HABEAS CORPUS Nº 477.077 - RS (2018/0290037-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	JOSE MAURICIO BRACCINI
ADVOGADO	:	JOSÉ MAURÍCIO BRACCINI - RS023180
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	:	FATIMA TERESA BRACCINI

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de FATIMA TERESA BRACCINI contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferido na Apelação n. 5001556-38.2017.4.04.7103, assim ementado:

> *"PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO CONTRA O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. ARTIGO 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SAQUES DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE TRATO SUCESSIVO APÓS MORTE DA TITULAR. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REPARAÇÃO DOS DANOS. EXECUÇÃO IMEDIATA. DESPROVIMENTO.*
>
> *1. Para a configuração do delito de estelionato é necessário o emprego, pelo agente, do meio fraudulento e a obtenção de vantagem ilícita, para si ou para outrem, em prejuízo alheio.*
>
> *2. O conjunto probatório demonstra a obtenção de vantagem ilícita pela denunciada, em prejuízo do Instituto Nacional do Seguro Social, consistente em saques indevidos de valores referentes a benefício previdenciário após o óbito da titular.*
>
> *3. Devidamente provados a materialidade, a autoria e o dolo na conduta da agente, e sendo o fato típico, antijurídico e culpável, considerando a inexistência de causas excludentes de ilicitude ou exculpantes, impõe-se a manutenção da condenação da ré pela prática do delito de estelionato majorado.*
>
> *4. Presentes os requisitos exigidos pelo artigo 44, caput, e § 2º do Código Penal, adequada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária.*
>
> *5. O enunciado sumular 122 deste Regional, aderindo à orientação do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292, Plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17-5-2016), entendimento confirmado no julgamento das medidas cautelares nas ADC 43 e 44 (05-10-2016), bem como reafirmado em sede de repercussão geral (ARE 964246 RG,*

Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 25-11-2016), autoriza que a decisão de segundo grau irradie, integralmente, seus efeitos, é dizer, em toda a extensão do que tiver sido provido pelo julgamento, uma vez (a) decorrido o prazo para interposição de Embargos Infringentes e de Nulidade ou para oposição de Embargos de Declaração, nos casos em que esses forem cabíveis, ou (b) se tiverem sido apresentados tais recursos, (b.1) não forem admitidos pelo Relator, (b.2) assim que forem julgados.

6. Diante de pedido expresso na denúncia, em obediência ao disposto no enunciado sumular 131 deste Colegiado, mantida a fixação de valor mínimo a título de reparação do dano, nos termos da sentença.

7. Apelação criminal defensiva desprovida." (fl. 33)

Os dois embargos de declaração a seguir opostos foram rejeitados.

Na presente impetração, sustenta que não teria ficado comprovado que a paciente teria praticado o delito pelo qual foi condenada.

Requer, em liminar e no mérito, o reconhecimento da nulidade do processo.

A liminar foi indeferida às fls. 279/28.

Informações prestadas às fls. 295/298 e 310/313.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* às fls. 300/308.

É o relatório.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, sustenta o impetrante a ausência de prova da autoria e materialidade do delito de estelionato.

Com efeito, verifica-se que o Tribunal *a quo* manteve incólume o decreto condenatório sob os seguintes fundamentos:

3. Materialidade A materialidade da infração penal em julgamento restou atestada pelos seguintes elementos:

(a) Relatório dos créditos recebidos indevidamente

relativos ao benefício de amparo social ao idoso de Felizbina Pereira, no período de maio de 2008 a dezembro de 2014, totalizando o montante de R$62.403,68 (sessenta e dois mil, quatrocentos e três reais e sessenta e oito centavos), valor este atualizado até fevereiro de 2015 (evento 1, OUT3, fls. 8-10, 16 e 18-21, do Inquérito Policial 211/2015-4-DPF/UGA/RS);

(b) Certidão de óbito de Felisbina Pereira, datada de 19-5-2008 (evento 9, OFIC2, idem);

(c) Ofício encaminhado pelo responsável da agência do Banrisul de Uruguaiana, segundo o qual, em cumprimento do pedido de quebra de sigilo bancário (evento 14, EMAIL3, idem):

> 'Segue, em anexo, extrato da conta nº 35.040224.0-0 agência 0430, de Felisbina Pereira, desde 20/05/2008. Trata-se de conta com titularidade única, com procuração inscrita em nosso sistema em 24/05/2006, outorgando poderes para a Sra. Fátima Teresa Braccini (...) movimentá-la. A conta está paralisada desde janeiro/2015 (...). Verificamos que houve solicitação de cartão em 03/05/2011 e retirada do mesmo em 17/05/2011. Acreditamos que a solicitação e a retirada devem ter sido efetuados pela procuradora, porém não temos como confirmar esta informação (...).'

