



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ng
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)

RELATÓRIO

O DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO
(RELATOR): Apelação Criminal, manejada por Adelson Nascimento de Lucena, em face da sentença que o condenou às penas de 03 (três) anos, 08 (oito) meses e 13 (treze) dias de reclusão e de 164 (cento e sessenta e quatro) dias-multa, cada um deles no valor de 1/2 (metade) do salário mínimo vigente à época dos fatos pela prática do crime previsto no art. 171, § 3º, c/c o art. 71, do Código Penal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços a entidade pública (Art. 43, IV, do CPB), e na prestação pecuniária no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), durante todo o período de duração da pena substituída, na forma a ser indicada pelo Juízo das Execuções Penais.

De acordo com a denúncia, o Apelante foi aposentado por invalidez perante o Instituto Nacional do Seguro Social, com data do início do pagamento do benefício em 01.09.1989, Todavia, paralela à aposentadoria, que vedava o exercício de qualquer atividade laborativa, ele continuava a trabalhar como professor universitário e como advogado, apenas parando de receber o benefício em 03.2008, após a suspensão do pagamento pela sua falta de comparecimento na perícia do INSS e pela notícia criminal apresentada perante o INSS.

Requer o Apelante, inicialmente, os benefícios da Justiça Gratuita, e a apreciação do agravo retido interposto da decisão que decretou a sua revelia, em face do indeferimento de seu pedido de adiamento da audiência de instrução e julgamento, tendo fundamentando o recurso no art. 581, do CPP, em face do cerceamento de defesa, alegando que não poderia comparecer à audiência na data aprazada por motivo de doença.

Pede, em seguida, a reforma da decisão, sustentando, em preliminar, a nulidade do processo em face da ausência de oferecimento da suspensão condicional do processo, por ser seu direito subjetivo e argumentando que o delito de estelionato contra a Previdência Social prescreve em 12 (doze)



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)**

anos, na qualidade de crime instantâneo de efeitos permanentes, e, recebendo ele o primeiro benefício previdenciário em 01.09.1989, e sendo a data do recebimento da denúncia em 21.8.2009, transcorreram quase vinte anos, tempo necessário para a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pena em abstrato.

No mérito, afirma que não houve qualquer tipo de fraude, artifício ou artil confguradores do estelionato porque, à época da concessão da aposentadoria por invalidez, sofria de grave depressão, bem como de síndrome do pânico, hipertensão arterial e labirintite, devidamente atestadas em perícia do INSS, ressaltando que sofre dessas doenças até hoje, de forma que sua conduta seria atípica, requerendo, ao final, sua absolvição.

Por fim, sustenta que o direito à aposentadoria é disponível, tanto que existe o instituto da desaposentação, sem a necessidade de restituição dos valores recebidos, tanto que a sentença não impôs a reparação do dano ao Apelante, fatos indicativos da atipicidade de sua conduta – fls. 722/757.

Contrarrazões que demoram às fls. 762/775 e, louvam os termos da decisão atacada.

Oficiando no feito, a douda Procuradoria Regional da República, opina, pelo desprovemento da Apelação, requerendo em preliminar o desprovemento do recurso em sentido estrito, porque não se insere tal instrumento entre as hipóteses do art. 581, do CPP. No mérito, não considera consuma a prescrição em abstrato ou em concreto, e também considera presentes a materialidade e a autoria delitivas, porque o Apelante, após se aposentar por invalidez, continuou trabalhando na mesma atividade que exercia antes, deixando de comunicar tal fato ao INSS, o que configura a fraude necessária ao crime – fls. 783/789.

É o Relatório. Ao eminente Revisor.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)

VOTO

O DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (RELATOR CONVOCADO): Com relação ao pedido de Justiça Gratuita formulado pelo Réu, é pacífico, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça -STJ, que, para a concessão deste benefício, basta a declaração, feita pelo interessado, de que sua situação econômica não lhe permite vir a Juízo sem prejuízo do próprio sustento e/ou do de sua família, presumindo-se verdadeira a sua afirmação até prova em contrário, o que, inclusive, coaduna-se com o que dispõe a Lei.

Em relação ao pagamento de custas e honorários advocatícios, quando a parte é beneficiária da gratuidade judiciária, o Colendo Supremo Tribunal Federal se pronunciou no sentido de que devem ser excluídos da condenação, consoante se pode ver do inteiro teor do voto proferido no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 313.348-9/RS:

“Sem razão a agravante.

