PODER JUDICIáRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
APELAÇÃO CRIMINAL 14581 - PE (0000213-91.2016.4.05.8302)

APTE : MARIA DA PAZ SILVA
ADV/PROC : PAULO ROBERTO DE LIMA (PE009506)
APDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC. ORIGINáRIO : 37ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO (0000213-91.2016.4.05.8302)
REL. CONVOCADO : DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO

R E L A T Ó R I O

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO (RELATOR CONVOCADO): Cuida-se de apelação criminal ante sentença que condenou a Sr.ª Maria da Paz Silva, como incursa no crime previsto no artigo 171, §3º, do Código Penal, impondo-lhe pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 dias-multa.

Narrou a denúncia que Maria da Paz Silva obteve, mediante ardil, benefício de prestação continuada ao idoso em 12/03/2008, estendendo-se a 04/02/2016, mantendo a autarquia previdenciária em erro, uma vez que alegara, para possibilitar a concessão do benefício, que detinha todas as condições exigidas pela lei de regência, inclusive que morava sozinha, incorrendo, assim, no crime de estelionato majorado, visto que não vivia sozinha como alegara.

Em suas razões recursais, a apelante pugna por sua absolvição, alegando, em suma, a atipicidade da conduta por ausência de culpabilidade, uma vez que acreditava fazer jus ao benefício, posto que os rendimentos do núcleo familiar eram insuficientes ao seu sustento. Afirma ainda que ausente o dolo, posto acreditava estar pleiteando benefício de aposentadoria por idade, dado que contribuíra para a Previdência Social por mais de 10 (dez) anos. Ademais, sustenta a tese de crime impossível, uma vez que o recebimento, por parte de seu companheiro, de benefício superior a um salário mínimo, não poderia ser incluído na renda *per capita* do núcleo familiar posto que a maior parte do benefício era despendido com medicamentos, razão pela qual o grupo familiar vivia em situação de miserabilidade.

Contrarrazoa o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso, em suma, pelos próprios fundamentos já declinados na sentença.

Em seu parecer, a douta Procuradoria Regional da República, no exercício do *custus legis*, opina pelo conhecimento do recurso e, no mérito, seu provimento, uma vez constatado que, embora reste comprovada a falsidade nas alegações da apelante, sua conduta foi atípica, posto que não tinha consciência da ilicitude da obtenção do benefício. Ademais, sustenta que embora o benefício assistencial de seu falecido companheiro supere o valor máximo de um salário mínimo, a miserabilidade comporta outros meios de prova, não utilizados no presente caso, para determinação da capacidade de subsistir da apelante.

É o relatório, no essencial.

À revisão regimental.

Desembargador Federal **Leonardo Augusto Nunes Coutinho**
Relator Convocado

PODER JUDICIáRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL 14581 - PE (0000213-91.2016.4.05.8302)
APTE : MARIA DA PAZ SILVA
ADV/PROC : PAULO ROBERTO DE LIMA (PE009506)
APDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC. ORIGINáRIO : 37ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO (0000213-91.2016.4.05.8302)
REL. CONVOCADO : DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO

V O T O

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO (RELATOR CONVOCADO): Em se tratando de crime em desfavor da autarquia previdenciária pelo recebimento indevido do auxílio de prestação continuada, é do mérito da causa a comprovação da capacidade de subsistência da apelante, a qual constitui ônus do Ministério Público Federal, uma vez intentar a comprovação da ilicitude da conduta.

Nesse sentido, restam colacionadas aos autos as provas de que conviviam sob o mesmo teto, além da pessoa da apelada/beneficiária, seu companheiro, seus dois filhos e sua neta menor, fato confesso pela própria ré quando de seu interrogatório judicial. Ademais, independentemente da percepção de auxílio pelo companheiro falecido, as provas dos autos seriam no sentido de que, embora não se tratasse de núcleo familiar abastado, a apelante não fazia jus ao benefício assistencial posto que seu filho João Paulo Nascimento Silva tinha vínculo empregatício, com carteira assinada, desde 01/11/2003 na L. C. COMÉRCIO e SERVIÇOS LTDA. – EPP, somente cessando em fevereiro de 2013, razão pela qual a renda *per capita* do núcleo ultrapassaria o valor máximo de ¼ do salário mínimo previsto no artigo 20, §3º da Lei Orgânica da Assistência Social.

