

AÇÃO PENAL Nº 5004393-93.2013.404.7204/SC
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : APOSENTADO RÉU
ADVOGADO : MARCELO ATHAIDE CARDOSO DA LUZ

SENTENÇA

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO

FEDERAL denunciou **APOSENTADO RÉU (Dados Pessoais)**, Criciúma/SC, CEP 88.800-000, pelo cometimento, em tese, do delito tipificado no art. 171, parágrafo 3º, do Código Penal. Narrou a denúncia:

Entre os anos de 2007 e maio de 2013, o denunciado obteve de forma ilícita vantagem econômica, através da percepção indevida do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, induzindo e mantendo em erro, mediante fraude, o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, causando efetivo prejuízo aos cofres públicos. O prejuízo ocorreu e se reiterou mês a mês, sempre no valor correspondente ao importe de um salário mínimo em cada uma das percepções indevidas.

Com efeito, extrai-se dos autos que o denunciado percebeu aposentadoria por invalidez do INSS no período compreendido entre 10/08/1999 e 16/05/2013 (NB 1140152111).

*Sucedede que, no processo judicial nº 5003754-12.2012.404.7204 - em que foi oferecida denúncia contra o ora investigado por contrabando - restou comprovado que **APOSENTADO RÉU** estava vendendo cigarros em uma banca de camelo em janeiro de 2012, é dizer, estava exercendo atividade laborativa ao tempo em que recebia benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez.*

Inclusive, ouvido na Polícia Federal no bojo do Inquérito Polícia! que embasou a denúncia oferecida naqueles autos, o denunciado confessou que comercializa comércio ilegal de cigarros desde o ano de 2007, verbis: 'QUE o declarante possui uma banca de camelo localizada no centro da cidade de Criciúma/SC, onde vende cigarros contrabandeados do Paraguai; QUE trabalha com esta banca desde o ano de 2007 (...)' (anexo).

Da constatação desses fatos, e após efetuar diligências no sentido de verificar se o investigado continuava incapaz para o trabalho, foi possível concluir, em face da nova perícia médica realizada, pela ausência de incapacidade total para o trabalho, o que motivou a cessação do benefício de aposentadoria por invalidez (fls. 17/24 do PIC).

*Diante dessas circunstâncias, resta comprovado que **APOSENTADO RÉU** recebeu o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez indevidamente, descumprindo suas obrigações de segurado da previdência social, nos termos dos arts. 42 e 46, da Lei 8.213/91, tendo em vista que não estava incapaz para o exercício das atividades laborativas ao tempo em que recebia as parcelas referentes ao benefício.*

Outrossim, ainda que se presuma que a aposentadoria por invalidez fosse devida, por critérios médicos, no momento de sua concessão em 1999, deve-se compreender que a vantagem

material não se esgotou naquele momento, pois se prolongou no tempo ate seu cancelamento, em 16/05/2013. [...]

A denúncia foi recebida em 05-07-2013 (evento 3).

O réu foi citado e intimado regularmente (evento 6), ofertando defesa preliminar. (evento 8)

Sua resposta à acusação foi rejeitada. (evento 10)

Na audiência realizada foi interrogado o réu, oportunizando-se às partes a apresentação de alegações finais por memoriais. (evento 35)

O MINISTÉRIO PÚBLICO em alegações finais (evento 36), após breve relato, asseverou estar confirmada a pratica do crime narrado na denúncia, em razão de que o réu, aposentado por invalidez, estava exercendo atividade laborativa, vendendo cigarros em uma banca de camelô. Argumentou que a materialidade e a autoria do delito restaram comprovadas no processo, requerendo a condenação do acusado nas sanções do art. 171, parágrafo 3º, do Código Penal.

Alegações finais por memoriais pela defesa no evento 37, que negou a autoria dos fatos, arguido que não há provas para condenação, além do depoimento prestado pelo réu no inquérito policial. Argumenta ainda, que o acusado faz uso de medicamentos, bem, como a ausência de má-fé na conduta do réu, requerendo, por fim, a sua absolvição.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Tipicidade

Cuida-se de ação penal pública incondicionada proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL visando à condenação do réu nas sanções do art. 171, *caput* e § 3º, do Código Penal.

Eis o tipo penal do estelionato:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

[...]

