

Resposta escrita à acusação

escrito por Dr. Ademilson Carvalho Santos | abril 20, 2023
Crime de apropriação indébita (art. 168 do CP). Teses:
prescrição da pretensão punitiva do Estado e atipicidade da
conduta.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ^a VARA
JUDICIAL DA COMARCA DE ___

Processo n.º: XXX

XXX, brasileiro, casado, professor universitário, portador do
documento de identidade (RG) n.º..., SSP/SP, inscrito no CPF/MF
sob o n.º ..., filho de XXX e XXX, residente e domiciliado ao
endereço..., vem respeitosamente a presença de Vossa Excelência,
através de seu advogado que esta subscreve, com fundamento na
norma do art. 396-A do Código de Processo Penal, apresentar

RESPOSTA ESCRITA À ACUSAÇÃO

pelos motivos que, de fato e de direito, passa a expor:

I – DOS FATOS

XXX está sendo processado perante este E. Juízo sob a alegação
de ter praticado o crime de apropriação indébita qualificada
pelo exercício da curatela (art. 168, § 1º, inciso II, do
Código Penal), porque, no dia XXX, no exercício da curatela,
teria supostamente se apropriado indevidamente da quantia
18.667,69 (dezoito mil seiscentos e sessenta e sete reais e
sessenta e nove centavos), depositada na corrente de
titularidade exclusiva de sua mãe, XXX.

A denúncia foi oferecida em XXX (fls. XXX), e devidamente
recebida em XXX (fls. 338).

Contudo, a acusação imputada ao réu não deve prosperar:

Como se depreende da leitura dos documentos acostados aos autos, e ao contrário do que afirma o órgão do Ministério Público na denúncia, tanto a conta corrente..., (fls. XX), donde foram retirados os valores, como a conta corrente n.º..., (fls. XXX), onde foram depositados, e a conta investimento n.º XXX (fls. XXX) eram, naquela data, de titularidade conjunta solidária do réu e da suposta vítima.

Essa constatação pode ser feita através da simples leitura dos demonstrativos de movimentações (fls. XXX, respectivamente), do contratos de abertura de conta/registo de assinaturas (fls. XXX), das respostas aos ofícios oferecidas pelo Banco (fls. XXX) e da cópia reprográfica do cartão de débito (anexo I), onde se constata que tanto XXX, aqui tido como réu, quanto sua genitora YYY, aqui tida como vítima, eram correntistas conjuntos solidários, podendo movimentar livremente os valores ali depositados, independentemente da autorização do outro.

Além da confiança recíproca entre a mãe e seu único filho, demonstrada pela existência de duas contas correntes e uma conta investimento em conjunto, está igualmente provado que o réu recebia os vencimentos de seu cargo de professor da Universidade XXX na corrente n.º..., (anexo II), também conjunta, não tendo necessidade de sua apropriar de valores pertencentes à sua mãe.

No mais, está comprovado que o réu, enquanto realizava estágio pós-doutoral na Syracuse University, nos Estados Unidos da América do Norte, permitia que sua genitora, ora vítima, utilizasse a totalidade dos seus vencimentos como professor da Unicamp, inclusive sendo grande parte transferida ou depositada na conta n.º..., Está comprovado igualmente que, mesmo após do seu retorno, as transferências continuaram, e os valores que foram utilizados em diversos investimentos relacionados à conta n.º...

É de se notar, ainda, que na data dos fatos (XXX), o réu não era curador de sua mãe, como se constata da publicação do

despacho de deferimento da curatela provisória, que ocorreu apenas na data de XXX (anexo IV).

Aliás, observando atentamente a petição inicial da ação de interdição (anexo V), observa-se que a ação foi distribuída no dia XXX, mesmo data dos fatos, sendo juridicamente impossível que o réu fosse, naquele momento, considerado curador de sua mãe, já que, segundo a doutrina [1] e a jurisprudência [2], a sentença que defere a curatela tem natureza constitutiva, e não meramente declaratória.

