

Apelação Criminal n. 2013.013257-2, de Itá
Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA (ART. 168, § 1º, III, DO CÓDIGO PENAL). ADVOGADO QUE RECEBE VALOR PROCEDENTE DE AÇÃO CÍVEL E DEIXA DE REPASSAR AO TITULAR DO DIREITO SUBSTANCIAL. DEVOLUÇÃO TRÊS ANOS APÓS O RECEBIMENTO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA.

RECURSO MINISTERIAL. PRETENDIDO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PEÇA ACUSATÓRIA QUE DESCREVE FATO TÍPICO. ELEMENTOS INFORMATIVOS QUE NÃO EVIDENCIAM A AUSÊNCIA DO RESULTADO OU DE DOLO. RESTITUIÇÃO, POSTERIOR À CONSUMAÇÃO, QUE NÃO AFASTA O CRIME. ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES. ANÁLISE PREMATURA DO FEITO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO DO PROCESSO PARA DELINEAR O FATO. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2013.013257-2, da comarca de Itá (Vara Única), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e apelado Luís Henrique dos Santos Bigaton:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 25 de junho de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 12 de julho de 2013.

Leopoldo Augusto Brüggemann

RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Itá, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Luís Henrique dos Santos Bigaton, dando-o como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, pela prática da conduta assim descrita na inicial acusatória:

No dia 20 de agosto, nesta cidade e Comarca, o denunciado Luís Henrique dos Santos Bigaton apropriou-se indevidamente de valores de seu cliente no exercício de sua profissão de advogado.

Segundo consta do caderno indiciário, o denunciado apropriou-se indevidamente de R\$ 759,96 (setecentos e cinquenta e nove reais e noventa e seis centavos) de propriedade do menor G. S., quantia recebida por alvará judicial referente aos autos n. 124.07.000057-6, destinada ao tratamento da vítima, que tinha problemas sérios de saúde (encefalite cerebral).

Ressalta-se que o denunciado também praticou conduta semelhante contra Waldemar Bender em março de 2010, oportunidade em que cobrou o valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) para ajuizar ação de medicamentos em favor da esposa da vítima, há aproximadamente um ano atrás. Outrossim, a referida ação não foi ajuizada e, somente após várias tentativas de contatar o denunciado, Waldemar entrou em contato com Luiz Alfredo, sócio do denunciado, o qual ajuizou a respectiva ação (fls. II-III).

Citado, o acusado apresentou resposta à acusação (fls. 67-74).

Pela decisão de fls. 75-78, o juiz absolveu sumariamente o acusado, com fundamento no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal, considerando, em relação ao primeiro fato, haver se configurado a hipótese de arrependimento eficaz, diante da devolução do dinheiro à vítima antes mesmo de a instauração do inquérito policial, consignando que a demora em restituir não chega a configurar o crime de apropriação indébita; e, em relação ao segundo fato, que a inexecução do serviço advocatício não configura o crime de apropriação indébita, mas mero inadimplemento contratual.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação, pugnando pelo prosseguimento do feito, mas apenas em relação ao primeiro fato - apropriação de R\$ 759,96, de propriedade de G. S. Para tanto, sustenta a ausência de voluntariedade na devolução daquela importância, que só teria ocorrido mais de dois anos após o saque, depois de muita insistência da vítima e da comunicação do fato ao Ministério Público (fls. 85-92).

Juntadas as contrarrazões (fls. 126-133), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 137-140).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra parte da decisão que, com fundamento no art. 397, inciso III, do CPP, absolveu sumariamente o réu Luís Henrique dos Santos Bigaton, denunciado como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal.

O apelo deve ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Cinge-se o inconformismo ministerial à absolvição do apelado quanto ao primeiro fato descrito na denúncia, afirmando que, ao contrário de o entendimento do juiz sentenciante, não teria se caracterizado a figura do arrependimento eficaz (CP, art. 15), ante a ausência de voluntariedade na devolução do dinheiro pelo acusado, operada três anos após o seu recebimento, e somente após a comunicação do fato ao Ministério Público.