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

O **tipo objetivo** é composto pelas condutas obter para si ou para outrem e manter alguém em erro, e das expressões artifício, ardid, meio fraudulento, prejuízo alheio(elementos descritivos), e pelo elemento normativo vantagem ilícita.

O **tipo subjetivo** é composto pelo dolo, que, segundo José Paulo BALTAZAR JÚNIOR (Crimes federais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 70), consubstancia '*a vontade livre e consciente de induzir ou manter a vítima em erro, aliada ao fim específico de obter vantagem ilícita em detrimento da vítima*'.

Tendo do em vista os elementos objetivos e subjetivos do tipo, ao MPF cabia provar: **(1) a obtenção de vantagem; (2) que a vantagem foi ilícita; (3) a utilização de meio fraudulento; (4) a indução do INSS em erro; (5) que a conduta foi apta a gerar prejuízo ao INSS; (6) que o réu foi responsável pela conduta; (7) dolo genérico; (8) que o réu praticou a conduta para obter para si a vantagem indevida.**

A obtenção da **vantagem**, no caso, restou devidamente demonstrado no curso da ação penal, visto ser incontroverso que o réu recebia benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez.

Ao MPF cabia demonstrar que o recebimento desse benefício foi **ilícito**, que o réu não fazia jus a ela.

Pois bem, são requisitos para o recebimento de aposentadoria por invalidez a qualidade de segurado, a carência (quando for exigida) e a incapacidade total e permanente para o trabalho, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

O MPF, a partir da constatação, em janeiro de 2012, de que o réu estava realizando atividade de venda de cigarros em uma banca de 'camelô', entendeu que o réu estava exercendo atividade laborativa e, portanto, não poderia estar recebendo benefício previdenciário. Realizada perícia médica pelo INSS foi

constatada a **inexistência de incapacidade** para o trabalho, a partir de quando o réu não mais recebeu benefício previdenciário.

Partindo-se da premissa que, ao tempo da concessão do benefício, o réu estava mesmo incapaz é de se indagar se há obrigação do réu de informar o INSS acerca de sua recuperação ou de sua volta ao trabalho.

Uma vez concedido o benefício, o aposentado tem obrigação de se submeter a avaliação pericial do INSS para reavaliação da incapacidade para o trabalho, conforme Decreto 3.048/1999:

Art. 46. O segurado aposentado por invalidez está obrigado, a qualquer tempo, sem prejuízo do disposto no parágrafo único e independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

*Parágrafo único. Observado o disposto no **caput**, o aposentado por invalidez fica obrigado, sob pena de suspensão do pagamento do benefício, a submeter-se a exames médico-periciais, a realizarem-se bienalmente.*

No caso deste processo não houve referência à realização de perícia médica no período entre 2007 e 2012. O INSS nunca convocou o réu para reavaliação de seu estado de incapacidade para o trabalho.

De outro lado, estabelece o art. 46 da Lei 8.213/91 que se o aposentado por invalidez **retornar ao trabalho**, o INSS pode, de ofício, cancelar a aposentadoria:

Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.

No caso, como a atividade desenvolvida pelo segurado era informal (banca de camelô), sem o recolhimento de contribuições, o INSS não teve como constatar o retorno ao trabalho.

De outro lado, o cancelamento também pode ocorrer por iniciativa do beneficiário. Neste sentido, o Decreto 3.080/1999 estabelece a **obrigação** do aposentado de solicitar a realização de exame-médico pericial, acaso se julgue apto a voltar ao trabalho:

Art. 47. O aposentado por invalidez que se julgar apto a retornar à atividade deverá solicitar a realização de nova avaliação médico-pericial.

Parágrafo único. Se a perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social concluir pela recuperação da capacidade laborativa, a aposentadoria será cancelada, observado o disposto no art. 49.

O segurado tem, então, a obrigação de comunicar ao INSS a intenção de retornar ao trabalho a fim de que o benefício seja cessado.

No caso, o réu, aposentado por invalidez, passou a exercer atividade remunerada e não comunicou ao INSS tal fato, razão pela qual se manteve recebendo o benefício de 2007 a 2012, quando, enfim, foi ele cessado.

Assim, ao omitir ao INSS a informação de que houve retorno ao exercício de atividade remunerada, o recebimento do benefício de aposentadoria por invalidez no período de 2007 até 2012 foi ilegal.

O **meio fraudulento** teria sido, justamente, a omissão (o silêncio) da informação desse retorno, que levou o INSS a incidir no **erro** de que o réu ainda estava incapacitado para o trabalho.

