

**Estelionato - Apropriação indébita -
Desclassificação do crime - *Emendatio libelli* -
Possibilidade - Fixação da pena - Critério trifásico
- Nulidade não caracterizada**

Ementa: Apropriação indébita majorada. Dar nova capitulação ao fato. Comprovação da prática do delito de estelionato. Posse ilícita da coisa alheia. Existência de *dolus ab initio*. *Emendatio libelli*. Art. 383 do Código de Processo Penal. Atenuante da confissão espontânea. Impossível reduzir a pena aquém do mínimo legal. Súmula nº 231 do STJ. Recurso parcialmente provido.

- Tendo em vista que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não de sua capitulação, é possível dar nova capitulação ao fato, se restou comprovada a prática do delito de estelionato, e não de apropriação indébita majorada, em razão do instituto da *emendatio libelli*, determinado pelo art. 383 do Código de Processo Penal.

- Comete o crime de estelionato, e não apropriação indébita, o agente, funcionário da empresa, que se identifica como cobrador e solicita ao cliente que seja depositado, em sua conta particular, dinheiro devido àquela e não o repassa a quem de direito.

- O reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não conduz à redução da pena aquém do mínimo legal, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, fazendo-se a aplicação da Súmula nº 231 do STJ.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.04.122485-2/001 -
Comarca de Contagem - Apelante: Carlos Antônio dos Santos Nunes - 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, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 29 de abril de 2008. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público, contra Carlos Antônio dos Santos Nunes, como incurso nas

sanções do art. 168 (apropriação indébita), § 1º (causa de aumento), inciso III (em razão de emprego), do Código Penal.

Narra a denúncia que o acusado, no final do ano de 2003, na Comarca de Contagem, apropriou-se de coisa alheia móvel, indevidamente, qual seja um numerário depositado em sua conta particular por um cliente, Raimundo Soares Carvalho, da empresa na qual trabalhava - Virtual Alimentos Ltda., bem como de mercadorias da empresa retromencionada, tudo como consta do anexo inquérito policial (f. 02/04).

Consta da exordial que o acusado era "conferente e vendedor" da citada empresa vítima, e Raimundo Soares Carvalho, um cliente que, na última compra, fez o pagamento com cheque do Banco Credicoop, agência Pitangui, nº 000711, no valor de R\$ 452,00 (quatrocentos e cinquenta e dois reais), sem provisão de fundos (idem).

Em face de tanto, o acusado ligou para o citado cliente se apresentando como responsável pela cobrança da empresa e solicitou ao mesmo que efetuasse o pagamento em sua conta particular, o que foi providenciado pelo Sr. Raimundo Soares Carvalho, valor que nunca foi repassado à empresa vítima pelo acusado (idem).

Recebida a denúncia, foi o acusado regularmente citado, e não compareceu à audiência de interrogatório, razão pela qual decretou o douto Juízo *a quo* sua revelia, nos termos do art. 367 do Código de Processo Penal, nomeando-lhe a Defensoria Pública para patrocinar sua defesa, que apresentou as alegações preliminares de f. 59 (f. 48, 55/56, 57 e 58).

Durante a instrução, ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, nada requereram essas em diligência (f. 70, 87/88, 90 e 90-v.).

Nas alegações finais, pede o Órgão Ministerial a condenação nos termos da denúncia, rogando a defesa a fixação da pena mínima e a substituição da pena corporal por uma restritiva de direitos, com fulcro no art. 44 do Código Penal (f. 92/96 e 97/98).

Proferida a sentença, foi o acusado condenado nas sanções do art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, no regime aberto, substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária arbitrada no pagamento da importância apropriada (quatrocentos e cinquenta e dois reais) à vítima e prestação de serviços à comunidade (f. 99/101).

Inconformado com a decisão, recorreu o acusado, pretendendo a nulidade da sentença alegando supressão da segunda fase de dosimetria da pena ou que seja aplicada a atenuante da confissão espontânea no *quantum* mais favorável ao acusado, reduzindo a pena aquém do mínimo legal (f. 113/116).

Por sua vez, suplica o *Parquet* o improvimento, mantendo-se, na íntegra, o édito fustigado (f. 119/123).