Nada obstante, é de se trazer à baila que, segundo entendimento sedimentado do Supremo Tribunal de Justiça, a condição econômica do núcleo familiar deve ser analisada em conjunto com os demais fatores, de forma a se constatar a condição de miserabilidade. A inconstitucionalidade patente no artigo 20, §3º da Lei n.º 8.742/93, foi reconhecida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, não podendo servir de parâmetro à não concessão do benefício assistencial.

Neste sentido é que carece de reforma a sentença, uma vez que somente utilizou como parâmetro balizador para o recebimento do benefício o limite imposto pela LOAS. Em verdade, é de se reconhecer que a maior parte do benefício assistencial do falecido companheiro era despendido com medicamentos e saúde em geral, uma vez que o beneficiário era portador de cardiopatia grave e diabetes.

Cumpre destacar que na referida época conviviam no mesmo domicílio cinco pessoas, quais sejam, a apelada, seu companheiro, seus dois filhos e sua neta menor de idade. A despeito da quantidade de integrantes do núcleo familiar, a renda do grupo somente era constituída pela aposentadoria por invalidez de seu

companheiro e a remuneração de João Paulo Nascimento Silva pelo seu vínculo empregatício.

Quando da sentença considerou que os proventos dos filhos da apelante, independentemente de não demonstrado os valores, descaracterizariam a situação de miserabilidade do grupo familiar, tem-se uma afronta aos princípios basilares do direito penal, como o da presunção de inocência e da *ultima ratio*. Ora, é ônus do órgão acusador constituir prova daquilo que alegue e de tudo que se faça necessário à condenação do acusado, razão pela qual a mera presunção de que as remunerações não pormenorizadas desqualificam a apelada ao recebimento do benefício assistencial não é fundamento que justifique condenação penal.

Em verdade, a testemunha ouvida em juízo confirmou a hipossuficiência da então ré, a qual deve ser analisada não somente pelos critérios definidos no dispositivo jurídico *susu* mencionado, mas por todos os meios de prova capazes de dirimir celeuma instaurada e, primordialmente, pela realidade fática da apelante.

No presente caso, restando demonstrado que o seu companheiro e titular da aposentadoria por invalidez era portador de diabetes e cardiopatia grave, presume-se que a maior parte do benefício assistencial – se não sua totalidade – era despendido com medicamentos e tratamentos médicos. É conhecimento comum as vultosas quantias gastas com medicamentos no Brasil. Assim, é imperioso o reconhecimento de que os gastos dos brasileiros com doenças graves como a diabetes e as cardiopatias em geral são elevados, de forma a dificultar a subsistência de grupos de risco, como aqueles de baixa renda.

Neste sentido uma pesquisa realizada entre os anos de 2003 e 2007, determinou que, em média, os portadores de diabetes mellitus tipo 1, gastavam em média de R$ 30,00 (trinta reais) a 79,00 (setenta e nove reais) mensais somente com a compra de seringas. O mesmo artigo constatou que os gastos com a doença, no ano de 2006, chegaram à média de R$ 362,67 (trezentos e sessenta e dois reais e sessenta e sete centavos), leia-se, absurdos 120% (cento e vinte por cento) do salário mínimo vigente à época. Transcreve-se abaixo parte do artigo:

> A terapêutica intensiva entre os diabéticos do tipo 1 proposta pelo Diabetes Control and Complication Trials inclui insulinoterapia e monitorização intensivas [*sic*] da glicemia capilar. Isto implica em um consumo mensal de 120 fitas reagentes de glicemia capilar, totalizando um valor aproximado de R$ 360,00, por quatro testes diários. Além dos gastos com as fitas, soma-se o custo das seringas descartáveis e outros materiais para desinfecção do frasco e anti-sepsia da pele como se preconiza na prática do preparo e aplicação de injetáveis. Estes gastos afetam diretamente as famílias de baixa renda que chegam a gastar 56% a mais, em relação às famílias que não possuem pessoas diabéticas.
> A renda familiar predominante da população do estudo foi de 1 a 2 salários mínimos (48,8%). A compra de seringas na farmácia foi opção de 130 pacientes (65,3%) e 50 (25,1%) adquiriram na unidade básica de saúde. A maioria dos pacientes (82,4%) gastou de R$ 20,00 a R$ 79,00 por mês em materiais para o preparo e aplicação de insulina, ou seja, de US$ 8 a US$ 27, de preferência com agulha acoplada (75,9%). Os custos com o tratamento do diabetes foram elevados, pois a média de gastos mensais com materiais e medicação foi de R$ 362,67 que correspondem a 120% do salário mínimo vigente (R$ 300,00) em março de 2006. (CASTRO, Amparito