*[...] 1. Configurado o delito de **estelionato** em detrimento do INSS, sendo que a obtenção da vantagem ilícita restou evidenciada pelos saques dos valores de benefício previdenciário após o óbito do segurado. 2. Não há falar em ausência de dolo, pois, conforme já esclarece a **Exposição de Motivos do Código Penal (item 61)**, o silêncio, 'quando malicioso ou intencional, acerca do preexistente erro da vítima, constitui meio fraudulento característico do estelionato'. 3. Embora não exista uma norma específica determinando a obrigação da família de comunicar o óbito, o fato é que o INSS continuou a pagar o benefício e o acusado, com seu silêncio, manteve-o em erro, o que constitui fraude apta a configurar o crime de **estelionato**. 4. (...). (TRF4, ACR 0004855-74.2009.404.7108, Sétima Turma, Relator Tadaaqui Hirose, D.E. 18/11/2010)*

O **elemento subjetivo do tipo** também restou bem caracterizado nos autos.

Ao buscar a Previdência Social para o recebimento de benefício por invalidez, o réu o fez a partir da experiência pessoal de incapacidade para o exercício de atividade remunerada. Sabia, portanto, que o benefício é pago apenas para quem não tem mais condições de trabalhar. Trata-se de premissa de conhecimento comum aos trabalhadores.

Ao passar a trabalhar como vendedor de mercadorias em banca de 'camelô', o réu já não pode dizer que desconhecia possuir condições para exercer, senão sua função original, mas, pelo menos, a atividade de comerciante. Tanto isso é verdade que, em perícia realizada em 2012, afastou-se sua incapacidade (por depressão) para o trabalho.

Comercializava cigarros contrabandeados, mas poderia ser qualquer produto lícito.

Anoto que o réu já foi flagrado várias vezes exercendo contrabando de cigarros (processos 0000438-13.2011.404.7204, 2008.72.04.001484-2, 2008.72.04.003437-3, 2008.72.04.004352-0 e 5003754-12.2012.404.7204), o que constitui indício de que só estava 'incapaz' (depressivo) para atividade lícita, mas que não estava para o exercício de atividades ilícitas.

Nesse contexto, é inegável que o réu tinha **consciência** de que estava trabalhando (=auferindo renda) e, ao mesmo tempo, recebendo benefício por incapacidade para o trabalho. Inegável, ainda, que, de forma consciente, deixou de comunicar ao INSS acerca de sua nova atividade remunerada e que essa omissão tinha como finalidade manter o recebimento do benefício, ainda que de forma indevida.

Portanto, tenho como demonstrado que o réu de forma consciente e voluntária omitiu ao INSS sua capacidade de trabalho com a finalidade de manter o recebimento indevido de benefício previdenciário por incapacidade.

Antijuridicidade

Demonstrado o fato típico, estabelece-se uma presunção de antijuridicidade, que pode ser afastada por meio da demonstração, por parte do réu, de que agiu em legítima defesa, em estado de necessidade, em exercício regular de direito ou em estrito cumprimento de dever legal.

Tal demonstração não veio aos autos, motivo pelo qual é de se reconhecer a antijuridicidade da conduta e, por consequência, a prática de um crime.

Culpabilidade

Quanto à culpabilidade, pressuposto para aplicação da pena, observo que estão presentes seus elementos: o réu era maior de 18 anos e mentalmente são ao tempo do fato, por isso penalmente imputável; tinha consciência da ilicitude da sua conduta; e, em face das circunstâncias, poderia e deveria ter agido de forma diversa.

Caracterizadas a **tipicidade** e a **antijuridicidade** da conduta e **culpabilidade** do réu, passo à aplicação da pena.

APLICAÇÃO DA PENA

Circunstâncias judiciais

A dosimetria da pena deve ter início com a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Culpabilidade - é '*entendida como o grau de reprovabilidade da conduta*' (STF. AP 470/DF), não se apresenta elementos aptos a justificar a majoração da pena base.

Antecedentes - considera-se como antecedentes os eventos anteriores ao fato criminoso que constitui objeto da presente ação penal, onde tenha restado reconhecida, em sentença penal transitada em julgado, a responsabilidade do réu, ainda que este reconhecimento (sentença) tenha ocorrido após a prática dos fatos em julgamento. No caso do presente processo, verifico haver registro de procedimento criminal em nome do réu (0000438-13.2011.404.7204, 2008.72.04.001484-2, 2008.72.04.003437-3, 2008.72.04.004352-0 e 5003754-12.2012.404.7204), todavia, inapto a ser considerado como maus antecedentes, visto que não transitada em julgado sentença condenatória.