Manifestando-se a douta Procuradoria de Justiça, opinou essa pela desclassificação da conduta para o delito de estelionato (f. 127/133).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade - Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para a sua admissão.

II - Das preliminares - *Ab initio*, ainda que não tenha a defesa alegado em sede de preliminar, requereu a nulidade da sentença, impondo-se sua apreciação nessa fase.

Suscita a defesa nulidade do *r. decisum a quo*, por supressão da segunda fase de dosimetria da pena.

Todavia, tal não se depreende da *r. decisão* de f. 99/101 dos autos, porquanto, ainda que de forma sucinta, o douto Magistrado primevo mencionou serem favoráveis as balizas judiciais ao acusado e fixou sua pena-base no mínimo legal, impossibilitando a redução da pena pela atenuante da confissão espontânea, já que a atenuante não conduz a pena aquém do mínimo legal, e procedeu, na terceira fase de dosimetria, ao aumento mínimo de 1/3 (um terço) pela causa de aumento do art. 168, § 1º, inciso III, do CP, *in verbis*:

Considerando que lhe são favoráveis todas as circunstâncias judiciais, fixo-lhe a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mínima cominada ao tipo, já subsumida a atenuante da confissão espontânea. Inexistem agravantes. Em razão da causa de aumento prevista no inciso III do § 1º do art. 168, acrescento um terço, concretizando a sanção em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 13 (treze) dias-multa, unicidade mínima, ausentes outros motivos autorizadores (f. 101).

Assim, depreende-se que o douto Magistrado primevo observou rigorosamente a regra do art. 68 do Código Penal, que estatui:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Dessa forma, não há que se falar em nulidade da sentença, ainda mais em se considerando que a pena infligida ao acusado o foi no mínimo legal, não lhe acarretando nenhum prejuízo.

Equivocada se encontra a defesa ao alegar que a redução da pena pela atenuante da confissão espontânea não conduziria a uma pena aquém do mínimo legal, em razão da majorante do art. 168, § 1º, inciso III, do CP.

Isso porque, conforme descrito acima, antes de proceder à diminuição ou aumento da pena pelas minorantes ou majorantes, impõe-se a apreciação das circunstâncias atenuantes e agravantes da pena na segunda fase de dosimetria, a teor dos arts. 59 e 68 do Código Penal, o que foi devidamente promovido pelo Juízo Sentenciante.

III - Do mérito - Cuida-se de delito de apropriação indébita, na modalidade majorada, em razão de ofício, emprego ou profissão, consistindo a conduta típica em apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal.

Resume-se assim a questão à possibilidade ou não de redução da pena pela atenuante da confissão espontânea, aquém do mínimo legal.

Primeiramente, antes de adentrar o pedido defensivo, impõe-se apreciar o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, porquanto necessária se faz nova capitulação da conduta delituosa.

O acusado restou condenado nas sanções do crime de apropriação indébita majorada, previsto no art. 168, § 1º, do Código Penal, contudo entendo que a conduta se amolda a delito diverso.

Compulsando os autos, entendo plausível dar nova capitulação aos fatos em apreço, enquadrando-o no delito de estelionato, descrito no art. 171 do Código Penal, em razão da *emendatio libelli* autorizada pelo art. 383 do Código de Processo Penal, que estabelece que:

Art. 383 - O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

A materialidade delitiva se encontra suficientemente comprovada, principalmente, através dos documentos de f. 07/09 dos autos.

Lado outro, restou a autoria integralmente comprovada pela prova testemunhal produzida nos autos.

O caso em voga tem início com a devolução de cheque sem fundos da pessoa de Raimundo Soares de Carvalho pelas compras efetivadas no estabelecimento comercial denominado Virtual Alimentos Ltda.

Em face de tanto, o acusado, que trabalhava na citada empresa como conferente e vendedor, se identificou como responsável pela cobrança da empresa e solicitou à referida pessoa de Raimundo que depositasse a quantia do cheque devolvido, em sua conta pessoal, informando-lhes os dados para tanto.

Posteriormente, o acusado não repassou o valor à empresa vítima, apropriando-se do mesmo.