A exclusão dos ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual de pobreza da parte. Ao órgão jurisdicional não cabe proferir decisões condicionais.

Se um dia – quiçá em razão dos pingues benefícios que recebe do INSS – o vencido tiver condição econômica para responder por custas e honorários, persiga-os a autarquia pelas vias ordinárias.

Nego provimento ao agravo”.

Ante o exposto, defiro o pedido dos benefícios da Justiça Gratuita, formulado pelo Réu.

Preliminarmente, analiso o agravo retido interposto pelo Réu, como devidamente requerido pelo Apelante.

O Apelante interpôs agravo retido da decisão que negou seguimento ao recurso em sentido estrito oposto para atacar a decretação de sua revelia. O Agravo em questão foi inadmitido pelo MM. Juiz, em face na ausência de previsão legal no processo penal.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngue

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)**

Realmente, não existe previsão legal no Código de Processo Penal acerca da utilização do Agravo Retido como recurso para atacar a decisão que nega seguimento a recurso em sentido estrito.

A Lei Processual Penal prevê, em seu art. 639, um recurso específico para a decisão que não admitir ou negar seguimento a recurso – a Carta Testemunhável, com prazo de 48 horas para a interposição, de acordo com o art. 640, do CPP.

No caso, entendo que não se pode aplicar o Princípio da Fungibilidade, porque o erro é grosseiro, tendo em vista a existência de recurso explícito no CPP para o presente caso e, ainda que fungível, haveria a intempestividade da impugnação ora apresentada, porque o recurso de agravo retido foi interposto não em 48 horas, mas em 09 (nove) dias após a intimação da decisão que negou seguimento ao recurso em sentido estrito, de forma que existe óbice processual a que dele se conheça, como se daqueloutro se cuidasse – fls. 785.

Requer o Réu, em preliminar, a nulidade do processo em face da ausência de oferecimento da suspensão condicional do processo.

Para que o Réu faça jus ao benefício da suspensão condicional do processo, é necessário o preenchimento dos requisitos legais, como se depreende da leitura do art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95, *verbis*:

"Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena."

No caso, a pena mínima para o crime previsto no art. 171, § 3º, do CP, é de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, superior ao previsto no art. 89, da Lei nº 9.099/95.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)**

Além disso, a proposta de suspensão condicional do processo só pode ocorrer em momento anterior à prolação da sentença penal condenatória, estando precluso o pedido do Apelante.

Nesse sentido já se decidiu este Tribunal:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. AUSÊNCIA DE PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Afastada a possibilidade de proposição da suspensão condicional do processo quando o acusado não preencher todos os requisitos insertos no art. 89 da Lei 9.099/95.

2. A proposta de suspensão condicional do processo só pode ocorrer em momento anterior à prolação da sentença penal condenatória. Preclusão reconhecida.

3. Diante da incidência da Súmula 231 do STJ, a atenuante de confissão não pode ser aplicada quando a pena-base for fixada no mínimo legal.

4. Apelação improvida.”

(ACR 200483000186162, Desembargador Federal Edílson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::18/11/2010 - Página::715.)

Rejeitadas as preliminares, passo ao exame do mérito:

Adoto como razões de decidir os mesmos fundamentos da sentença condenatória, que analisou de forma percuciente a matéria:

“31. No que concerne, primeiramente, à MATERIALIDADE DELITIVA, compulsando-se os autos, observa-se que o fato descrito na exordial acusatória está comprovado.

32. A essa conclusão facilmente se chega após compulsarem-se os documentos acostados aos autos, sendo certo que o acusado percebeu o benefício de aposentadoria por invalidez entre 01/09/1989 e a competência de Março de 2008, oportunidade em que o pagamento foi cessado pelo não comparecimento à perícia médica (fl. 169).

33. Por outro lado, de acordo com pesquisa efetuado no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, cujas planilhas se encontram



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)**

acostadas às fls. 113/115 e 171/172 dos autos, constatou-se que o acusado exerceu - durante o período de gozo do benefício por invalidez - a profissão de professor universitário, no curso de Direito, em diversas instituições, entre elas a Associação Olindense Dom Vital de Ensino Superior (FOCCA) e a Associação Pernambucana de Ensino Superior (APESO)/Instituto de Ensino Superior de Olinda (IESO), bem como a função de advogado contratado para a Companhia de Tecidos Paulista.