(d) Extrato bancário da titular do benefício assistencial (evento 14, EXTR4, idem);

(e) Contas de luz de maio e junho de 2012 em nome de Mário Soares Flores, contendo o mesmo endereço da titular do benefício assistencial, pagas com valores da referida conta bancária (evento 26, OFIC2, idem).

A despeito da irresignação defensiva, verifico que os documentos acima elencados demonstram a efetiva ocorrência do delito em comento, haja vista a comprovação da existência de créditos previdenciários, debitados na conta da titular após o seu falecimento, e de saques indevidos dos valores, acarretando na obtenção de vantagem ilícita em detrimento da Autarquia Previdenciária.

No tocante à alegação de ausência de judicialização das provas coligidas aos autos, tenho que não merece amparo. Explico.

O artigo 155 do Código de Processo Penal assim dispõe:

> 'O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.'

Depreende-se, pois, que o aludido dispositivo permite que a condenação esteja amparada em provas não repetíveis, o que se

verifica no caso em tela. Os documentos obtidos na fase investigatória, uma vez trazidos aos autos, foram submetidos ao contraditório - ainda que diferido - e à ampla defesa, dando-lhes força de prova documental passível de ser validamente considerada no processo de formação da convicção do julgador singular.

Nessa linha, coaduno com os fundamentos expostos em sede de contrarrazões ministeriais, in verbis (evento 59 do processo originário):

> 'O contraditório, em relação à prova documental, dá-se como consequência da própria juntada aos autos e subseqüente vista à parte contrária, o que efetivamente ocorreu, uma vez que a defesa teve vista dos autos e participou de todos os atos processuais. Vê-se, portanto, que não se pode afirmar - como fez a defesa - que inexiste qualquer prova produzida sob o crivo do contraditório capaz de sustentar o juízo de condenação, pois a prova documental existente nos autos é absolutamente válida, tendo sido, inclusive, submetida ao contraditório, que no caso é diferido (...). Por certo, apesar de serem produzidos antes da existência da demanda judicial, tais documentos, ao ingressarem no processo, submetem-se ao crivo do contraditório e da ampla defesa tão logo a parte ré seja intimada a manifestar-se sobre eles.'

[...]

Destarte, superada a tese defensiva e delineada a materialidade delitiva, passo à análise da autoria e do dolo.

4. Autoria e dolo Assim como a materialidade, são evidentes a autoria e o dolo da denunciada, inobstante alegação em contrário. Nesse sentido, tenho que o juízo a quo bem solveu a questão, de modo que, a fim de evitar tautologia, adoto sua fundamentação como razões de decidir (evento 45 do processo originário):

> 'O inquérito policial que deu origem à presente ação penal foi instaurado após o INSS identificar diversos benefícios previdenciários que haviam sido pagos posteriormente ao óbito do respectivo titular. Dentre eles constava o benefício n° 109.555.270-5, pago em favor de Felisbina Pereira, falecida em 19/05/2008, conforme atestou a Certidão de Óbito (ev. 9, OFIC2 dos autos do IP n° 5002625-76.2015.4.04.7103).
>
> As informações extraídas do sistema INFBEN confirmam que Felisbina Pereira, titular do benefício n° 1095552705, inscrita no CPF sob o n° 830.480.900-10, passou a receber o benefício denominado 'AMPARO SOCIAL AO IDOSO' desde 22/10/1998, sendo pago regularmente até seu óbito (ev. 1, OUT3, pág. 1 dos autos

do IP n° 5002625- 76.2015.4.04.7103).