É de ser provido o recurso, embora por fundamento diverso.

Narra a denúncia que Luís Henrique dos Santos Bigaton, advogado, apropriou-se indevidamente do valor de R\$ 759,96, pertencente ao menor G. S., que estava depositado na conta vinculada aos autos n. 124.07.000057-6, destinada a tratamento de saúde da vítima.

O magistrado singular considerou que o fato narrado não constitui crime (art. 397, III, do CPP).

Todavia, *maxima venia*, a descrição contida na peça acusatória amolda-se perfeitamente no tipo previsto no art. 168 do Estatuto Repressivo.

Com base nos elementos indiciários, o juízo *a quo* entendeu que, ao devolver a quantia à vítima, antes mesmo de a instauração do inquérito policial, o réu impediu a produção do resultado, ensejando o reconhecimento da figura do arrependimento eficaz (CP, art. 15).

A propósito, colaciona-se da decisão hostilizada:

[...] Na casuística a denúncia narra dois fatos em que o réu, na qualidade de advogado, apropriou-se indevidamente de pecúnia pertencente de seus clientes: primeiro, quando resolveu ficar com a quantia sacada por meio de alvará judicial recusando-se efetuar a devolução do dinheiro; e segundo, quando recebeu quantia para ajuizar ação judicial e não o fez prontamente.

No primeiro caso, não há como afastar a aplicação do arrependimento eficaz descrito no artigo 15 do Código de Processo Penal [sic], já que a devolução do dinheiro ocorreu antes mesmo da instauração do inquérito policial, ou seja, em junho de 2011 foi efetivada a devolução da pecúnia à Tatiane Naisinger, genitora do menor G. S., enquanto que o procedimento investigatório foi instaurado em 05 de julho de 2011 (fl. 2).

Percebe-se pela declaração de Tatiane Naisinger (fl. 18) que o acusado realmente permaneceu por considerável tempo com o dinheiro que lhe pertencia, como também obteve a devolução da pecúnia utilizando de várias [sic] expedientes para tolher a retomada do bem. Contudo, de forma voluntária antes mesmo de iniciado o procedimento investigativo, devolveu o dinheiro ao seu legítimo

proprietário.

Não há a menor dúvida que o acusado iniciou a execução do *iter criminis*, mas antes da consumação, praticou uma nova ação que evitou a produção do resultado.

A modalidade do crime de apropriação indébita em que o acusado incorreu é a denominada pela doutrina como "negativa de restituição", o qual o agente resolve ficar com a coisa para si e, caso a vítima solicite a devolução, recusa-se a efetuar-la.

Em tal modalidade é impossível ocorrer a tentativa, já que o crime se consuma quando o agente demonstra de forma inequívoca que não irá restituir o objeto à vítima, conforme assinala Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Tentativa. Na negativa de restituição não é possível porque, ou o agente nega-se a devolver o bem, e o crime está consumado, ou ele cogita de fazê-lo, mas não o faz, não havendo crime algum nesse caso (*in*, Dos crimes contra o patrimônio, volume 9 – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 63).

Compulsando os autos, em momento algum restou demonstrado a vontade inequívoca do acusado em permanecer com a pecúnia para si, tanto é que acabou voluntariamente por restituir o bem à vítima, o que demonstra de forma clara que o crime de apropriação indébita, no primeiro fato narrado na denúncia, sequer se consumou.

Porquanto, viável o reconhecimento do arrependimento eficaz de forma a excluir a punibilidade do acusado, respondendo apenas pelos atos já praticados, que não conferem sanção alguma na esfera penal.

Ademais, é de ser frisado que a "*simples demora em restituir não chega a configurar o crime de apropriação*" (TACrSP, Julgados 90/256, RT 721/461, 612/333; TJSP, RT 510/349; TAMG, RJTAMG 53/307; TJMT, R 787/662) (*in*, Código penal comentado / Celso Delmanto...[et al]. – 6.ed.atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 381) [sic](fls. 75-78).

Afigura-se, no entanto, de todo prematuro o juízo acerca da absolvição neste momento processual, antes mesmo da produção de provas.