34. As informações do CNIS encontram eco nas declarações de alguns dos empregadores do denunciado, a exemplo do documento em que a Companhia de Tecidos Paulista informa que o réu exerceu a função de advogado junto à sociedade entre 01/12/1997 e 06/11/1997 (fl. 128), ou nas declarações das instituições de ensino superior em que atuou o acusado (fls. 129 e 175), em cujo teor as universidades informam que o réu lecionou disciplinas como Direito Comercial, Tributário e Processual Civil.

35. Ademais, a Ordem dos Advogados do Brasil informa, em fl. 58, que o acusado é advogado inscrito desde 19/12/1980, "sem impedimento e que a respectiva inscrição se encontra na ativa, até a presente data".

36. Comprovados, portanto, o gozo do benefício por invalidez e o concomitante exercício de atividade laboral remunerada, situação suficiente para a constatação da materialidade delitiva. Por oportuno, cabe destacar que o réu não refuta tais elementos, centrando sua defesa em aspectos diversos.

37. Analisando a AUTORIA DELITIVA, tem-se que esta decorre dos mesmos fatos que alicerçam a materialidade da conduta. Isso porque, no caso dos autos, o crime imputado decorre da prestação de serviços, pessoalmente, pelo denunciado, em tempo concomitante com o recebimento do benefício por invalidez.

38. Ambos os elementos que compõem a conduta delitiva no caso - quais sejam o recebimento do benefício por invalidez e a atuação profissional no período - pertencem ao réu, conclusão reforçada pelos termos da declaração prestada em sede policial (fl. 89):

"QUE o declarante atua como advogado desde o ano de 1978, sem interrupção; QUE o declarante trabalhou na FOCCA como professor



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)**

durante 20 anos, de 1985 a 2005; QUE trabalhou na IESO como professor por apenas um ano, no ano de 2006; QUE o declarante é titular de um benefício por invalidez, não lembrando a data de início, mas acreditando que a data constante do ofício de fls. 64 como sendo o início de benefício no ano de 1989 esteja correta; QUE o declarante teve uma depressão muito grande e os médicos lhe aposentaram; (...) QUE o declarante tem conhecimento de que a aposentadoria por invalidez veda o exercício de qualquer outra atividade laborativa, mas como o valor da aposentadoria é muito baixo, o declarante voltou a trabalhar quando se recuperou, já que tinha que sustentar uma família grande, com três filhos, a mulher, a sogra e a mãe que tinha câncer, logo o declarante voltou a trabalhar por estado de necessidade; QUE atualmente o declarante não está mais acompanhado de psiquiatra, pois depois que se tornou evangélico há mais de 10 anos o declarante ficou curado, tomando remédio apenas para hipertensão"

39. Assim, a materialidade do delito é patente, bem como a autoria delitiva, não pairando dúvidas sobre o cometimento de estelionato por parte do acusado, nos moldes já explicitados" – fls. 710/713.

Ressalte-se que, contrariamente ao alegado pelo Apelante, a fraude não consistiu na concessão do benefício previdenciário, a que ele, inicialmente, fazia jus, mas no fato de, alguns meses após a concessão do benefício, ter voltado a suas atividades laborativas regulares, lecionando e advogando, e deixar de comunicar tal fato ao INSS, conforme preceitua o art. 47, do Decreto nº 3.048/97, mantendo em erro o INSS sobre a sua condição de saúde, para continuar recebendo o benefício.

Como bem salientou a sentença, "*o simples fato de o INSS haver espontaneamente concedido o benefício por invalidez não desnatura a fraude nem a manutenção em erro da autarquia. Isso porque, mesmo estando o denunciado - ao tempo da concessão do benefício - realmente incapaz para as atividades laborais, sua posterior melhora faz surgir o dever de comunicar o fato à autarquia, provocando a convocação da perícia médica que iria constatar sua nova situação" – fls. 712-v.*



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)

Ressalte-se que o Apelante não apenas deixou de informar ao INSS, espontaneamente, sua melhora, mas ainda furtou-se a comparecer às perícias médicas convocadas pela autarquia.

De acordo com os documentos de fls. 142/146 e 169 dos autos, o denunciado foi convocado para perícia médica em 26/06/2007 e 25/07/2007, sem comparecimento. Em virtude disso, seu benefício foi bloqueado, tendo ele comparecido à agência da Previdência, oportunidade em que foi agendado novo exame para 18/04/2008, não sendo realizado, contudo, pela sua ausência.

