério que sustentamos desde algum tempo na apresentação dos nossos trabalhos jurídico-penais.

Há razão para assim proceder. Os penalistas já sentiram a necessidade de se escrever a teoria geral da parte especial do Código. Muitos têm, apenas, feito preceder a parte especial da simples transcrição da introdução da parte geral, o que é um erro evidente de técnica.

A tipicidade, facilitando a apreensão do conteúdo do sentido do ato criminoso, serve à Dogmática, mas é preciso convir que ela não pode atender a todas as exigências dos nossos dias e também às necessidades práticas. E neste particular, podemos citar o criminalista alemão THOMAS WUERTENBERG, que, de propósito, nos adverte:

“Die Strafrechts dogmatik muss daher, will sie wirklich fruchtbar werden, mindestens in dreifacher Richtung eine Erweiterung des Kreises der von ihr zu behandelnden Gegenstaende erfahren.”

O delito deve ser visualizado como um todo com a “cultura”, portanto em estreita conexão com todos os fatos jurídicos e humanos, acompanhando as “pulsações” históricas.

Na parte especial, a análise dos “tipos” legais deve merecer os ricos favores da Criminologia, trazendo assim, ao estudo do

Direito Penal, um extenso material de causas dos delitos, completando a explicação da parte geral.

Quanto aos delitos de falsificação artística é preciso vê-los como a sua conceituação está a depender de um alargamento do círculo dogmático pelas ciências penais e pela Criminalística. É a necessidade imperiosa de se aumentar o campo visual da dogmática jurídico-penal, para se colher algo dos resultados teóricos e práticos da vida do direito e da cultura.

V — O crime deve ser conceituado como um fenômeno cultural. Não é só o *licito*, mas o *ilícito* também faz parte da “*cultura*”. Portanto, o crime é fenômeno da comunidade, e não apenas mero evento individual, que atinge às normas de cultura dominantes, os “*padrões*” sociais aceitos pelos grupos constitutivos dessa mesma comunidade.

História, Moral e Direito são poderes espirituais que fazem a substância e a forma dos acontecimentos, entre os quais o ilícito criminal.

O crime é conceituado à luz e sob a pressão das normas de cultura, das correntes espirituais dominantes, das situações comunitárias onde é praticado, de forma a não ser uma pura realidade abstrata, e sim um fato concreto, um fato humano, e, como tal, deve ser descrito, analisado e compreendido, para julgamento posterior. Neste sentido, o que se chama “*crime natural*” é uma impropriedade lógica e social, porque todo crime é u’a manifestação dentro da cultura e só em face dela tem razão de ser a conceituação jurídica.

Os que, como nós, procuram sustentar o caráter cultural do delito e do direito, navegam nas águas de MEZGER e MAYER, que, em linhas gerais, estão harmônicos em muitos pontos.

No âmbito das ações criminais, o *ilícito* é obtido por uma “*especialização*” da cultura espiritual de um determinado tempo histórico. Nesse caso, o delito de falsificação artística é especializado no domínio da “*cultura*”. WUERTENBERGER aconselha aquele que pesquisa o fenômeno cultural da falsificação a procura das espécies e essência dessas armas do delito. E resume as ações puníveis no domínio da falsificação da arte em três grupos:

- 1) “*Kunstfaelschung*”;
- 2) “*Kunstverfaelschung*”;
- 3) “*Kunstbetrug*”.

O autor alemão se inspira, por sua vez, naquelas pesquisas admiráveis procedidas ultimamente em seu país, de caráter mais

extenso, que o puramente dogmático, como por exemplo as enumeradas no trabalho de VON TUERKEL: *Fael-Schungen (Beitraege zur Phaenomenologie. Symptomatologie und Diagnostik*, Viena, 1930), e o de TIETZE, sobre *Psychologie und Aesthetik der Kunstfaelschung*.