A reconstrução do injusto é de ser realizada na fase de instrução do processo, quando o fato será delineado, sendo esta a razão da instrução probatória, necessária para o deslinde da *quaestio*.

Por ora, não há elementos nos autos para afirmar-se que o resultado não se produziu, que o crime não se consumou, ou mesmo que não houve dolo de apropriação de parte do denunciado.

Denota-se, inclusive, que instado a devolver a quantia, o advogado não o fez, conforme o depoimento da representante legal da vítima (fl. 18), em ordem a consumir o crime, pouco importando se houve devolução posterior, até porque "**O pagamento ou a restituição da coisa apropriada, antes do recebimento da denuncia não descaracteriza o delito**" (STF: RT, 598/442).

Ademais, não é demais lembrar que o repasse de igual valor nominal três anos após o seu recebimento sequer repara o dano sofrido.

A respeito do assunto, pontua Guilherme de Souza Nucci, inclusive citando o entendimento das Cortes Superiores em igual sentido:

O Código Penal não elegeu a reparação do dano, nos delitos patrimoniais, como causa que pudesse afastar a punibilidade do agente, devendo-se aplicar o art.

16 (arrependimento posterior), que é somente causa de redução de pena, dentro das condições ali especificadas. Entretanto, é lógico que, havendo reparação integral do dano, logo após a negativa de restituição da coisa dada ao agente, é possível excluir o dolo, ou seja, a vontade de se apropriar de coisa alheia. Conforme o caso concreto, portanto, cremos ser curial a análise da tipicidade, verificando-se se, de fato, o sujeito queria se apossar da coisa alheia. Entretanto, a mera devolução da coisa, antes do recebimento da denúncia, não afasta o crime: **STF: "O ressarcimento do dano, após a consumação do crime de apropriação indébita (CP, art. 168) e antes de oferecida a denúncia, não extingue, por falta de previsão legal, a punibilidade. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus em que se pretendia, sob a alegação de falta de justa causa, o trancamento da ação penal proposta contra o paciente pela suposta prática de delito de apropriação indébita, consistente no fato de, na condição de advogado, ter deixado de repassar quantia que recebera, procedente de ação cível, ao detentor da titularidade do direito substancial"** (HC 86.649-SP, 1.^a T., rel. Marco Aurélio, 08.11.2005, Informativo 408. STJ: "O delito de apropriação indébita não se descaracteriza pela devolução da quantia apropriada indevidamente antes do recebimento da denúncia (RHC 8.825-MG, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 07.10.1999, v.u., DJ 08.11.1999, p. 80) (*Código Penal comentado*. São Paulo: RT, 2012, p. 826).

Extraí-se, ainda, da jurisprudência do STF:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA (ARTIGO 168, § 1º, III, DO CÓDIGO PENAL). LEI Nº 9.099/95: ARTIGO 89, § 1º, INC. I: REPARAÇÃO DO DANO. ARTIGOS 170 E 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. "HABEAS CORPUS".

1. Pratica crime de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal, com o aumento de pena previsto no inc. III de seu § 1º, o Advogado que, depois de receber o valor da prestação alimentícia devida a sua constituínte, se recusa a entregá-la, obrigando-a a uma ação de prestação de contas, para só depois de vencido nesta, efetuar o pagamento.

2. Sendo de um ano de reclusão a pena mínima prevista no "caput" do art. 168, mas sujeita necessariamente ao acréscimo de 1/3, por se tratar de apropriação indébita praticada no exercício da profissão de Advogado, não se aplica à ação penal o disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95 e, conseqüentemente, o inciso I de seu § 1º, relativamente à reparação do dano.

3. A reparação do dano ocorrida após a consumação do crime, ainda que anteriormente ao recebimento da denúncia, só tem como efeito a atenuação da pena, mormente se, como no caso, a restituição só veio a ocorrer por força de ação cível proposta pela vítima. E, tendo sido aplicada a pena mínima, não poderia esta ser reduzida, ainda que presente circunstância atenuante.