Por sua vez, relatório simplificado de 'cálculo e atualização monetária dos valores recebidos indevidamente' discrimina as mensalidades do benefício pagas a partir do óbito. Os pagamentos irregulares, ocorridos de maio de 2008 a novembro de 2014, totalizam o montante de R$ 53.832,00 (cinquenta e três mil oitocentos e trinta e dois reais), corrigido até a data da confecção do cálculo (ev. 1, OUT3, págs. 8/10 dos autos do IP n° 5002625-76.2015.4.04.7103).

Após identificar a irregularidade, o INSS remeteu ofício ao Banco do Estado do Rio Grande do Sul, instituição por meio da qual era pago o benefício de Felisbina, solicitando a restituição dos valores depositados na conta da titular. Em resposta, o banco remeteu ofício informando que 'na data de hoje não há valor disponível na conta 3504022400 em nome de Felizbina Pereira. Até o recebimento desse ofício o banco não era conhecedor do óbito da correntista.'. A instituição financeira, portanto, confirmou que os valores haviam sido sacados por terceiro após o óbito da beneficiária (ev. 1, OUT3, pág. 24 dos autos do IP n° 5002625-76.2015.4.04.7103).

Consoante se depreende dos elementos trazidos aos autos, divergência na grafia do nome da titular nos registros do INSS (Felizbina Pereira) e no registro de óbito (Felisbina Pereira) foi o provável motivo pelo qual o sistema da autarquia previdenciária não efetuou a cessação do benefício de forma automática. Assim, o pagamento foi mantido por erro.

A materialidade do delito, portanto, é inegável, tratando-se de questão singela. Não há dúvidas de que após o óbito da segurada Felisbina Pereira terceira pessoa, durante aproximados seis anos, tirou proveito de equívoco no sistema da autarquia previdenciária e continuou a sacar o benefício, ocasionando prejuízo de mais R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao INSS.

Não há dúvidas, igualmente, de que Fátima Teresa Braccini é a autora do delito.

Nos autos do incidente n° 5000733-98.2016.404.7103 restou deferida a quebra de sigilo bancário de Felisbina Pereira. Em cumprimento à medida, o Banrisul remeteu informações à Polícia Federal revelando que a conta possuía, desde 24/05/2006, o cadastro de Fátima Teresa Braccini como procuradora. Informou, ainda, que em 03/05/2011 foi realizada a solicitação de um novo cartão da conta, tendo sido retirado em 17/05/2011 (ev. 14, EMAIL3 dos autos do IP n° 5002625-76.2015.4.04.7103).

O cotejo da documentação também apontou que o endereço de Fátima Braccini (Rua XV de novembro, n° 2240) é o mesmo declarado por Felisbina Pereira perante o Banrisul, dando indícios de que Fátima seria a responsável por cuidar da idosa. Tal fato constitui forte indício de que o cartão magnético solicitado após o óbito de Felisbina tenha sido enviado para este endereço, já que constante no cadastro do banco e, consequentemente, tenha sido recebido exatamente por Fátima.

Além disso, os extratos bancários revelaram uma série de saques realizados em máquinas de autoatendimento, praticamente todos os meses após o óbito de Felizbina. Também foi identificado o pagamento de duas faturas de energia elétrica em 02/07/2012 e 02/08/2012 (ev. 21, EMAIL3 dos autos do IP n° 5002625-76.2015.4.04.7103).

Em resposta a diligência da PF, a AES SUL, concessionária do serviço público de energia elétrica, informou que as faturas pagas diretamente na conta de Felisbina Pereira referiam-se ao imóvel localizado na Rua Prado Lima, Travessa 01, n° 105, ap. 01, de titularidade de Mário Soares Flores (ev. 26, OFIC2 dos autos do IP n° 5002625- 76.2015.4.04.7103).

Em vista disso, procedeu-se à inquirição de Marli Maria Cardoso Flores - esposa de Mário Soares Flores -, a qual informou que seu marido faleceu em maio de 2016. Relatou que Mário alugava o imóvel constante das contas de luz, não sabendo afirmar quem residia no local em 2012, e informando que seu marido não 'fazia contrato de aluguel' (ev. 28, DECL2 dos autos do IP n° 5002625-76.2015.4.04.7103).