Conduta social - entendida, segundo a jurisprudência, como o comportamento do réu nos papéis de pai, marido, filho, aluno, membro da comunidade, profissional, cidadão (SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal parte geral*. p. 522). Nos autos não há informação provada de que o réu tenha conduta social negativa.

Personalidade - nos autos não há elementos seguros para aferição da personalidade do réu.

Motivos - entendidos como as razões positivas (compaixão, amizade, gratidão, honra, etc) ou negativas (egoísmo, cólera, ganância, vingança, cobiça etc) que moveram a conduta do réu. No caso o motivo foi a ganância, mas que já se encontra abrangida pelo tipo.

Circunstâncias - tanto podem ser positivas quanto negativas. Somente podem ser consideradas como negativas circunstâncias que não estejam abrangidas pelo tipo penal, sob pena ocorrência de indesejável de *bis in idem*. No caso, as circunstâncias foram normais a esse tipo de delito.

Consequências - não se confunde com o resultado previsto no tipo, nem com os seus efeitos diretos. Deve ser entendido como os resultados, previsíveis pelo réu, de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo delito (SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal parte geral*. p. 525). No presente processo, não há circunstâncias a serem consideradas.

Comportamento da vítima - devem ser considerados comportamentos que tenham estimulado/provocado o cometimento do delito e comportamentos que tenham dificultado o cometimento do crime. Não há comportamento da vítima a ser considerado em razão da natureza do delito praticado.

Ausentes vetoriais negativas, fixo a pena base em 1 ano de reclusão.

Circunstâncias legais

Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Causas de especial aumento ou diminuição

Vencidas as duas primeiras etapas da aplicação da pena, passa-se a terceira fase, onde são consideradas as causas de especial aumento e diminuição de pena.

Presente a causa de aumento de pena prevista no § 3º do art. 171 do Código Penal, uma vez que o crime foi cometido contra o INSS, a pena deve ser majorada em 4 meses (=1/3)

A pena privativa de liberdade, portanto, resta definitiva em 1 ano e 4 meses de reclusão.

Pena de multa

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua **Quarta Seção**, firmou entendimento de que a fixação da pena de multa obedece ao sistema bifásico.

Na primeira fase, apura-se o montante de dias-multa, considerando-se **todos** os elementos de aumento e diminuição considerados na apuração da pena corporal. Deve-se, portanto, ter como base **o montante definitivo** da pena privativa de liberdade aplicada ao condenado. Neste sentido o seguinte precedente:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. PENA DE MULTA CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO.

1. A fixação da pena de multa deve obedecer o sistema bifásico. No primeiro momento, determina-se o número de dias-multa, onde deve ser guardada uma proporcionalidade com a sanção corporal imposta. No segundo momento, fixa-se o valor de cada dia-multa, oportunidade em que deve ser considerada a situação financeira do condenado, onde poderá ser aumentada ao triplo, caso o máximo previsto apresente-se ineficaz, em razão da condição econômica do réu, conforme inteligência dos arts. 49, § 1º e 60, § 1º, ambos do Código Penal.

2. A aplicação da pena de multa deve observar proporcionalidade com a sanção privativa imposta definitivamente, compreendendo todos os fatores nela valorados (circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição), inclusive o aumento pela continuidade, ou seja, a simetria a ser guardada não deve ser apenas em relação à pena-base, não se aplicando, todavia, a regra do art. 72 do CP.

*(TRF4, EINACR 2002.71.13.003146-0, **Quarta Seção**, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, publicado em 04/06/2007).*

O atendimento dessa diretriz implica em calcular a proporção que representa a **pena aplicada** em relação ao mínimo e ao máximo da **pena do tipo** e em reproduzir essa proporção frente ao mínimo (10 dias-multa) e máximo (360 dias-multa) da pena de multa. Esclarece o TRF da 4ª Região:

[...] deve haver simetria entre a pena privativa da liberdade aplicada e a pena de multa aplicada.

Ora, a pena privativa da liberdade cominada, ao delito em tela, é de 2 a 6 anos de reclusão.

