

**APROPRIAÇÃO INDÉBITA - TIPICIDADE - CONDENAÇÃO -
EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES - ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO -
AUSÊNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE -
CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - DOLO ESPECÍFICO - ABSOLVIÇÃO**

Ementa: Apelação criminal. Apropriação indébita. Recurso ministerial pela condenação nos termos da denúncia, imputando-se ao réu, também, o delito previsto no art. 1º, V, da Lei 8.137/90. Impossibilidade. Ausência de dolo específico (lesar o Fisco). Recurso ministerial desprovido.

- Defesa que pleiteia a desclassificação para o delito de exercício arbitrário das próprias razões, ou, quando não, a modificação da penalidade imposta. Não há que se falar no delito previsto no art. 345 do Código Penal por faltar o essencial do tipo, qual seja pretensão legítima. Redução da reprimenda imposta. Recurso defensivo parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.03.088509-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Geraldo Luiz Damaso - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Geraldo Luiz Damaso - Relator: Des. SÉRGIO RESENDE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2007.
- *Sérgio Resende* - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Sérgio Resende* - Pela sentença de f. 66/69, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou o réu Geraldo Luiz Damaso, qualificado nos autos como incurso nas sanções do

art. 168, §1º, III, do Código Penal, impondo-lhe a pena de dois anos e oito meses de reclusão, em regime semi-aberto, e o pagamento de 36 dias-multa.

Inconformados, recorrem, tempestivamente, o Ministério Público e o condenado, pleiteando a reforma da decisão guerreada.

Contra-razões recursais às f. 89/94 e 95/96.

À f. 100, opina a d. Procuradoria de Justiça pelo provimento da apelação interposta pelo Ministério Público e pelo desprovimento do recurso defensivo.

É, no essencial, o relatório.

Narra a denúncia que, em 29 de junho de 2003, Bruce Wayne Pereira levou dois altofalantes e dois *tweeters* até a residência do

segundo apelante, Geraldo Luiz Damaso, para que este os consertasse, uma vez que exercia a profissão de eletroacústico autônomo. Foi combinado o preço de R\$80,00 (oitenta reais) para a prestação do serviço, tendo a vítima adiantado R\$35,00 (trinta e cinco reais) como parte do pagamento. O restante do valor seria quitado em 29 de julho de 2003, quando a vítima pegaria seus pertences devidamente restaurados. Entretanto, no dia combinado, a vítima não pôde comparecer e ficou sabendo por terceiros que seus aparelhos sonoros tinham sido vendidos pelo recorrente em uma feira livre. Ressalta o representante do *Parquet* que não houve qualquer emissão de nota fiscal ou outro documento equivalente para formalizar a contratação dos serviços.

O representante do Ministério Público pugna pela condenação do réu nos termos da denúncia, devendo ser a ele imputado também o delito exposto no art. 1º, V, da Lei 8.137/90, alegando ser obrigação de todo prestador de serviço, mesmo laborando em sua residência, a inscrição no cadastro de contribuintes da Secretaria de Fazenda, bem como a emissão de notas fiscais.

Correto está o representante do Ministério Público quando afirma que todo prestador de serviços deve emitir nota fiscal ao exercer sua profissão. Entretanto, a função do Direito Penal e, especialmente, da Lei 8.137/90 é, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

criminalizar condutas graves, que levem à supressão ou diminuição da arrecadação tributária, colocando em sério risco a atividade estatal de distribuição (ou redistribuição) de riquezas, buscando a meta de constituir uma sociedade livre, justa e igualitária.

Assim, competirá ao Direito Penal atuar apenas onde nenhum outro ramo jurídico o faça, e, no caso sob análise, deverá o Estado fiscalizar e solucionar o problema arrecadatário, primeiramente, pela via administrativa.

Nesse sentido, conclui Nucci:

O Direito Penal Tributário, portanto, precisa ser usado com cautela, somente como última

hipótese, em relação a condutas infracionais realmente graves, mas jamais deveria servir, como hoje ocorre, como instrumento de pressão para a cobrança de impostos, taxas, contribuições, etc. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e especiais comentadas*. 1. ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, p. 585).

Importa, ainda, ressaltar que bem andou o Magistrado de primeiro grau ao absolvê-lo uma vez que não houve em sua conduta dolo específico, ou seja, não houve vontade efetiva de fraudar o Fisco, elemento essencial para configuração do delito do art. 1º, V, da Lei 8.137/90. Portanto, não há como acolher o pleito ministerial.

Melhor sorte não socorre o réu quando requer a desclassificação do crime de apropriação indébita para o de exercício arbitrário das próprias razões, com a aplicação da circunstância atenuante da confissão espontânea.

As suas ações, claramente, configuraram o crime descrito no art. 168, § 1º, III, do Código Penal, já que, apossando-se dos equipamentos sonoros, vendeu-os como se seus fossem. Afasta-se o tipo penal do art. 345 do Código Penal, visto que este exige, para sua configuração, que a pretensão a ser satisfeita seja legítima. No caso em tela, não há pretensão legítima, já que o réu não possuía qualquer acordo com a vítima de que os equipamentos poderiam ser vendidos, caso não fossem buscados até determinada data ou a dívida não fosse devidamente quitada. Logo, a pretensão do apelante não poderia ser apreciada pela Justiça, não havendo que se falar em qualquer legitimidade.

Por fim, pleiteia a fixação da pena no mínimo legal, bem como sua substituição por pena restritiva de direitos, na modalidade de proibição de freqüentar determinados lugares.

Realmente, no que tange à reprimenda, merece reparo a decisão, uma vez que o i. Magistrado, ao fixar a pena-base, valeu-se do argumento da má antecedência e péssima conduta social do agente para fixar a pena acima do mínimo legal (1 ano e 6 meses e 21 dias de reclusão). E, em seguida, sob o argumento da reincidência, aumentou-a em 6 meses e 6 dias-

multa. Na terceira fase, valendo-se da majorante prevista no § 1º do art. 168, aumentou-a em 1/3.

Em que pese a observação do critério trifásico para aplicação da pena, verifica-se, conforme a certidão de antecedentes criminais (f. 59), que o réu não possui maus antecedentes, devendo ser sua pena-base fixada no mínimo legal, qual seja um ano de reclusão e 15 dias-multa.

Sendo o réu reincidente, a pena deve ser aumentada em seis meses e seis dias. Não há que se falar na aplicação da atenuante de confissão espontânea, uma vez que esta não ocorreu. Analisando-se os autos, percebe-se que o segundo apelante confirma apenas ter vendido um *tweeter* (f. 29/30), o que não se coaduna com as demais provas carreadas, que demonstram terem sido 4 peças deixadas para conserto e vendidas.

Passando-se à terceira fase, aumenta-se a pena em 1/3, em razão da majorante prevista no §1º do art. 168 do Código Penal.

Fixa-se a pena definitivamente em dois anos de reclusão, em regime semi-aberto, devido

à sua reincidência, e 28 dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente no dia dos fatos.

No que diz respeito ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos, não há como atendê-lo, uma vez que o art. 44 do Código Penal veda a concessão desse benefício ao condenado reincidente em crime doloso e por esta medida não ser a ele socialmente recomendável.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso ministerial e dá-se parcial provimento ao segundo apelo, modificando-se a reprimenda imposta, como acima descrito.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Jane Silva* e *Antônio Carlos Cruvinel*.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO.

-:-:-