

**Apropriação indébita majorada em razão de emprego - Art. 168, § 1º, III, do Código Penal - Autoria e materialidade comprovadas - Desclassificação do crime para exercício arbitrário das próprias razões - Inadmissibilidade - Réu primário e de bons antecedentes - Pena - Redução - Mínimo legal - Possibilidade**

Ementa: Penal. Apropriação indébita. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Apropriação de dinheiro em razão do exercício do emprego. Desclassificação para o crime de exercício arbitrário das próprias razões. Inadmissibilidade. Pena. Redução de ofício. Necessidade. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- A manutenção da condenação é medida que se impõe, porquanto resta comprovado que o apelante se apropriou de coisa alheia de que tinha a posse licitamente, sem a intenção de restituí-la.

- Sendo o agente primário e de bons antecedentes, a pena deve tender ao mínimo legal.

Recurso parcialmente provido.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0518.06.107195-8/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: Diego Rodrigues Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEDRO VERGARA**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 4 de outubro de 2011. - *Pedro Vergara* - Relator.

**Notas taquigráficas**

Retirado de pauta pelo Des. Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO (Presidente) - O julgamento deste feito foi retirado de pauta na sessão do dia 02.08.2011, a pedido do Des. Relator.

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra Diego Rodrigues Santos como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, inciso III, c/c o art. 71, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia que o apelante era funcionário da pizzaria "Mama Mia" e trabalhava como operador de caixa e, em razão de seu emprego reiteradamente se apropriava de maneira indevida do dinheiro destinado ao caixa da pizzaria.

Segundo consta, Diego deixava de registrar os pedidos de pizza no computador e fazia os registros apenas em rascunhos, deixando de seguir as normas da empresa, apropriando-se do dinheiro da empresa em continuidade delitiva, tudo conforme consta do anexo inquérito policial (f. 02/04).

Recebida a denúncia, o apelante foi citado, interrogado, apresentada a defesa preliminar de f. 44/45 (f. 36, 40, 42-43).

As testemunhas arroladas foram ouvidas, nada requerendo as partes em diligência (f. 100/111, 97).

O Órgão Ministerial requer a condenação nos termos da inicial, manifestando-se nos mesmos termos o Assistente de Acusação, rogando a defesa a absolvição por ausência de provas e alternativamente a desclassificação para o art. 345 do CP (f. 97/99, 112/115 e 119/141).

Proferida a sentença, o apelante foi condenado nas sanções do art. 168, § 1º, inciso III, c/c o art. 71, todos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa, no mínimo legal, no regime aberto, substituindo a pena por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (f. 143/154).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante, pugnando pela absolvição ou desclassificação para o art. 345 do Código Penal, rogando o Ministério Público improvimento do apelo. No mesmo sentido se manifestando a d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 166/190, 191/198 e 205/208).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade - Conheço do recurso visto que presentes os pressupostos para a sua admissibilidade.

II - Das preliminares - Inexiste na espécie qualquer nulidade, tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - Do mérito - Cuida-se de delito de apropriação indébita praticado por empregado em continuidade delitiva cuja norma penal incriminadora se encontra insculpada no art. 168, § 1º, inciso III, c/c art. 71 ambos do Código Penal.

Cinge-se o inconformismo defensivo à absolvição, por ausência de provas, ou à desclassificação para o crime do art. 345 do Código Penal.

A materialidade delitiva se encontra comprovada, principalmente através da Portaria de f. 06, do boletim de ocorrência de f. 09/11 e do laudo pericial de f. 28.

A autoria também é incontestada.

O apelante nega a prática do delito tanto na fase inquisitiva como em juízo (f.11e 42/43).

O mesmo alega que o pagamento não estava em dia e foi autorizado a retirar importâncias do caixa

a título de pagamento, autorização dada pelo proprietário da empresa Alexandre e que sempre fazia retiradas do caixa para diversos pagamentos da empresa, inclusive dos funcionários e fornecedores.

Este ressalta ainda que no dia da abordagem policial nenhum dinheiro foi encontrado com ele.

A prática delitativa, todavia, restou devidamente comprovada pela prova testemunhal colhida.