A pena concretamente aplicada, in casu, é de 3 anos e 6 meses de reclusão.

Houve, portanto, um acréscimo de 1 ano e 6 meses, em relação à pena mínima cominada.

Esse acréscimo corresponde a 37,5% da variação, de 4 (quatro) anos, entre as penas mínima e máxima cominadas.

Logo, o acréscimo à pena mínima de multa cominada (10 dias, deve ser de 37,5% da variação (350 dias-multa) entre as penas mínima (10 dias-multa) e máxima (360 dias-multa) de multa cominadas.

Ora, 37,5% de 350 dias-multa é igual a 131 dias-multa.

131 dias-multa de acréscimo, somados ao mínimo (10 dias-multa), resulta no total de 141 dias-multa. [...]

(TRF4, ACR 2003.04.01.043076-4, Sétima Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 02/12/2009).

Considerando os limites mínimo e máximo da pena privativa de liberdade prevista abstratamente no tipo, os limites mínimo e máximo da pena de multa (10 a 360 dias-multa) e o *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada, **fixo a pena de multa em 39 dias-multa**.

Na segunda fase da aplicação da pena de multa deve-se estabelecer o **valor de cada dia-multa** (entre 1/30 e 05 vezes o maior salário mínimo, conforme art. 49, §1º, do CP), observando-se, unicamente, as condições financeiras do condenado.

No caso dos autos, as informações existentes dão conta de que o réu não possui patrimônio ou ganhos significativos, razão pela qual, fixo o valor do dia-multa em 1/30 do salário-mínimo no valor vigente em janeiro de 2012, data da consumação do crime.

Regime inicial de cumprimento de pena

A fixação do regime de cumprimento da pena segue as regras do art. 33 do Código Penal. *Verbis*:

Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena **superior a 8** (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

*b) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja **superior a 4** (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*

*c) o condenado **não reincidente**, cuja pena seja **igual ou inferior a 4** (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Considerando que a pena privativa de liberdade fixada foi inferior a 4 anos e que o réu é, tecnicamente, primário, o regime inicial de cumprimento de pena deverá ser o **aberto**.

Restritiva de direitos

Nos termos do art. 44 do Código Penal, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (a) aplicada pena privativa de liberdade **não superior a quatro anos** e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (b) o réu não for reincidente em crime doloso; (c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

No caso dos autos, trata-se de crime doloso, cuja pena aplicada foi inferior a quatro anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça e o réu não é reincidente em crime doloso. As circunstâncias judiciais não são negativas.

Presentes, portanto, os requisitos do art. 44 do Código Penal a pena privativa de liberdade aplicada deve ser substituída por **duas** penas restritivas de direito (art. 44, § 2º, do CP).

A primeira consistente em **prestação pecuniária** (art. 43, I, do CP) no valor de **R\$ 5.000,00**, corrigidos monetariamente a partir da data de publicação desta sentença até o efetivo pagamento, na forma a ser definida pelo juízo da execução. Aplicam-se os índices de correção monetária para débitos judiciais gerais adotados no Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal.

A segunda consistente em **prestação de serviços à comunidade** (art. 43, IV, do CP), pelo prazo de 1 ano e 4 meses, na forma a ser definida pelo juízo da execução.

A substituição por prestação pecuniária se justifica na medida em que a motivação do delito foi o de manter o recebimento de valores que lhe eram indevidos.

Já a prestação de serviços à comunidade, além de representar reparação parcial dos danos sofridos pela sociedade em razão do delito, serve como meio eficaz à promoção das finalidades prevenção específica e geral da pena.

Em caso de conversão, o regime será aquele já fixado nesta sentença.

Reparação dos danos

A condenação à reparação dos danos decorrentes do crime imposta pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal, tem aplicação imediata aos processos em curso, visto tratar-se, segundo o Superior Tribunal de Justiça, de norma '*de natureza processual*'.

PROCESSUAL PENAL. INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. APLICABILIDADE À AÇÃO PENAL EM CURSO QUANDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA FOR PROFERIDA EM DATA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008.