Sendo assim, a causa de aumento de pena da norma do art. 168, § 1º, inciso II, do Código Penal não pode incidir à espécie; e, com a não incidência, é de se notar que a pretensão punitiva estatal já está prescrita, conforme se demonstrará no item próprio.

Por fim, e como se não bastasse todo o acima exposto, com o falecimento da suposta vítima, YYY, ocorrido na data de XXX, confundiu-se na mesma pessoa autor e vítima.

Este fato está provado pelo conteúdo do e-mail trocado entre os advogados do réu e de Sebastião Alves de Oliveira, companheiro da vítima na data de XXX, enquanto ainda tramitava a ação de interdição, onde fica claro que os valores transferidos pertenciam exclusivamente ao réu (anexo VI), o que foi confirmado pelo plano de partilha celebrado pelas partes após o falecimento, no ano de XXX (anexo VII), que nada mencionou sobre os referidos valores.

II – DAS QUESTÕES PRELIMINARES

II.I – DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Na lição da doutrina, a prescrição da pretensão punitiva é aquela que “poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado e tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime: é como se este nunca tivesse existido”. [3]

A prescrição da pretensão punitiva admite duas espécies, a prescrição retroativa (art. 110 do CP), que leva em conta a pena aplicada in concreto, e a prescrição em abstrato (art. 109 do CP), que leva em consideração a pena cominada in abstrato ao crime. Nessa última hipótese, o lapso prescricional é calculado com base no máximo da pena cominada para o crime pelo legislador, aumentada ou diminuída pelas causas de aumento ou diminuição de pena que eventualmente incidam à hipótese.

No caso em tela, como está provado que na data dos fatos (17 de dezembro de 2004) o réu não ostentava a condição de curador de sua mãe, a ora vítima YYY (anexo IV) [4], não há como se falar na incidência da causa de aumento de pena do art. 168, § 1º, do Código Penal que, como anota a doutrina, depende de nomeação “mediante sentença judicial”. [5]

Assim, como a pena máxima cominada in abstrato ao crime de apropriação indébita (art. 168, caput, do Código Penal) é de 4 (quatro) anos, não houve qualquer causa suspensiva ou interruptiva do curso da prescrição [6], entre a data do fato (XXX) e a data do recebimento da denúncia (XXX), já transcorreu tempo mais do que suficiente para a prescrição da pretensão punitiva do Estado, que no caso é de 8 (oito) anos [7], nos termos da norma do art. 109, inciso IV, do Código Penal.

Em face do exposto, há de se reconhecer a extinção da punibilidade do agente em razão prescrição da pretensão punitiva do Estado, com a devida absolvição sumária do réu nos termos da norma do art. 397, IV, do Código de Processo Penal.

III – DO MÉRITO

Apesar de não ser oportuno discutir questões de mérito no bojo da resposta escrita à acusação, especialmente em razão do escasso conjunto probatório, é certo que questões eminentemente jurídicas, como a atipicidade da conduta podem

ser levantadas e apreciadas, como se faz a seguir.

III.I – DA ATIPICIDADE DA CONDOTA: DA INEXISTÊNCIA DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA

O crime de apropriação indébita, disciplinado pela norma do art. 168, caput, do Código Penal, consiste na apropriação de coisa alheia móvel por parte de quem tenha a posse ou detenção. O núcleo do tipo é o verbo “apropriar”, que tem o sentido de assenhorar-se, aquele que não é proprietário, da coisa alheia móvel.

Assim, para que se perfaça o crime de apropriação indébita, é necessário que o agente não seja proprietário da coisa apropriada, e que a posse seja invertida, isto é, que passe do verdadeiro proprietário para o autor da conduta criminosa:

O verbo apropriar tem o significado de tomar para si, fazer sua coisa alheia. No sentido do tipo penal em análise, o sujeito inverte a natureza da posse, passando a agir como se dono fosse, depois de receber a coisa lícitamente, sem clandestinidade [8]

No caso em tela, tanto a conta da qual foram retirados os valores, quanto a conta na qual foram depositados e a conta no qual foram posteriormente aplicados eram de natureza conjunta solidária entre o réu e a suposta vítima, conforme demonstrado pela farta documentação acostada aos autos, especialmente pelos ofícios respondidos pelo Banco Santander (XXX), que são muito claros nesse sentido.