VI — Há diversos graus de adaptação entre as formas delituaes, em cada modificação de estrutura cultural. A ação criminal guarda no seu bojo o ilícito obtido de especializações da “cultura” em um dado momento histórico. Daí o delito de falsificação artística, do direito alemão ou suíço, também passar por essa especialização de tratamento conceitual.

Na falsificação artística é preciso notar graus e matizes que a técnica distingue, e que por aí se vê como o trabalho do dogmático puro e precário se ele não é capaz de socorrer-se do esforço dos técnicos, tornando-se também um deles, pela responsabilidade de emitir um conceito com força de julgamento, muitas vezes em terreno controvertido e onde deve estar livre de qualquer sugestão, até mesmo aquela que decorra de suas próprias vicissitudes pessoais.

Há a “cópia” sem autorização, do original e ainda o “*pastiche*” ou a chamada “contaminação”, a “aplicação”, o “*aproveitamento*”, e, finalmente, esse curioso delito de “falsificação do estilo do tempo” “*Zeitstilfaelschung*”, de que nos fala WUERTENBERGER.

São esses matizes da figura delitual da falsificação artística do delito penal alemão e suíço, correspondente ao nosso delito contra a propriedade imaterial.

O delito de adulteração (*Kunstverfaelschung*), outro grau desse tipo, começa da simples falsificação, sendo, portanto, mais complexo que o primeiro. A figura do adulterador (*Kunstverfaelscher*) está descrita pelo jurista alemão nestes termos:

“In diesen Faellen der Kunstverfaelscher durch Anbringung. Entfernung oder Veraenderung des Signums oder Monogramms einer fremden Kunstlerpersoenlichkeit die wahre Urheberschaft des Werkes vor den Augen der Umwelt verdecken und eine andere Urheberchaft vortauschen.”

No dominio da “adulteração” (*Kunstverfaelschung*) é preciso também destacar matizes, como a simples “restauração” (*restaurierung*), na qual se atinge a natureza da obra artística. A integridade da impressão artística pode ficar atingida pela simples

restauração, e nesse caso temos autêntico delito de falsificação. Delito típico intelectual, a exigir argúcia e técnica do julgador.

Como forma da “restauração” aparece a “*Embellierung*”, e, logo mais, a chamada “*Assemblage*”.

A terceira forma delitual — a fraude (*Kunstbetrug*) — floresce ao lado tanto da simples falsificação quanto da adulteração.

A falsificação é o meio principal utilizado pela fraude. Mas há uma diferença fundamental entre uma forma e outra. Tanto a falsificação simples quanto a adulteração atingem a obra artística, enquanto a fraude atinge a personalidade do artista.

A substância da obra artística é só meio e não objetivo, na ação delitual.

WUERTENBERGER traça o “*diagnóstico*” da época atual, quando diz que ela é marcada por esses tipos de delito, e lhe ressalta as características, como o espírito do Individualismo (*Geist des Individualismus*), chegando a asseverar que “a Idade Média não conheceu nenhuma das formas atuais de falsificação (*Das Mittelalter Kannte Jedoch keine der Formen des heutigen Kunstfaelscher-tums*)”.

Portanto, a opinião do jurista alemão é a de que o delito de falsificação artística é fenômeno típico da nossa época. É oportuno, relembrar o que sustentamos no início deste trabalho, sobre o caráter historicista e cultural do Direito e um novo empenho em considerar o delito sob esse aspecto concreto.

VII — O delito de falsificação artística apresenta uma estrutura complexa. Para entender o fenômeno criminal assim descrito, o jurista deve pressupor não só uma base jurídica propriamente dita, mas, ainda, uma base ética e outra estética. Em trabalho que escrevemos, já deixamos claro este ponto de vista. Portanto, eis um ponto sutil, o do enlace entre esses três elementos estruturais que configuram o delito de *falsificação artística*, pelo visto muito mais complexo que o simples delito de falsificação *in genere*.

