

Conduta, em tese, caracterizadora do exercício arbitrário das próprias razões. *Mutatio libelli*. Instância recursal. Impossibilidade. Absolvição decretada.

- A ausência de prova acerca do intuito de assenhoreamento definitivo conduz à absolvição.

- Ainda que hipoteticamente caracterizado o delito de exercício arbitrário das próprias razões, não é possível, em instância recursal, a promoção da *mutatio libelli*. Desclassificação que não se admite.

Absolvição do acusado.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0549.05.002522-6/001 - Comarca de Rio Casca - Apelante: Geraldo Magela da Silva - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

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

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2009. - Alexandre Victor de Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - 1. Relatório.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Geraldo Magela da Silva contra sentença oriunda do Juízo da Comarca de Rio Casca, que o condenou às penas de um ano e nove meses de reclusão, regime semiaberto, e setenta e dois dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal.

Narram os autos que, em meados de abril de 2005, na Rua Manoel Ribeiro Fontes, nº 120, Bairro das Graças, o denunciado, aproveitando-se de um descuido da vítima e por já ter conhecimento de onde ela guardava os seus bens, subtraiu para si uma motosserra marca Huqvarna 610, pertencente a Onofre Antunes Pereira.

Após instrução criminal, veio sentença condenatória às f. 84/89. A substituição da pena privativa de liberdade e a sua suspensão condicional, nos termos dos arts. 44 e 77 do Código Penal, foram negadas.

Inconformada, a defesa busca o reconhecimento do furto de uso, sendo que havia uma desavença entre patrão e empregado que, diante do não recebimento da remuneração, tomou o bem para usar e conseguir algum dinheiro para seu sustento. Pugna pela aplicação do princípio da insignificância, pelo decote da qualificadora (*sic*), fixação da pena no grau mínimo e concessão do *sursis* ou da substituição.

Furto - Autoria - Materialidade - Dolo - Prova - Ausência - Não caracterização - Furto de uso - Não configuração - Exercício arbitrário das próprias razões - Tipicidade - *Mutatio libelli* - Segunda instância - Inadmissibilidade - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Furto. Furto de uso. Descaracterização. Dolo. Fragilidade probatória.

As contrarrazões ministeriais estão acostadas às f. 102/105.

Instada a se manifestar no feito, a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovinimento (f. 109/117).

É o relatório.

2. Conhecimento.

Conheço do recurso, em face do seu ajuste legal.

3. Mérito.

Pede a defesa a absolvição, alegando ter havido furto de uso. Colhe-se das razões recursais que:

o apelante não tinha a intenção de se apropriar da motosserra, pois a deixou, inclusive, para conserto na oficina de Raimundo Pedro. Pretendia, portanto, consertá-la para usá-la em trabalho autônomo, e conseguir, com o seu trabalho, dinheiro para sustentar-se, já que a vítima não lhe estava pagando o salário combinado, além de não lhe ter assinado a carteira - f. 95.

Em seu interrogatório judicial, o réu relatou que:

apropriou-se da motosserra com o objetivo de garantir seu crédito; que o interrogando trabalhou para a vítima por mais de três anos; que na ocasião a vítima estava devendo ao interrogando quinze dias de serviço; que sua intenção era utilizar a motosserra até que recebesse o seu pagamento; que a vítima devia ao interrogando R\$180,00 (cento e oitenta reais); que deixou a motosserra na oficina de um amigo que iria fazer alguns reparos na mesma - f. 44.

A testemunha Amauri Barino confirmou, em juízo, o teor da comunicação de f. 09, onde constou a abordagem ao réu e a mesma versão por ele fornecida - f. 54.

A vítima relatou a subtração da motosserra e sua desconfiança em torno do acusado, que não a aguardou, como sempre, para retornar à Cidade de Rio Casca após o dia de trabalho. Na oportunidade, negou a existência de dívida pelos serviços prestados pelo réu - f. 59.

A testemunha Raimundo Pedro corrobora a versão do acusado, no sentido da tomada da motosserra para recuperação do dinheiro devido pela vítima, alegando:

que o denunciado não disse ao depoente como havia conseguido pegar a motosserra que pertence à vítima Onofre; que somente lhe disse que iria tentar conseguir algum dinheiro para recuperar o que Onofre lhe devia - f. 60.

A condenação deve estar assentada nos elementos probatórios produzidos nestes autos, e não na constatação de prática anterior de furtos. Ocorre que, nestes autos, tenho por frágil a conclusão acerca do elemento subjetivo do tipo penal previsto no art. 155, CP, o dolo.