A vítima Alexandre Franco narra a dinâmica dos fatos, esclarecendo que começou a controlar o caixa da empresa e sempre havia prejuízo e, diante dessa desconfiança, contratou um detetive particular que passou a monitorar a pizzaria através de um sistema de segurança e, durante dois meses, foi constatado que Diego furtava dinheiro dentro do caixa, sendo que, para fazer isso, deixava de registrar a saída de algumas pizzas no computador (f. 15).

Aliás, o laudo pericial confirma que, após análise dos DVDs encaminhados, verificaram que:

[...] constataram que o local era um setor da Pizzaria Mama Mia, com início das imagens datadas de 22/07/2006, onde funcionava o caixa e mostrava o indiciado recebendo dinheiro em pagamentos de contas e se apropriando de cédulas monetárias e tirando sua carteira do bolso, colocando dinheiro dentro da carteira voltando a colocá-la no bolso, atitude registrada por repetidas vezes (f. 28).

A vítima Alexandre, em juízo, narra o momento em que observou o réu se apropriando do dinheiro, *in verbis*:

[...] filmagens eram nítidas demonstrando que o acusado desviava dinheiro do caixa para o seu próprio bolso; em um domingo do ano de 2006, ao término do funcionamento do estabelecimento, sem a presença dos demais funcionários, mas ainda do detetive que contratou, chamou o acusado e lhe disse que a situação não poderia perdurar; confessou ele que, de fato, se apropriava de numerário da empresa, mesmo porque tomou conhecimento de que o declarante não estava recolhendo seu FGTS [...] (f. 100/102).

O depoimento da testemunha Adalberto Gomes se encontra ademais em consonância com as declarações da vítima como se verifica às f. 103/104.

As alegações das testemunhas de defesa de que o réu era tido como gerente da loja e que as filmagens não revelam nada de mais, sendo que viram o réu tirar o dinheiro do caixa e colocar na carteira como também o inverso (f. 109/110) vão de encontro a toda a prova dos autos, mormente o laudo pericial feito com base nas filmagens e no depoimento do detetive contratado para solucionar a questão (f. 103/104).

A palavra da vítima, portanto, se apresenta harmônica e em consonância com a prova colhida.

Ademais, a versão do réu de que assim procedia porque a vítima lhe devia saldos trabalhistas não torna sua conduta legítima, porquanto sabia que estava agindo

erradamente e tal não o exime de sua responsabilidade, porquanto em momento algum, caso não fosse descoberto, iria fazer compensar o dinheiro apropriado com o valor do FGTS não depositado pela vítima.

A Procuradoria-Geral de Justiça assim se manifestou sobre o tema:

[...] Veja-se que o próprio apelante admitiu que fez diversos saques do caixa do estabelecimento comercial da vítima, alegando, apenas, que assim procedeu em razão de seu empregador não cumprir com as suas obrigações trabalhistas e ter concordado com tais operações.

Todavia, tais justificativas não foram comprovadas nos autos, sendo que a vítima Alexandre, dono da pizzaria, não confirmou tal autorização, situação que se evidencia também pelas declarações da testemunha Daniel dos Reis Silva, que trabalhava como operador de caixa antes do horário do apelante, que esclareceu que '... que nenhuma outra necessidade não ocorria autorização para funcionários retirar dinheiro do caixa...' (sic, f. 107).

[...]

Cumprе salientar que, caso existissem créditos trabalhistas a seu favor, o apelante deveria acionar a Justiça do Trabalho para o recebimento dos seus direitos, mas nunca se apropriou indevidamente de numerário alheio de que tinha a posse em razão do seu emprego (f. 207-208).

O *animus sibi habendi* do apelante ademais resta devidamente comprovado, porquanto o mesmo, após se apoderar de forma ilícita do valor que tinha em razão do seu cargo, não o devolveu à vítima.

Sobre o tema leciona Júlio Fabbrini Mirabete:

A vontade de apropriar-se de coisa alheia móvel (*animus rem sibi habendi*) é o dolo do crime. Exige-se o elemento do tipo, ou seja, a vontade de ter, como proprietário, a coisa para si ou para outrem, com a vontade de não restituí-la. Está presente o elemento subjetivo quando o agente pratica ato incompatível com a possibilidade de ulterior restituição da coisa ou seu emprego ao fim determinado (in *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 1.070).