Da mesma forma, está comprovado que os valores foram colocados numa aplicação financeira, fato que denota que o réu não tinha a intenção de utilizar esses valores.

Assim, não há como se falar em inversão da posse, já que as três contas pertenciam, conjunta e solidariamente, ao réu e a sua mãe, suposta vítima, que na época não havia ainda sido interditada nem sofria os efeitos da curatela, não se podendo

falar na ocorrência do crime de apropriação indébita (art. 168, caput, do Código Penal).

Como se não bastasse as peculiaridades do caso, que demonstram que não houve a inversão da posse, o crime de apropriação indébita só pode ser cometido por aquele que ostenta a condição de “possuidor” ou “detentor”. O Direito Civil considera como possuidor aquele que tem uma relação direta e temporária com a coisa (art. 1.196 do Código Civil) e detentor aquele que, em nome de outro, conserva a posse do bem seguindo as instruções dadas por este terceiro (art. 1.198 do Código Civil).

Assim, não se perfaz o crime de apropriação indébita quando um dos titulares conjuntos, tido como credor solidário (art. 267 do Código Civil), saca todo o numerário depositado. Isso porque o titular conjunto não é considerado um mero possuidor ou detentor dos valores depositados em conta, mas seu verdadeiro proprietário.

Nelson Abrão, ao comentar as contas de depósito de natureza conjunta, afirma que nas contas conjuntas solidárias, também denominadas de “contas e/ou”, cada um dos titulares conjuntos é considerado proprietário da totalidade dos valores ali depositados, podendo retirá-los na sua integralidade, independentemente da autorização dos outros titulares:

Quanto à titularidade, levando-se em consideração a pessoa do titular, o depósito pode ser: individual e conjunto. Depósito conjunto é aquele constituído a benefício de várias pessoas, podendo ser simples ou solidário.

Simples é aquele em que o beneficiário pode retirar sozinho apenas o correspondente à sua quota, sendo o total do depósito só pode ser levantado por todos os titulares. Mais usual, porém, é o depósito conjunto solidário, em cada titular pode, sozinho, fazer retiradas, tendo o direito de exigir do banco a importância total, e esse, a entregando, se libera em relação

a todos. [9]

A jurisprudência, atenta aos preceitos do Direito Civil e do Direito Bancário que regulam as contas de depósito, é uníssona no sentido de que não caracteriza crime algum a conduta do titular da conta solidária que saca todo o numerário ali depositado:

A retirada de parte de quantia existente em conta conjunta e solidária de poupança constitui uso de faculdade legal e jurídica. Inexiste qualquer ilícito penal, pois é característica essencial da solidariedade a possibilidade irrecusável de se exigir a obrigação por inteiro por qualquer dos interessados. (TACRIM/SP. HC. Rel. S.C Garcia. RT 654/304).

RETIRADA DE CONTA CONJUNTA – Se a cláusula de solidariedade vai além da morte de um dos titulares da conta conjunta, é óbvio que o saque da totalidade do saldo corresponde à exata compreensão do conceito de credor solidário, isto é, daquele credor que pode exigir, sozinho, a totalidade da prestação, de modo que, recebendo a prestação que lhe entrega o devedor, a obrigação se extingue. Destarte, o credor sobrevivente que efetua o saque, não desborda da área de significado do conceito de solidariedade ativa e, portanto, não pratica fato algum subsumível a um tipo penal. No caso de conta conjunta solidária, a morte de um dos titulares não extingue a relação contratual. Os correntistas sobreviventes continuam a manter a conta, conservando todos os direitos inerentes e, se desejarem, poderão retirar os fundos, sem impedimento algum. Não assiste ao HERDEIRO de correntista falecido o direito de sucedê-lo na cotitulariedade da conta (TACRIM/SP. HC. Rel. Silva Franco. RT 572/331).