4. Não é de ser considerada, em caso como o "sub-judice", a figura privilegiada do art. 170 do Código Penal, porquanto, a exemplo do que ocorre com o furto privilegiado (art. 155, § 2º), não se identificam os conceitos de pequeno valor da coisa apropriada e de pequeno ou nenhum prejuízo da ação delituosa. Até porque a restituição só se fez por inteiro, após o resultado de uma ação civil de prestação de contas.

5. "H.C." indeferido. Decisão unânime (HC 75051/SP, Sydney Sanches, j.

27/05/1997, grifado).

Trilha o mesmo rumo o seguinte precedente do STJ:

O ressarcimento do prejuízo, após a consumação do delito de apropriação indébita, antes ou depois do recebimento da denúncia, não tem o condão de extinguir a punibilidade do agente, podendo incidir, apenas, como causa de diminuição de pena – na modalidade de arrependimento posterior – ou circunstância atenuante (STJ - HC 19817/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 25/06/2002).

É, outrossim, o entendimento desta Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA (ART. 168, § 1º, III, DO CP). ADVOGADO QUE RECEBE, EM RAZÃO DA PROFISSÃO, VALORES REFERENTES À ALVARÁS DE CLIENTES, POR CINCO VEZES, NÃO OS REPASSANDO. RECURSO DA DEFESA.

[...] **MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS. DOLO NA RETENÇÃO DOS VALORES. CONDENAÇÃO MANTIDA [...]** (Apelação Criminal n. 2011.014876-8, da Capital, deste relator, j. 27/03/2012).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CAUSÍDICO QUE RECEBE VALORES PERTENCENTES A SEU CLIENTE E NÃO OS REPASSA. PLEITO ABSOLUTÓRIO QUE SE MOSTRA INVIÁVEL. MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE COMPROVADAS. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INC. III DO § 1º DO ART. 168 DO CÓDIGO PENAL PLENAMENTE CARACTERIZADA.

"Com base no art. 168, § 1.º, III, do CP, responde por apropriação indébita o advogado que levanta quantia pertencente a seu cliente, e, injustificadamente, não lhe encaminha, imediatamente, o numerário, ainda que posteriormente venha a restituir o dinheiro (RT 760/574)" (Mirabete, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 1528) [...] (Apelação Criminal n. 2010.001204-4, de Brusque, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 04/05/2010).

APELAÇÃO CRIMINAL - PENDÊNCIA DO RETORNO DA CARTA PRECATÓRIA QUE NÃO OBSTA O PROSSEGUIMENTO E JULGAMENTO DO FEITO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO - EIVA AFASTADA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA - ADVOGADO QUE LEVANTA ALVARÁ E NÃO REPASSA AOS CLIENTES - MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE COMPROVADAS - CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 168, § 1º, III, DO CÓDIGO PENAL - DOSIMETRIA ADEQUADA À HIPÓTESE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. NÚMERO DE DIAS-MULTA FIXADO EM DESPROPORÇÃO COM A PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE - ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO (Apelação Criminal n. 2009.057718-2, de Ibirama, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 01/12/2009).

PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE TODAS AS

TESES DEFENSIVAS. NÃO OCORRÊNCIA. TESES EXAMINADAS, AINDA QUE IMPLICITAMENTE, NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA. PROVIDÊNCIA IMPERTINENTE PARA O DESLINDE DO CASO. MANIFESTAÇÃO ADEQUADA DO MAGISTRADO. PRELIMINARES AFASTADAS.

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ADVOGADO. RECEBIMENTO DE IMPORTÂNCIA DEVIDA A CLIENTE. DEVOLUÇÃO TRÊS ANOS APÓS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. BENEFICIÁRIO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. CONJUNTO PROBATÓRIO ALIADO AS PROVAS ORAIS SUFICIENTE PARA ENSEJAR O ÉDITO CONDENATÓRIO. DOLO DEMONSTRADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2005.017145-2, de Criciúma, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 09/04/2008).

Ex positis, dá-se provimento ao recurso, para reformar parcialmente a decisão *a quo*, determinando-se o prosseguimento do feito no tocante ao primeiro fato descrito na denúncia.

É o voto.