> del Rocio Vintimilla; GROSSI, Sônia Aurora Alves. Custo do tratamento do diabetes mellitus tipo 1: dificuldades das famílias. *Acta Paulista de Enfermagem*, vol. 21, n.º 4, São Paulo, p. 624-628, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002008000400014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19/04/2018)

Não bastassem os gastos mensais com o controle da diabetes, é de se ressaltar que o *de cujus* era acometido de cardiopatia grave, em função da qual fora aposentado por invalidez. Assim é irreal admitir que o auxílio do qual era titular bastasse para arcar com as despesas médicas e com o sustento familiar, sendo presumível que o grupo enfrentasse graves dificuldades financeiras.

Da mesma forma, não é admissível a presunção de que a remuneração de João Paulo Nascimento Silva fosse suficiente a afastar a condição de hipossuficiência da família, uma vez não existir prova dos valores auferidos. No capítulo da sentença que trata sobre o tema o juiz entendeu que constituía ônus da ré fazer prova da hipossuficiência, nada obstante o fato constitua o mérito da própria persecução penal. Ora, a miserabilidade é condição essencial ao recebimento do benefício de prestações continuadas, somente sendo demonstrada a capacidade de subsistir restaria caracterizada a materialidade do tipo, assim o sendo é ônus da acusação a comprovação dos elementos constitutivos do crime, conforme a redação do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Colaciono jurisprudência referente ao ônus da prova:

> RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. ESPECIAL FIM DE AGIR. PRESCINDIBILIDADE. PERDÃO JUDICIAL E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SÚMULA N. 282 DO STF. FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA. REGRA DO ONUS PROBANDI. ART. 156 DO CPP. PROVA SUFICIENTE DE QUE O IMPUTADO COMETEU O FATO A ELE ATRIBUÍDO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. 1. Se já houve pronunciamento sobre o mérito da persecução penal, denotando, ipso facto, a plena aptidão da inicial acusatória, fica prejudicado o exame da violação do art. 41 do CPP, principalmente quando evidenciado que o recorrente exerceu, com plenitude, o contraditório e a ampla defesa. 2. Para a configuração do crime previsto no art. 168-A do CP basta a vontade livre e consciente de não repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, pois o tipo penal não exige especial fim de agir. 3. Os pedidos de extinção da punibilidade pela adesão ao REFIS, de perdão judicial e de aplicação do art. 168-A, § 3°, do CP não podem ser analisados diretamente no recurso especial, pois não houve prévio debate sobre tais matérias no acórdão impugnado e tampouco foram opostos embargos de declaração para provocar a manifestação do Tribunal de origem, o que atrai a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF, em razão da falta de prequestionamento. 4. O ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação, decorrência natural do princípio do favor rei, bem assim da presunção de inocência, sob a vertente da regra probatória, de maneira que o juiz deverá absolver quando não tenha prova suficiente de que o acusado cometeu o fato atribuído na exordial acusatória, bem como quando faltarem provas suficientes para afastar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade. 5. A regra