Desta forma, mesmo que o Apelante não tenha enganado os médicos na concessão inicial do benefício, manteve o INSS em erro, ao não informar a superação do estado de invalidez e também ao deixar de comparecer às perícias convocadas.

Por fim, resta configurado o dolo, visto que ele afirmou ter conhecimento da impossibilidade de exercício laboral na vigência do benefício previdenciário, justificando seu retorno ao trabalho por suposta necessidade financeira, não comprovada nos autos.

Quanto ao argumento de atipicidade da conduta pela possibilidade de desaposentação, razão não assiste ao Apelante. A sentença já rechaçou o argumento, com fundamentação que adoto como razões de decidir:

“57. Em sede de alegações finais, pugna o denunciado por sua absolvição, com base na possibilidade de desaposentação. Todavia, dita argumentação em nada se relaciona à questão da tipicidade criminal, sendo incapaz de alterar a conclusão no sentido da culpabilidade do réu.

58. De fato, "a desaposentação é definida como a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário".

59. Ora, para além de discutida nos Tribunais a possibilidade de desaposentação, mesmo que o réu obtenha nova aposentadoria - somando o tempo de contribuição posterior à aposentadoria com o



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)**

adquirido anteriormente -, tal fato em nada afasta a circunstância de que o réu recebeu o benefício por invalidez de forma ilícita.

60. Em realidade, a mesma prestação laboral exercida após a aposentadoria que o habilita a requerer a desaposentação - em face das novas contribuições vertidas - justifica a configuração do crime, pelo singelo fato de que o réu não poderia trabalhar quando em gozo de benefício por invalidez." – fls. 712/714.

Por fim, o fato de o Juiz não ter fixado a reparação do dano, conforme o previsto no art. 387, IV, do CPP, não significa atipicidade da conduta.

A denúncia, embora tenha sido protocolizada em 12.08.2009, ou seja, após a vigência da Lei nº 11.719/2008, não menciona o pedido de reparação dos danos, limitando-se a indicar a quantia recebida pelo Réu com a fraude.

Embora seja certo que a natureza processual da norma e sua aplicabilidade imediata aos feitos pendentes não tenham sido objeto da divergência, é certo que não houve qualquer debate acerca do valor da reparação dos danos até a condenação da sentença, datada de 12.11.2010.

No meu entender, a questão da reparação do dano, por não ter sido submetida ao contraditório, não poderia constar da sentença condenatória, em prejuízo ao Princípio da Ampla Defesa, vindo a formar título executivo em desfavor do Réu.

Passo ao exame da dosimetria da pena.

A sentença, considerando o grau intenso de culpabilidade do delito, fixou a pena-base privativa de liberdade em relação ao réu acima do mínimo, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão, reduzindo a pena, em seguida, para 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em face da presença da atenuante de confissão (art. 65, III, "d", do CP) e da ausência de agravantes.

Não vislumbrada a incidência de qualquer causa de diminuição de pena e presente a causa de aumento de pena previsto no §3º, do art. 171, do CP,



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)**

uma vez que teve o INSS como vítima, a pena foi aumentada em 1/3 (um terço), totalizando 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Por outro lado, entendo que não se aplica o aumento de pena decorrente da continuidade delitiva, fixado na sentença na fração de 2/3 (dois terços).

Como o fato de ele omitir em comunicar ao INSS o retorno de sua capacidade laborativa e a volta ao trabalho teve como finalidade a prática de um único delito (estelionato qualificado, consistente na obtenção do benefício indevido, mediante fraude), não há que se falar em crime continuado, porque não ocorreu o cometimento de diversas infrações autônomas, em condições similares de tempo, forma e lugar.

Houve apenas uma ação, cujos efeitos (o pagamento indevido das prestações do benefício) se prolongaram no tempo, não justificando a aplicação do acréscimo da pena referente à continuidade delitiva.

Desta forma, torno definitiva a pena do Apelante em 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, pela prática do art. 171, § 3º do CP.

Em face da redução da pena privativa de liberdade, reduzo a pena de multa para 134 (cento e trinta e quatro) dias-multa, mantendo o valor de 1/2 (metade) do salário mínimo vigente à época dos fatos

Mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços a entidade pública (Art. 43, IV, do CPB), e na prestação pecuniária no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), durante todo o período de duração da pena substituída, na forma a ser indicada pelo Juízo das Execuções Penais.