1. A regra estabelecida pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, aplica-se a processos em curso.

2. *Inexistindo nos autos elementos que permitam a fixação do valor, mesmo que mínimo, para reparação dos danos causados pela infração, o pedido de indenização civil não pode prosperar, sob pena de cerceamento de defesa.*

3. *Recurso especial conhecido, mas improvido.*

(REsp 1176708/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012)

Mais recentemente, o **Superior Tribunal de Justiça** esclareceu de que se trata de '*norma híbrida - direito material e processual*', de modo que tem aplicação aos processos em curso desde que se refiram a crimes cometidos a partir de sua vigência, ocorrida em **22/08/2008**. (60 dias após publicação no DOU em 23.6.2008)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. IRRETROATIVIDADE DO ART. 387, IV, DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.719/2008.

A regra do art. 387, IV, do CPP, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, aplica-se somente aos delitos praticados depois da vigência da Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. Isso porque se trata de norma híbrida - de direito material e processual - mais gravosa ao réu, de sorte que não pode retroagir. Precedente citado: REsp 1.206.635-RS, Quinta Turma, DJe 9/10/2012. REsp 1.193.083-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 20/8/2013.

De outro lado, entende o Superior Tribunal de Justiça que a fixação dos danos depende de pedido do Ministério Público, ou da parte interessada, devidamente instruído com elementos de prova aptos à fixação do valor dos danos a serem reparados, bem como para propiciar o contraditório. Cito precedentes:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS DECORRENTES DE CRIME.

Para que seja fixado na sentença valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, com base no art. 387, IV, do CPP, é necessário pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e a concessão de oportunidade de exercício do contraditório pelo réu. Precedentes citados: REsp 1.248.490-RS, Quinta Turma, DJe 21/5/2012; e Resp 1.185.542-RS, Quinta Turma, DJe de 16/5/2011. REsp 1.193.083-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 20/08/2013, DJe 27/8/2013.

PROCESSUAL PENAL. INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP.

APLICABILIDADE À AÇÃO PENAL EM CURSO QUANDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA FOR PROFERIDA EM DATA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008.

1. A regra estabelecida pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, aplica-se a processos em curso.

2. Inexistindo nos autos elementos que permitam a fixação do valor, mesmo que mínimo, para reparação dos danos causados pela infração, o pedido de indenização civil não pode prosperar, sob pena de cerceamento de defesa.

3. Recurso especial conhecido, mas improvido.

(REsp 1176708/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012)

[...]

5. Para que seja fixado na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima, com base no art. 387, inciso IV, do Código Penal, deve haver pedido formal nesse sentido pelo ofendido, além de ser oportunizada a defesa pelo réu, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

[...]

(EDcl no REsp 1286810/RS, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 26/04/2013).

No caso do presente processo não houve pedido do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL de condenação do réu à reparação dos danos decorrentes da conduta criminosa.

Sursis

Descabe a suspensão condicional da pena, tendo em vista que a pena privativa de liberdade foi substituída, conforme vedação do art. 77, III, do Código de Processo Penal:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na denúncia para:

1) **CONDENAR** o **APOSENTADO RÉU** à pena privativa de liberdade de **1 ano e 4 meses de reclusão**, a ser cumprida em regime inicial **aberto**, e à pena de multa de **39 dias-multa**, no valor individual de **1/30** do salário mínimo vigente em janeiro de 2012, em razão da prática do crime previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal combinado com o § 3º do art. 171 do Código Penal.

2) **SUBSTITUIR** a pena privativa de liberdade imposta ao réu por **duas** penas restritivas de direito (art. 44, § 2º, do CP), sendo uma de prestação pecuniária (art. 43, I, do CP), no valor de **R\$ 5.000,00** e outra de prestação de serviços à comunidade (art. 43, IV, do CP) pelo período de **1 ano e 4 meses**, ambas a serem cumpridas na forma que será definida pelo juízo da execução. Aplicam-se os índices de correção monetária para débitos judiciais gerais adotados no Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal.

3) **CONDENAR** o réu ao pagamento das custas processuais.

Fixo os honorários advocatícios do **defensor dativo** em R\$ 507,17 (quinhentos e sete reais e dezessete centavos), em obediência ao estabelecido na Tabela I do Anexo I da Resolução 558/2007 do Conselho da Justiça Federal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se

Criciúma, 18 de setembro de 2014.

GERMANO ALBERTON JUNIOR
Juiz Federal na Titularidade Plena

Documento eletrônico assinado por **GERMANO ALBERTON JUNIOR, Juiz Federal na Titularidade Plena**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfsc.jus.br/gedpro/verifica/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **6180807v12** e, se solicitado, do código CRC **39927FB9**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Germano Alberton Junior

Data e Hora: 18/09/2014 17:21