No mesmo sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em interessante caso onde se trancou a ação penal contra uma filha acusada de apropriação indébita de valores pertencentes à sua mãe idosa (art. 103 do Estatuto do Idoso):

HABEAS CORPUS. DESVIO DE PROVENTOS, PENSÃO OU RENDIMENTOS DE PESSOA IDOSA (ARTIGO 102 DA LEI 10.741/2003). PACIENTES QUE TERIAM EFETUADO A CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO SEM A AUTORIZAÇÃO DA VÍTIMA, IDOSA QUE CONTAVA COM 95 (NOVENTA E CINCO) ANOS DE IDADE. CONTRATAÇÃO NÃO EFETIVADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ATIPICIDADE MANIFESTA DA CONDOTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

[...].

4. A par da inexistência de qualquer prejuízo à apontada vítima, o certo é que, consoante declarações prestadas extrajudicialmente, a filha da idosa, que também era titular da conta em questão, foi a responsável por sacar o numerário referente ao benefício previdenciário no caixa e, mediante a aposição de senha, contratar o empréstimo que se alega não ter sido autorizado ou aquiescido.
5. Assim, não há sequer indícios de que os pacientes teriam se aproveitado do fato de a vítima contar com 95 (noventa e cinco) anos de idade para contratar empréstimo consignado sem o seu consentimento, tampouco de que teriam tido a intenção, o dolo de desviar proventos de pessoa idosa, dando-lhes aplicação diversa, já que a conta era conjunta, e toda a transação bancária foi feita sem a intervenção da anciã.
6. Ordem concedida para trancar a ação penal instaurada contra os pacientes. (STJ. HC n.º 120.469/ MG. Rel. Min. Jorge Mussi. J. 17.03.2011. DJU 13.04.2011).

Em razão de todo o exposto, a conduta praticada pelo réu XXX não se subsume à hipótese descrita pela norma do art. 168, caput, do Código Penal, não se tratando nem mesmo de ilícito civil, já que, com o falecimento de sua mãe, ocorrido no ano de XXX, ele, na condição de herdeiro necessário, se tornou a única vítima de sua própria conduta, conforme demonstrado

pelos documentos anexos (anexo VII).

IV – DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer à Vossa Excelência que, afastada a causa de aumento de pena disciplinada pela norma do art. 168, § 1º, do Código Penal (condição de curador), reconheça a extinção da punibilidade do agente em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com a consequente absolvição sumária do réu XXX, nos termos da norma do art. 397, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Caso Vossa Excelência entenda não ser a hipótese de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, requer a absolvição sumária do réu em razão do fato evidentemente não constituir crime (atipicidade da conduta), nos termos da norma do art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Por fim, requer que as testemunhas abaixo arroladas sejam intimadas e ouvidas através de carta precatória, conforme determina a norma do art. 222 do Código de Processo Penal.

ROL DE TESTEMUNHAS:

1) Nome, nacionalidade, estado civil, profissão, portadora do documento de identidade (RG)..., inscrita ao CPF/MF sob o nº..., residente e domiciliada ao endereço..., CEP...

2) Nome, nacionalidade, estado civil, profissão, portadora do documento de identidade (RG)..., inscrita ao CPF/MF sob o nº..., residente e domiciliada ao endereço..., CEP...;

3) Nome, nacionalidade, estado civil, profissão, portadora do documento de identidade (RG)..., inscrita ao CPF/MF sob o nº..., residente e domiciliada ao endereço..., CEP...;

4) Nome, nacionalidade, estado civil, profissão, portadora do documento de identidade (RG)..., inscrita ao CPF/MF sob o nº..., residente e domiciliada ao endereço..., CEP...

Termos em que,

Pede deferimento.

Local, data.

ADVOGADO

OAB/SP n.º ...