

Apropriação indébita - Art. 168, *caput*, Código Penal - Viúva que saca dinheiro da conta corrente do marido após a sua morte - Erro de proibição - Alegação inaceitável - Extinção da punibilidade - Afastamento - Crime configurado - Conversão da aposentadoria do *de cujus* em pensão - Trâmites percorridos - Valor devido à própria ré - Pena - Aplicação - Desnecessidade - Princípio da subsidiariedade

Ementa: Direito penal. Apropriação indébita em continuidade delitiva. Absolvição reformada. Reconhecimento da prática delitiva. Afastamento do erro de proibição. Princípio da necessidade da pena. Desnecessidade de se punir, *in casu*, a acusada. Subsidiariedade.

- A viúva de servidor público estadual falecido que saca valores da conta dele (que ela administrava), pagos a título de aposentadoria após o passamento, sabendo que não devia fazê-lo, comete o crime de apropriação indébita.

- Afasta-se a hipótese de erro de proibição porque os saques se deram quando a acusada, com grau de escolaridade superior e também servidora aposentada, já havia percorrido os trâmites burocráticos necessários à conversão da aposentadoria em pensão, sendo, pois, indubitoso que tinha plena compreensão da situação em que se encontrava.

- Depois de constatado o fato punível e verificada a culpabilidade do agente, cabe ao juiz, ainda, verificar a necessidade concreta da pena. Se ela se mostrar absolutamente desnecessária aos fins da repressão e, notadamente, da prevenção geral e especial, não deve ser imposta.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.05.189141-8/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: Magda Maria Batista Rangel - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

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, 9 de novembro de 2010. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 171/172, por meio da qual a MM. Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Contagem julgou improcedente a denúncia oferecida em face da recorrida, absolvendo-a da imputação da prática, em continuidade delitiva, do delito previsto no art. 168, *caput*, do Código Penal (CP).

Em suas razões de recurso (f. 179/183), em apertada síntese, bate-se a acusação pela condenação da apelada, ao fundamento de que não a socorre a causa de extinção da culpabilidade referida na sentença, tendo sido criminoso seu ato.

Contrarrazões às f. 184/191, pelo desprovimento da apelação.

O Dr. Eleazar Villaça, ilustre Procurador de Justiça, opina pelo parcial provimento do recurso (f. 199/200).

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A apelação merece prosperar porque não há que se falar em ausência de consciência da ilicitude, ainda que meramente potencial, no presente caso.

Conquanto a apelada alegue que “não sabia da proibição de sacar o dinheiro da conta de seu marido, após a sua morte” (f. 105), trata-se também de uma servidora pública, e, ademais, de pessoa com grau de instrução superior, conforme alegado no interrogatório extrajudicial.

Ora, as movimentações questionadas foram feitas após 19.04.2002, quando, indubitavelmente, já tinha a apelada percorrido os trâmites burocráticos necessários à conversão da aposentadoria de seu ex-marido em pensão (conversão deferida em 24.04.2002, conforme documento de f. 13), não sendo minimamente aceitável a alegação de erro de proibição, na espécie.

O atordoamento alegado pela acusada, a seu turno, não é causa de extinção de culpabilidade, e, como bem sustentado nas razões recursais, também não o é a reparação dos danos.

Incontrovertidos os fatos e afastada a extinção da culpabilidade, portanto, vê-se que aqueles se revestem de todos os requisitos para a sua configuração como crimes.

Ocorre, no entanto, que a aplicação de pena, no presente caso, é absolutamente desnecessária, a meu juízo.

Como ensinam Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina,

sendo positivo o juízo de culpabilidade (reprovação pessoal do agente), antes de o juiz fixar concretamente a pena impõe-se verificar a sua necessidade. Quando

desnecessária, mesmo reconhecida a culpabilidade do agente, cabe ao juiz dispensá-la, nos termos do art. 59 do CP. (*Direito penal*. Parte Geral. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2007, v. 2, p. 574.)

Segue a lição dos insignes mestres:

Princípio da necessidade concreta da pena: nos termos do art. 59 do CP, o juiz, no momento da fixação da pena, deve aplicar a que considera suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do delito. O princípio da necessidade concreta da pena, por razões preventivas (Roxin), encontra amparo legal no nosso país.

Depois de constatado o fato punível e depois de verificada a culpabilidade do agente, cabe ainda ao juiz verificar a necessidade concreta da pena (em termos de prevenção do delito). Quando descoberta a desnecessidade concreta da pena, mesmo admitindo-se a culpabilidade do agente, não deve o juiz estabelecê-la. É o que se passa, por exemplo, com o perdão judicial, que constitui uma hipótese de dispensa judicial da pena.

Roxin reúne na categoria que ele chama de responsabilidade a culpabilidade assim como a necessidade preventiva da pena. Mesmo não acolhendo essa nova categoria do delito desenvolvida pelo autor alemão, parece não haver dúvida que o juiz, ainda que constatada a culpabilidade do agente, não está dispensado de verificar a necessidade concreta da pena (em cada caso). A ele cabe analisar o interesse estatal em punir o delito em pertinência ou não.

Em princípio o juiz está autorizado a fazer esse juízo de necessidade nas situações especificamente definidas na lei (casos de perdão judicial, v.g.). Mas, por força do disposto no art. 59 do CP, nada impede essa verificação em outras hipóteses. (Loc. cit.)

No caso dos autos, a ré é uma senhora aposentada, com mais de 60 (sessenta) anos de idade, e, o que causa enorme perplexidade, o valor por ela sacado indevidamente, pago a título de aposentadoria de seu falecido marido, lhe seria devido (a ela, recorrida) como pensão.

A questão *sub examine* deveria ter ficado adstrita à esfera administrativa, visto que qualquer eventual valor pago a maior na aposentadoria (relativa aos 26 - vinte e seis - dias do mês de março de 2002) poderia ser compensado em pagamentos futuros na pensão devida à apelada, não sendo sequer minimamente razoável que se tenha instaurado este processo para a apuração dos crimes narrados na inicial, *data venia*.

O olvidamento, *in casu*, do princípio da subsidiariedade, fez surgir um processo dispendioso e que certamente causou enormes transtornos à acusada, enquanto tudo poderia ter sido, como já frisado, resolvido sem a menor necessidade de se lançar mão do Direito Penal.

Qualquer pena aplicada à acusada, na espécie, seria desnecessária aos fins da reprovação e, notadamente, da prevenção geral e especial da sanção criminal, razão por que, mesmo diante da constatação dos crimes, deixo de submeter a recorrida a qualquer pena.

Por todo o exposto, dou parcial provimento à apelação para reconhecer a prática, pela recorrida, dos crimes a ela imputados, mas, em razão da desnecessidade concreta de pena, deixo de aplicar-lhe qualquer reprimenda.

Sem custas, como da sentença.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MACHADO e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.