Por fim, não assiste razão ao Apelante, quanto à ocorrência da prescrição.

O Supremo Tribunal Federal diferencia duas situações, no caso, aquela que ocorre quando o agente implementa fraude para que outra pessoa



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)**

receba o benefício; e aquela na qual o próprio agente fraudador recebe o benefício.

Na primeira situação, o crime seria instantâneo com efeitos permanentes, já que, após o implemento do benefício, não teria o fraudador como interromper o recebimento das prestações mensais por terceira pessoa.

Na segunda hipótese, configurar-se-ia o crime permanente, que é o caso do Apelante.

Considerando que ao delito de estelionato atribui-se pena máxima de 5 (cinco) anos, o prazo prescricional a ele afeiçoado é de 12 (doze) anos, *ex vi* do art. 109, III, do Estatuto Repressor.

No concernente ao prazo prescricional, entendo não ter ainda se ultimado, porquanto o termo inicial da contagem do referido prazo não poderá ser o primeiro dia do recebimento indevido do benefício (01 de setembro de 1989), mas o último (março de 2008).

Iniciando a contagem a partir do mês de março de 2008, correspondente ao último mês do recebimento indevido do benefício previdenciário, até o recebimento da denúncia – 21.08.2009 – (fls. 182), e entre esta data e a da publicação da sentença condenatória (15.04.2014), ainda não se passaram os 12 (doze) anos necessários à prescrição da pena em abstrato, nem os 08 (oito) anos necessários à declaração da prescrição da pena em concreto, tendo em vista a pena aplicada na sentença ser superior a 02 (dois) anos de reclusão.

Não se verifica, pois, a alegada extinção de punibilidade.

Em face do exposto, dou provimento, em parte, à Apelação, apenas para reduzir a pena privativa de liberdade e a pena de multa. **É como voto.**



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)

APTE : ADELSON NASCIMENTO DE LUCENA
ADV/PROC : ADELSON NASCIMENTO DE LUCENA E OUTROS
APDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO SIQUEIRA (CONVOCADO)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO RETIDO. ART. 171, § 3º, DO CP. ESTELIONATO. PREJUÍZO COMPROVADO DO INSS. MANUTENÇÃO DO INSS EM ERRO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO FRAUDULENTO. RÉU APOSENTADO POR INVALIDEZ. RETORNO AO TRABALHO ENQUANTO RECEBIA O BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO À AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA, COM RELAÇÃO AO RETORNO DA ATIVIDADE LABORATIVA. PRESENÇA DA FRAUDE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS POSITIVADAS. DOLO COMPROVADO. DOSIMETRIA DA PENA. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DO ART. 59 DO CP. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DO AUMENTO REFERENTE AO CRIME CONTINUADO. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. PRESCRIÇÃO DO JUS PUNIENDI ESTATAL. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL PROVIDA EM PARTE.

1. O Apelante interpôs agravo retido da decisão que negou seguimento ao recurso em sentido estrito oposto para atacar a decretação de sua revelia. O Agravo em questão foi inadmitido pelo MM. Juiz, em face na ausência de previsão legal no processo penal.

2. A Lei Processual Penal prevê, em seu art. 639, um recurso específico para a decisão que não admitir ou negar seguimento a recurso – a Carta Testemunhável, com o prazo de 48 horas para a interposição, de acordo com o art. 640, do CPP.

3. Impossibilidade de aplicação do Princípio da Fungibilidade. O recurso de agravo retido foi interposto não em 48 horas, mas 09 (nove) dias após a intimação da decisão que negou seguimento ao recurso em sentido estrito, restando clara a intempestividade, de



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)

forma que existe óbice processual a que dele se conheça, como se daqueloutro se cuidasse.

4. A proposta de suspensão condicional do processo só pode ocorrer em momento anterior à prolação da sentença penal condenatória. Preclusão do pedido do Apelante de oferecimento do sursis processual, previsto no art. 89, da Lei nº 9.099/95.

5. Apelante que, após ser aposentado por invalidez perante o Instituto Nacional do Seguro Social, com data do início do pagamento do benefício em 01.09.1989, retornou poucos meses depois ao trabalho como professor universitário e como advogado, apenas parando de receber o benefício em 03.2008, após a suspensão do pagamento pela sua falta de comparecimento na perícia do INSS, para confirmar sua incapacidade para o exercício de qualquer atividade laborativa.