No próprio conceito de *obra de arte* há elementos subjetivos e objetivos, que é preciso defini-los, formativos de uma unidade orgânica. A individualidade da obra de arte aparece como condição da sua essencialidade, da sua especificidade. A vivacidade, a corporeidade (*Leibhaftigkeit*), a singularidade (*Einmaligkeit*), tudo isso concorre para descrever apenas a individualidade da obra de arte e o traço distintivo da personalidade criadora. A autenticidade (*Echtheit*), também que aliás TIETZE já em *Zur Psychologie und Aesthetik der Kunsfaelchung* salientara como elemento ou condição fundamental da obra de arte, portanto, como susceptível de proteção penal do Estado.

VIII — WUERTENBERGER determina a essência da obra de arte em dois conceitos: “*Harmonia*” e “*Originalidade*”. FRIEDLAENDER esclarece que a originalidade da obra artística faz um todo com o seu autor:

“Das Kunstwerk ist urspruenglich dem Organismus seines Autors, ist deshalb diesem Autor eigenteulich, gewissermaßen ein Teil von ihm.”

Mas, o primeiro destaca que:

“... diese Urspruenglichkeit des Schaffensaktes offenbart uns noch andere Seiten der Originalitaet”.

É preciso ter-se em mira essas discussões porque elas interessam quanto à conceituação da falsificação artística. Haja vista que os criminalistas alemães e suíços passaram muito tempo no debate para a determinação dos elementos constitutivos dessa figura criminal. Acresce-se a isso que o conceito de originalidade da expressão artística implica no julgamento valorativo ético-social da comunidade cultural. Portanto, a originalidade também é condicionada culturalmente.

BACHLER, em sua *Zur Psychogenese des Kunstfaelscher*, mostra a dificuldade de uma conceituação sumária sobre o assunto, para cujo deslinde já se disse ser necessária a colaboração de juristas criminais e estetas de vários matizes.

IX — Estudemos, nas diversas codificações penais, as disposições concernentes ao assunto.

O Código Penal francês, no seu art. 425, Título II, Cap. II (*Crimes et Délits contre les Propriétés*), agasalha a propriedade imaterial com a proteção jurídica, incriminando a falsificação artística:

“Art. 425. Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et régléments relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon, et toute contrefaçon, est un délit.”

O Código Penal suíço, por sua vez, acolhe a figura delitual da falsificação artística no Título das Ações Puníveis contra os Costumes (*Strafbare Handlungen*) *gegen das Vermoegen*):

“Art. 148. Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irrefuehrt oder den Irrtum eines andern arglistig benutzt und so den Irreden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einem andern am Vermoegen schaedigt, wird mit Zuchtaus bis zu fuend Jahren oder mit Gefaengnis bestraft.”

O Código Penal alemão, no Cap. XXII, arts. 263-266, refere-se a *“Betrug und Untrenue”*, e também *“Betruif und Entrepresung”*. Vejamos o art. 261, 1:

“Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einem rechtswidrigen Vermoegensvorteil zu verschafen, dar Vermoegen eines anderen dadurch beschidigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrueckung wahrer Tatsachen einem Irrtum erregt oder unterhaelt, wird wegen Betruges mit Gefaengnis bestraft, neben welchem auf Geldstrafe, sowie auf Verlust der buergerlichen Ehrenrecht erkannt werden kann.”

b) *Betrung im zweiten Rueckfall:*

“Art. 264. Wer im inlande wegen Betruges einmal und wegen darauf begangenen Betruges zum zweiten Male bestraft worden ist wird wegen abermals begangenen Betruges mit Zuchtaus bis zehn Jahren und zugleich mit Geldstrafe bestraft.”