Todavia, o caso não é de apropriação indébita, já que o acusado não detinha a posse lícita da coisa alheia, conforme restará evidenciado a seguir.

O acusado nega o ilícito, afirmando na Depol que solicitou à pessoa de Raimundo Soares de Carvalho que depositasse em sua conta particular a quantia de R\$ 452,00 (quatrocentos e cinquenta e dois reais), a pedido do gerente da empresa de nome Virgílio, que negou, posteriormente, o recebimento da quantia mencionada (Carlos Antônio dos Santos Nunes, f. 11/12).

A testemunha Raimundo Soares de Carvalho e bem assim seu genro, Ricardo Nazareno Torres, confirmaram

que receberam a ligação do acusado solicitando o depósito da quantia referente ao cheque devolvido sem provisão de fundos, cumprindo tal requerimento, comprovado pelo comprovante de depósito anexado à f. 9 dos autos (f. 21/22, 36, 87 e 88).

Todavia, os fatos não se passaram como narrado pelo acusado, esclarecendo o gerente administrativo da empresa vítima, Virgílio Cardoso Alves, que "jamais autorizou e/ou solicitou a Carlos Antônio que emprestasse sua conta bancária pessoal, para recebimento de dívida da empresa, principalmente em relação ao fato específico" (f. 30).

No mesmo sentido, o gerente comercial do citado estabelecimento comercial, José Darci dos Santos, afirmou sob o crivo do contraditório que o acusado foi "incumbido de cobrar de Raimundo o valor do cheque para ser depositado na conta da empresa" (f. 70).

Assim, verifica-se que a posse do dinheiro pelo acusado não era legítima, afastando, portanto, a figura da apropriação indébita, que pressupõe posse ou detenção de coisa alheia móvel de forma lícita.

Nesse sentido, ensinam os renomados doutrinadores sobre o delito de apropriação indébita:

O pressuposto do crime de apropriação indébita é a anterior posse lícita da coisa alheia, da qual o agente se apropria indevidamente. A posse, que deve preexistir ao crime, deve ser exercida pelo agente em nome alheio, isto é, em nome de outrem (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 236.)

5 - Posse ou detenção: a coisa precisa ter sido dada ao agente para que dela usufruísse, tirando alguma vantagem e exercitando a posse direta, ou pode ter sido dada para que fosse utilizada em nome de quem a deu, ou seja, sob instruções ou ordens suas. A posse ou a detenção devem existir previamente ao crime e precisam ser legítimas (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 560.)

Outra elementar apta a diferenciar a conduta do acusado do delito de apropriação indébita é o dolo; nesse a malícia do agente surge com a posse da coisa, já no delito de estelionato a intenção criminoso é anterior à posse pelo agente.

Assim, fácil perceber que a conduta do acusado se amolda ao tipo do crime de estelionato, impondo-se nova capitulação da conduta para o art. 171 do Código Penal, que estabelece:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Amparando a tese:

O estelionato distingue-se da apropriação indébita pelo momento em que o dolo surge. Nesta, não há um dolo ab

initio, mas um dolo *subsequens*, sobrevindo a malícia do agente à posse ou detenção lícita da res; naquele a intenção criminosa é anterior à posse do agente (TACRSP, JTACRIM 76/237).

Sendo o acusado funcionário da empresa-vítima e não tendo disponibilidade sobre o cheque que fora nominal a um terceiro, dele jamais lograria se apoderar se não fosse o malicioso estratagema utilizado - apor seu nome após o do destinatário como se credor também fosse. Só por isso do numerário correspondente logrou se apoderar. E, por isso, quer parecer, faz tipicamente o ilícito do art. 171 e não o do art. 168 do CP (TACRSP, RT 702/343).

E mais, como o apelante se defendeu dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação a ele atribuída, possível a *emendatio libelli*.