do onus probandi, prevista no art. 156 do CPP, serve apenas para permitir ao juiz que, mantida a dúvida, depois de esgotadas as possibilidades de descobrimento da verdade real, decida a causa de acordo com a orientação expressa na regra em apreço. 6. O Ministério Público comprovou que o réu, na condição de sócio, gerente e administrador da empresa identificada na denúncia (autoria), deixou de repassar à previdência social as contribuições retidas de seus funcionários (materialidade), descumprindo, de forma voluntária, dever legal de que tinha conhecimento (elemento subjetivo do tipo). A defesa, a seu turno, não demonstrou eventuais dificuldades financeiras da empresa e nem criou dúvida razoável sobre os fatos constitutivos do ius puniendi. 7. Para desconstituir as conclusões do acórdão e reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa ou o estado de necessidade, seria necessário o reexame de provas, não admitido no recurso especial. Súmula n. 7 do STJ. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido. (RESP 201202674964, RECURSO ESPECIAL, MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SEXTA TURMA, DECISÃO UNÂNIME EM 19/04/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO EM DETRIMENTO DO INSS. SAQUE DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL APÓS O ÓBITO DA TITULAR. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. AUSÊNCIA DE DOLO. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. AUTORIA. IN DUBIO PRO REO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA APELADA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1 - Trata-se de apelação criminal interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 32ª Vara/CE (Fortaleza), que julgou improcedente a denúncia para absolver o acusado FRANCISCO GABRIEL FILHO, com esteio no artigo 386, III e VII, do Código de Processo Penal, da imputação do crime previsto no artigo 171, parágrafo 3º, c/c 71, do Código Penal. 2 - Consoante a denúncia, o acusado FRANCISCO GABRIEL FILHO efetuou indevidamente saques, no período compreendido entre novembro de 2007 a maio de 2008, do benefício previdenciário de sua falecida mãe, Marilene Silva, após o seu óbito (ocorrido em 16 de novembro de 2007), acarretando prejuízo ao INSS no montante de R$ 3.771,09 (três mil e setecentos e setenta e um reais e nove centavos). 3 - Da sentença apelada constam os seguintes fundamentos: I - o acusado, confessadamente, sacou, após o óbito da sua genitora (ocorrido em 16/11/2007), a prestação indevida do benefício da titular referente ao mês de novembro de 2007, utilizando tal recurso para pagamento de despesas funerárias da falecida e no comércio local, inexistindo a intenção de fraudar o INSS. II - A acusação não produziu qualquer prova capaz de dissipar a dúvida em relação à autoria dos demais saques indevidos. III - Ainda que subsistam dúvidas quanto às alegações do réu, não é possível, apenas por suposição, condená-lo, porquanto há a prevalência do "in dubio pro reo", sobretudo quando a instrução processual não logrou demonstrar a presença do dolo, que é elemento constitutivo do tipo penal, na conduta do réu, em face do saque de uma Parcela, logo após o óbito do Segurado, destinada a pagamento de despesas com os funerais e gastos pessoais do "de cujus". IV - Não há elementos conclusivos que demonstrem que o acusado foi o responsável pelos saques dos meses subsequentes a novembro de 2007, impondo-se, com isso, a sua absolvição. 4 - Conjunto probatório insuficiente a demonstrar de forma conclusiva se a autoria delitiva das parcelas remanescentes foram sacadas ou tenham partido do acusado, ora apelado. 5 - O acusado ao prestar depoimento na Polícia Federal afirmou que, quando sua mãe ainda

> estava viva, a auxiliava a sacar o benefício, e que após o óbito de sua genitora realmente sacou uma parcela e depois entregou ao seu pai o cartão magnético e foi residir na cidade de Fortaleza. 6 - O Genitor do acusado negou, entretanto, que estava na posse do cartão, contradizendo o que disse o réu. Na Acareação realizada entre o acusado e seu pai, este retificou o seu anterior depoimento afirmando que o cartão magnético ficou guardado na sua residência somente aproximadamente após seis meses do falecimento de sua esposa, esclarecendo que somente pegou o cartão novamente para entregar a seu filho quando o mesmo foi intimado a prestar depoimento na Polícia Federal, tendo afirmado, na acareação, que antes negara que tivesse estado na posse do cartão por achar que seria responsabilizado pelos saques. 7 - A Acusação não se desincumbiu do ônus da prova sobre a autoria, a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal, haja vista que a condenação criminal não pode basear-se em indícios e/ou presunções e, como exposto na sentença apelada, a absolvição se impõe, diante da atipicidade da conduta do réu relativamente à prestação de novembro de 2007 e da ausência de provas suficientes para a condenação relativamente às demais prestações. 8 - Em situação assemelhada, decidiu esta Corte Regional: (TRF-5ª REGIÃO, ACR13333/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL ALEXANDRE COSTA DE LUNA FREIRE, Primeira Turma, JULGAMENTO: 16/02/2017, PUBLICAÇÃO: DJE 24/03/2017 - Página 27). 9 - Sentença apelada confirmada. 10 - Apelação improvida. (PROCESSO: 00015651120164058100, APELAÇÃO CRIMINAL, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUINTA REGIÃO, TERCEIRA TURMA, DECISÃO UNÂNIME EM: 19/10/2017)