X — A falsificação é punida tenazmente em todas as codificações modernas. Aumenta, atualmente, o rigor punitivo contra esse tipo delitivo, pela apuração da técnica, o aumento do fenômeno da concorrência em todos os sentidos e também na produção dos bens imateriais. Seja sob o pálio dos bens agrupados como *“costume”*, como *“bens individuais”* ou como *“propriedade imaterial”*, de qualquer maneira a matéria encontra longa preocupação da parte dos codificadores, procurando, o Estado, tutelar esses interesses individuais como patrimônio do povo, da comunidade. Ressalvado o aspecto privatístico da parte processual, quanto ao início da ação punitiva (inicia-se o processo por queixa), logo mais iniciada a impulsão processual surge o Estado e toma a si o empenho máximo, qual seja o de considerar como *“res publica”* a obra de criação do gênio artístico-patrimônio que é de toda a comunidade. E tanto é

assim que, aos sucessores, se lhes cabe a fruição das vantagens materiais ou econômicas da obra artística, a mesma coisa não acontece no respeitante à obra em si, não se lhes estendendo o poder de alterá-la a qualquer modo, *nem mesmo para melhor*, porque assim o delito de falsificação está caracterizado e se faz valer a proteção penal do Estado.

Tanto o Direito Penal suíço, alemão, brasileiro, quanto os demais não estudados aqui, são reveladores dessa proteção do Estado à obra imaterial dos seus filhos.

O Código Penal italiano, no seu art. 639, referente aos crimes contra o patrimônio, determina o seguinte:

“Chiunque, fuori dei casi preveduti dall'articolo 635, deturpa, o imbratta cose mobile o immobili altrui è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino a lire mille.”

O art. 631 (*Usurpazione*), restrita a sua aplicação às coisas imóveis, também pode compreender aqueles bens imateriais que aderem à coisa material de valor artístico. Deste modo, passamos a transcrevê-lo:

“Chiunque, per appropriarsi, in tutto o in parte, l'altrui cosa immobile, ne rimuove o altera i termini è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a lire diecimila.”

Excursionemos pela legislação ibero-americana. O Código Penal mexicano inclui, de outro modo, a figura delitiva da falsificação artística no Título dos “Delitos contra as Pessoas”. No Cap. III, tratando da Fraude, no art. 387, estipula o seguinte:

“Se aplicará igual pena que la señalada en el artículo anterior al que ejecute actos violatorios de derechos de propiedad literaria y artística, dramática, considerados como falsificación en el Código Civil.”

XI — Muitos outros Códigos americanos tratam da falsificação artística nas suas disposições civis, deixando às disposições penais a previsão do dano, sua medida, sua graduação. É o que acontece com o Código Penal da Argentina, do Uruguai, do Peru, etc. Não se lhes nota uma disposição expressa, como a do Código mexicano, que fale da propriedade literária ou artística. Os Códigos Civis desses países tratam da falsificação artística, deixando

à legislação penal a conceituação do dano. De forma que a teoria do falso, numa parte, e a teoria do dano, noutra parte, equilibram a compreensão do tema. A codificação mexicana, neste particular, foi mais explícita, deixando no próprio âmbito da lei penal a especificação exigida pelos tratadistas atuais.

XII — De tudo o que vimos, convence-nos ainda mais o critério sustentado teoricamente no início do trabalho, qual seja o de que, para a conceituação do delito de falsificação artística, se faz mister acompanhar a Dogmática, mais de perto, a evolução da Criminologia, no seu tríptico aspecto, biológico, psicológico e social. Porque há quem desatenda a esse tratamento, achando que a Dogmática por si só levaria a uma definição satisfatória.

Não só a Dogmática, a nosso ver, deve sentir de perto e até acolher, de imediato, os elementos da Criminologia, para elaborar os seus conceitos de delito, mas deve ir mais longe, principalmente quando se trata de delitos-tipos, como o complexo delito de falsificação da obra imaterial, em que se deve socorrer, às largas, da Estética.

XIII — *Conclusão.* O Direito Comparado traz elucidações sobre a natureza uniforme do delito de falsificação artística, permitindo entender que esse tipo delitual revela a precariedade da pura dogmática penal para a conceituação do problema, que deve apoiar-se, sobretudo, na Criminologia e na Estética.