Eis a jurisprudência:

Tipifica-se o delito de apropriação indébita quando o agente reverte a posse, até então lícita, que mantinha sobre os objetos não devolvidos, para então considerá-los como de sua propriedade, deles dispondo livremente (TACRSP, RJTACRIM 1/61).

O apelante lado outro salienta que assim agiu porque a empresa lhe estava devendo créditos trabalhistas, bem como não fazia o depósito de seu FGTS, pugnando, dessarte, pela desclassificação para o crime do art. 345 do CP, ou seja, exercício arbitrário das próprias razões.

No entanto, sua versão não pode prosperar, visto que a versão do mesmo não restou demonstrada, inexistindo prova para comprovar suas alegações.

E, como se sabe, a prova cabe a quem alega nos termos do art. 156 do Código Penal.

A intenção, a vontade dolosa do apelante de se apropriar do dinheiro que não lhe pertencia resta, portanto, evidenciada, não havendo que se falar em absolvição.

Eis a jurisprudência:

A apropriação indébita, nos expressos termos do art. 168 do CP de 1940, pressupõe a anterior posse ou detenção da coisa móvel pelo agente. Nela, a coisa não é subtraída ou arditosamente captada de seu dono, pois já estava no legítimo e desviado poder de disponibilidade física daquele (TACRSP, RT 598/350).

No entanto, de ofício, entendo que a pena aplicada ao réu deve ser reduzida, porquanto algumas circunstâncias judiciais não foram examinadas da melhor forma, motivo pelo qual passo a reestruturar as penas do recorrente.

Na primeira fase, considerando a culpabilidade como a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, no presente caso vislumbro-a como normal. Possui bons antecedentes, pois, ausente condenação transitada em julgado. Por conduta social, tem-se a análise conjunta do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc., donde se conclui pelas provas carreadas aos autos a impossibilidade de inferência dessa circunstância de forma negativa, pois nenhuma prova foi feita nesse sentido.

Já a personalidade, nos dizeres de José Antônio Paganella Boschi,

[...] é mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo, porque além das exigências relacionadas ao conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia, medicina, psiquiatria e, de outro lado, aqueles que se dispõem a realizá-lo tendem a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que elegem, não raro, como paradigmas. Isso tudo para não falarmos, por hora, na tese que propõe a absoluta impossibilidade de determinação da personalidade, que é dinâmica, que nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo [...] (BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 207).

E continuando na linha de raciocínio do referido autor:

[...] sem nenhuma pretensão de, com as respostas, dar o problema por resolvido, queremos registrar nossa adesão à corrente que propõe a punibilidade pelo que o agente fez, e não pelo que ele é ou pensa, para não termos que renegar a evolução do direito penal e retornarmos ao tempo em que os indivíduos eram executados porque divergiam, e não pelo que faziam [...] (obra citada, p. 212).

Não há assim registro nos autos sobre a personalidade do apelante. Os motivos são normais à espécie. As circunstâncias são favoráveis já que não se destoam da normalidade. As consequências do crime reputam-se

desfavoráveis, visto que houve prejuízo à vítima, que em nada contribuiu para o delito.

Conforme análise supraconsiderada, fixo a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, inexistentes circunstâncias agravantes e atenuantes, mantenho a pena provisoriamente no patamar acima estabelecido.

A final, na terceira fase, ausentes causas de diminuição da pena, mas presente a de aumento do § 1º, inciso III, do art. 168 do CP, majoro-a em 1/3 e a concretizo em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo legal, para cada um dos crimes perpetrados pelo acusado.

Por fim, tendo em vista que os crimes foram perpetrados em continuidade delitiva, deve ser mantido o aumento de 2/3, uma vez que, pelas provas colhidas aos autos, o acusado assim agiu por diversas vezes e, mesmo não se podendo precisar quantas foram, sabe-se que foram muitas, o que justifica o aumento máximo, restando, pois, a pena final do réu concretizada em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor mínimo legal.

Ficam mantidos os demais termos da r. sentença, fazendo-se apenas adequação do prazo da prestação de serviços à comunidade à pena ora imposta.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para, de ofício, reduzir as penas impostas para 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor mínimo legal, mantendo os demais termos da r. sentença fustigada.

Custas, ex lege.

É como voto.

DES. ADILSON LAMOUNIER - De acordo.

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - De acordo.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.