Amparando a tese, já decidiu esta Corte:

Apropriação indébita - Existência de dolo anterior à conduta criminosa - Estelionato configurado - Desclassificação - Possibilidade - *Emendatio libelli* - Possibilidade de aplicação na instância revisora - Recurso desprovido. - No processo criminal, o réu defende-se dos fatos articulados na inicial, e não da classificação nela sugerida, nada impedindo que nesta instância revisora seja pretendida e aplicada a *emendatio libelli* prevista no art. 383 do CPP. Se agiu o réu, desde o início da ação criminosa, com dolo, não há que se falar em apropriação indébita quando o agente, somente depois de obter a posse lícita da coisa, resolve dar-lhe destinação diversa, como se sua fosse. Pratica o crime de estelionato o indivíduo que obtém para si vantagem econômica ilícita em prejuízo alheio, induzindo alguém em erro, mediante ardil ou qualquer outro meio fraudulento (Apelação Criminal nº 1.0079.00.019693-5/001, Rel. Des. William Silvestrini, 4ª Câmara Criminal do TJMG, DJ de 13.02.2007.)

Por fim, registre-se a possibilidade de nova capitulação do delito pela *emendatio libelli*, em segunda instância, visto que, no caso em voga, importa em *reformatio in melius*, conduzindo à redução da pena, nos termos do art. 171 do Código Penal.

Este é o posicionamento doutrinário de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Cumpra observar, porém, que, embora possível, a *emendatio* em segundo grau sofre as mesmas limitações pertinentes aos efeitos devolutivos dos recursos, em geral. Vige aqui a regra da proibição da *reformatio in pejus*, ou reforma para pior, segundo a qual o julgamento do recurso não poderá ser mais desfavorável que a decisão de primeira instância, em relação à impugnação aviada exclusivamente pelo recorrente (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 503.)

Assim, em razão da nova capitulação para o delito previsto no art. 171 do Código Penal, passo a fixar-lhe a pena da seguinte forma:

Na primeira fase: atendendo à culpabilidade normal do apelante, aos bons antecedentes, tendo em vista a inexistência de certidão cartorária nos autos, presumindo-os favoráveis, à sua conduta social, que não foi

apurada, à sua personalidade, sem registro nos autos, bem como aos motivos e circunstâncias, inerentes à infração, às conseqüências, desfavoráveis em face do prejuízo acarretado à empresa vítima, e, finalmente, ao comportamento da vítima, que não concorreu para o delito, fixo a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei.

Na segunda fase: mantenho a atenuante da confissão espontânea reconhecida pelo Magistrado primevo, em que pese não concordar, já que o acusado negou a autoria delitiva na fase extrajudicial e não foi ouvido em juízo, todavia inexistente recurso ministerial nesse sentido, sendo vedada a *reformatio in pejus*; mas deixo de considerá-la, visto que a pena-base já se encontra no mínimo legal.

Sobre a *quaestio* em voga, motivo ensejador do presente recurso defensivo, importante consignar que as circunstâncias atenuantes e agravantes, diferentemente das causas de diminuição e aumento de pena, não têm o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, nem de aumentá-la acima do máximo permitido.

Tal questão, já reconhecida pelos doutrinadores pátrios, restou sumulada neste Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aprovada à unanimidade pelo Grupo de Câmaras Criminais, como de se ver:

Súmula nº 42: Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado.

Da mesma forma, o eg. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 231, que preconiza:

Súmula nº 231 STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

A final, na terceira fase: fica a pena definitivamente fixada em 1 (um) ano de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei, devendo o apelante cumprir a reprimenda no regime aberto, à míngua de outras circunstâncias modificadoras, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Ademais, preenchendo o acusado os requisitos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena corporal por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, que fixo em 1 (um) salário mínimo, atualizando-a, na forma da lei, destinada à empresa vítima, Virtual Alimentos Ltda., na forma do art. 45, § 1º, do Código Penal.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao presente recurso, acatando o parecer do Ministério Público de Cúpula, para dar nova capitulação ao fato, pelo instituto

da *emendatio libelli*, enquadrando-o no delito de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal, concretizando a pena do apelante em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato, atualizando-se, na forma da lei, no regime aberto, substituindo-se a pena corporal por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária fixada em 1 (um) salário mínimo, atualizando-a, na forma da lei, destinada à empresa vítima, Virtual Alimentos Ltda.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...