Entretanto, não cabe a hipótese concreta na tese do furto de uso, seja por não ter havido uso momentâneo, seja pela ausência de restituição. Aliás, a devolução nem mesmo ocorreria sem o efetivo pagamento do de-

vido, segundo o próprio réu. Assim, não se trata de furto de uso.

O que restou provado no caderno processual foi, em tese, a prática da conduta caracterizadora do exercício arbitrário das próprias razões; todavia, não é essa a imputação. Completamente inviabilizada a condenação do apelante, porque a nova capitulação implica *mutatio libelli*, impossível de ser realizada em segunda instância.

Para a caracterização do exercício arbitrário das próprias razões, não basta tão somente a alegada crença do agente acerca de sua pretensão efetivamente legítima ou que lhe pareça legítima; há que se perquirir, ainda, a sua boa-fé, levando-se em conta a sua educação, a sua cultura e a sua capacidade intelectual.

Esta é a opinião de Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de direito penal*, Bushatsky, v. 4, p. 1.030), que considero bastante pertinente para o caso em comento. Se atentarmos para as condições subjetivas do acusado, concluiremos que há dúvida quanto ao dolo de furto, uma vez que, ignorante, possivelmente acreditou no direito de usufruir da motosserra enquanto não recebesse. Vejamos a narrativa feita pelo acusado para o policial que o abordou inicialmente:

...em entrevista com o investigado o mesmo confessou o delito alegando que apoderou-se da aludida motosserra, uma vez que estava trabalhando para a vítima Onofre Antunes Pereira, onde teriam acordado entre as partes a forma de pagamento salarial; que inúmeras vezes o autor procurou a vítima, Sr. Onofre, para acertos, sendo que toda vez que era procurado a vítima não o recebia; que o autor, durante o período de trabalho, acidentou-se, alegando ainda que até cuidados médicos hospitalares lhe foi negado pela vítima; que, diante da situação e induzido por colegas tomou a decisão de apoderar-se da citada motosserra a fim de que a vítima cumprisse o que fora acordado (sic) - f. 09, confirmada em juízo.

Não se está afirmando que a pretensão é justa, que há dívida entre acusado e vítima. Entretanto, há elemento probatório para, no mínimo, tornar crível a versão do réu, que afasta, por completo, a caracterização do dolo de furto. Essa possibilidade de credibilidade abre o espaço para a dúvida quanto à efetiva intenção de assenhoramento definitivo do bem.

Afastada a possibilidade de condenação pelo furto, cumpriria examinar a prática do delito previsto no art. 345, CP, dada a sua hipotética caracterização. Todavia, como já adiantei, a hipótese seria de *mutatio libelli*, ou seja, mudança de classificação jurídica dos fatos, tendo em vista o surgimento no processo de circunstâncias elementares do tipo penal não contidas expressa ou implicitamente na denúncia, o que, ao contrário da *emendatio libelli*, não pode ser aplicada na instância recursal.

Se estivéssemos apenas diante da correção do *decisum* a fim de dar aos fatos a correta definição jurídi-

ca, seria possível solução diversa da absolvição. Não sendo o caso, incide a Súmula 453 do Pretório Excelso:

Súmula 453 - Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

Mesmo que anterior às alterações promovidas em junho de 2008, que passaram a vigorar em agosto de 2008, a Súmula está a impedir o procedimento de alteração na imputação em fase recursal.

Nesse sentido, colaciono as seguintes decisões dos tribunais:

É inadmissível a desclassificação do crime em segunda instância quando se trata de hipótese prevista no art. 384 do CPP (Súmula 453) (STF - HC 54.976 - Rel. Xavier de Albuquerque - DJU 15.4.77, p. 2.348).

O reconhecimento, pelo Tribunal, em sede de recurso de apelação exclusivo da defesa, de que a definição jurídica correta para o fato criminoso é diversa da imputação, não ocorrendo a observância do disposto no art. 384 do CPP, resulta na absolvição do réu e não na decretação de nulidade da sentença condenatória, nos termos do art. 617, também do CPP (TJSP - 6ª C. - Ap. - j. em 20.8.98 - Rel. Cardoso Perpétuo - RT 759/592).

4. Conclusão.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso da defesa para absolver o apelante Geraldo Magela da Silva da imputação contida na exordial, com fulcro no art. 386, VII, CPP.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA CELESTE PORTO e PEDRO VERGARA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.