6. Prova da fraude que desponta dos documentos acostados, em cotejo, e que dão conta de que o Apelante, embora não tenha enganado os médicos na concessão inicial do benefício, manteve o INSS em erro, ao não informar a superação do estado de invalidez, com o retorno às atividades laborativas regulares, e também ao deixar de comparecer às duas perícias convocadas.

7. O crime de estelionato exige a presença do aspecto subjetivo, ou seja, o “animus” de auferir vantagem, através da utilização de artifícios fraudulentos, causando um prejuízo comprovado ao Erário Público. Prova, através da análise do “modus operandi”, de que o Apelante agiu com a vontade livre e consciente de induzir em erro a Previdência Social, auferindo vantagem financeira.

8. O instituto da desaposentação, discutido nos Tribunais, não gera atipicidade da conduta. A prestação laboral exercida após a aposentadoria que habilitaria o Apelante a requerer a desaposentação - em face das novas contribuições vertidas - justifica a configuração do crime, pelo simples fato de que o réu não poderia trabalhar quando em gozo de benefício por invalidez.

9. Dosimetria da pena. Apelante condenado às penas de 03 (três) anos, 08 (oito) meses e 13 (treze) dias de reclusão e de 164 (cento e sessenta e quatro) dias-multa, cada um deles no valor de 1/2



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)**

(metade) do salário mínimo vigente à época dos fatos pela prática do crime previsto no art. 171, § 3º, c/c o art. 71, do Código Penal.

10. O Recorrente granjeou conceito desfavorável, com relação à culpabilidade, considerada elevada, o que autoriza o aumento da pena acima do mínimo legal, tendo a pena-base sido fixada em 02 (dois) anos de reclusão, reduzida para um 01 (um) ano e 08 (oito) meses, em face da confissão espontânea, e aumentada em 1/3 (um terço), pela causa de aumento de pena do § 3º, do art. 171, do CP, totalizando em definitivo 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

11. O fato de ele se omitir de comunicar ao INSS o retorno de sua capacidade laborativa e a volta ao trabalho teve como finalidade a prática de um único delito (estelionato qualificado, consistente na obtenção do benefício indevido, mediante fraude), não havendo o cometimento de diversas infrações autônomas, em condições similares de tempo, forma e lugar, não justificando a aplicação do acréscimo da pena referente à continuidade delitiva.

12. Redução da pena de multa de 164 (cento e sessenta e quatro vinte) para 134 (cento e trinta e quatro) dias-multa, mantendo o valor de 1/2 (metade) do salário mínimo vigente à época dos fatos, a fim de que ela guarde consonância com a pena privativa de liberdade.

13. Manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços a entidade pública (Art. 43, IV, do CPB) e na prestação pecuniária no valor de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), durante todo o período de duração da pena substituída, na forma a ser indicada pelo Juízo das Execuções Penais.

14. O Supremo Tribunal Federal diferencia duas situações, no caso, aquela que ocorre quando o agente implementa fraude para que outra pessoa receba o benefício; e aquela na qual o próprio agente fraudador recebe o benefício. Na primeira situação, o crime seria instantâneo com efeitos permanentes, já que, após o implemento do benefício, não teria o fraudador como interromper o recebimento das prestações mensais por terceira pessoa. Na segunda hipótese, configurar-se-ia o crime permanente, que é o caso do Apelante.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
Gabinete do Desembargador Federal Geraldo Apoliano

ngé

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 7132-PE
(2007.83.00.005779-0)**

15. Iniciando a contagem do prazo prescricional, a partir do mês de março de 2008, correspondente ao último mês do recebimento indevido do benefício previdenciário, até o recebimento da denúncia – 21.08.2009 –, e entre esta data e a da publicação da sentença condenatória (15.04.2014), ainda não se passaram os 12 (doze) anos necessários à prescrição da pena em abstrato, nem os 08 (oito) anos necessários à declaração da prescrição da pena em concreto, tendo em vista a pena aplicada na sentença ser superior a 02 (dois) anos de reclusão.

16. Recurso do Réu provido em parte, para reduzir a pena privativa de liberdade para 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e a de multa para 134 (cento e trinta e quatro) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas.

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento, em parte, à Apelação, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife (PE), 27 de novembro de 2014.

**Desembargador Federal Élio Siqueira
Relator Convocado**