Assim, não tendo o *Parquet* Federal feito prova de elemento essencial constitutivo da tipicidade, leia-se, a capacidade de subsistir da apelante, que caracterizaria a ilegitimidade para o recebimento do benefício de prestação continuada, é de se presumir em favor da ré, conforme o princípio do Favor Rei. Saliente-se que, como sobejamente explanado, a hipossuficiência, no presente caso, legitima a apelante ao recebimento do benefício assistencial, razão pela qual, de forma extraordinária, se demonstra como elemento constitutivo do crime, razão pela qual se desloca o ônus de prova em favor da parte ré.

Dadas as considerações dou provimento à apelação para absolver a apelante com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

É o voto.

Desembargador Federal **Leonardo Augusto Nunes Coutinho**
Relator Convocado

PODER JUDICIáRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL 14581 - PE (0000213-91.2016.4.05.8302)

APTE : MARIA DA PAZ SILVA
ADV/PROC : PAULO ROBERTO DE LIMA (PE009506)
APDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC. ORIGINáRIO : 37ª VARA FEDERAL DE PERNAMBUCO (0000213-91.2016.4.05.8302)
REL. CONVOCADO : DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO MAJORADO. ILEGITIMIDADE PARA O RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ÔNUS DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROVAR TODOS OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CRIME. AGENTE QUE RESIDIA COM O MARIDO, CARDIOPATA E DIABÉTICO, QUE VEIO A FALECER, E MAIS TRÊS FILHOS. RENDA FAMILIAR QUE ADVINHA DO BENEFÍCIO RECEBIDO PELO MARIDO E PELA RENDA AUFERIDA POR UM DOS FILHOS. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE A AUTORIZAR O RECEBIMENTO DO AUXÍLIO. ACUSAÇÃO QUE NÃO TROUXE PROVAS DOS GANHOS DO ÚNICO FILHO QUE AUFERIA RENDA A DESCARACTERIZAR AS DIFICULDADES PARA A SUBSISTÊNCIA E PARA A MANUTENÇÃO DO TRATAMENTO MÉDICO DO MARIDO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela inconstitucionalidade do artigo 20, §3º da Lei n.º 8.742/93 (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF), de modo que, mesmo que houvesse prova de que a renda mensal do núcleo familiar fosse maior que 1/4 do salário-mínimo, prova não acostada, a condição objetiva de miserabilidade poderia autorizar a concessão do benefício em tela.
2. A ré, apesar de viver com um companheiro, que recebia benefício assistencial, este era diabético e cardiopata, condição que exigia dispêndio excessivo ao núcleo familiar, composto por mais três filhos.
3. Pesquisa do ano publicada na revista da Acta Paulista de Enfermagem, demonstrou que no ano de 2006 os gatos com os tratamentos para a diabetes *mellitus* tipo 1 beiravam, em média, R$ 362,67 (trezentos e sessenta e dois reais e sessenta e sete centavos), absurdos 120% (cento e vinte por cento) do salário vigente à época. Neste sentido é irreal que benefício assistencial pouco superior ao salário mínimo seja suficiente para, além de financiar os tratamentos medicamentosos, garantir o sustento de núcleo familiar constituído de 05 pessoas.
4. Apelação a que se dá provimento, absolvendo-se a ré com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

PODER JUDICIáRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

ACÓRDÃO

Vistos etc.

Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 22 de maio de 2018.
(data do julgamento)

Desembargador Federal **Leonardo Augusto Nunes Coutinho**
Relator Convocado