Por outro lado, ao consultar a base de dados da Receita Federal, a Polícia Federal identificou que a ré Fátima Teresa Braccini já havia declarado perante o órgão fazendário exatamente o mesmo endereço que consta das contas de luz - Travessa Elautério Flores, n° 105, ap. 01, bairro São João, em Uruguaiana/RS -, as quais haviam sido pagas com o cartão de Felisbina Pereira (ev. 30, REL_FINAL_IPL2, pág. 5 dos autos do IP n° 5002625-76.2015.4.04.7103).

Considerando: i. que a denunciada Fátima Teresa Braccini era procuradora de Felisbina Pereira cadastrada perante o Banrisul; ii. que três anos após a morte da beneficiária foi solicitado um novo cartão da conta bancária, provavelmente tendo sido entregue no mesmo endereço de Fátima; iii. e, principalmente, que foi identificado o pagamento de contas de luz em imóvel que constava como endereço de Fátima perante a Receita

> Federal, fazendo-se uso do cartão bancário de Felisbina, pode-se concluir com segurança que efetivamente era Fátima quem fazia uso do cartão magnético vinculado à conta de Felisbina.
>
> O conjunto probatório trazido aos autos, portanto, evidencia que desde o óbito de Felisbina a ré Fátima valeu-se da condição de procuradora junto ao Banrisul para obter vantagem mediante o recebimento indevido do benefício de amparo social ao idoso.
>
> Registro que, distintamente do que alega a defesa, independentemente da atribuição do Cartório de Registro Civil de Pessoas naturais de comunicar o óbito ao INSS, é dever também do responsável pela gestão patrimonial do titular do benefício noticiar o falecimento. A conduta daquele que, intencionalmente, silencia acerca da cessação do fato gerador do pagamento do benefício, a fim de continuar obtendo a vantagem que passou a ser indevida, constitui omissão dolosa em manter em erro. Tipifica-se, assim, o delito de estelionato.' (Grifei)

Nada impede que o órgão revisor se convença das razões lançadas pela instância originária e as adote como fundamento de decidir, pois é livre o convencimento judicial. Desde que as transcreva em seu voto, estão declinados os motivos que conduziram o seu convencimento. Aliás, assim pode proceder com as razões de quaisquer dos sujeitos processuais (acusação, defesa, órgão julgador, órgão ministerial).

Com efeito, tenho que os elementos probatórios coligidos aos autos são cristalinos no sentido da autoria e do dolo delitivo de Fátima.

Em seu interrogatório judicial, a denunciada exerceu o direito ao silêncio, nada esclarecendo a respeito dos fatos (evento 34, VÍDEO2, do feito originário). Nada obstante, corolário lógico da admissão de um saque póstumo é o fato de a ré ter a posse e o conhecimento da senha do cartão magnético da titular do benefício, pois somente assim seria possível o levantamento dos valores. No caso, Fátima figurou desde 2006, antes, portanto, do óbito de Felisbina, como procuradora de Felisbina junto à instituição bancária, ao que se conclui que certamente era conhecedora das quantias creditadas mensalmente pela Autarquia Previdenciária e que possuía os dados do cartão, permanecendo inerte propositalmente ao deixar de comunicar o óbito ao Instituto Nacional do Seguro Social com o escopo de continuar percebendo o benefício assistencial da de cujus.

> '(...) pode o silêncio malicioso e intencional consistir em meio fraudulento, quando houver o dever de falar ou informar algo (TRF4, AC 20000401005775-4, Élcio, TE, u., DJ 14.8.02; TRF4, AC 20037204008413-5,

> P. Afonso, 8ª T., u., 3.12.08). Lembro que o próprio CC, em seu art. 147, estabelece que: 'Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado'.
>
> É o caso de quem, na condição de procurador ou de posse do cartão magnético e sabedor da senha, percebe benefício em nome de parente falecido (TRF4, AC 19990401002980-8, Eloy Justo (Conv.), 1ª T., u., DJ 17.1.01; TRF4, AC 20017100012648-0-RS, Penteado, 8ª T., u., 2.10.03; TRF5, AC 990502096-9, Paulo Lima, 2ª T., u., 23.4.02; TRF5, RVCR 20050500036937-8, Erhardt, Pl., m., 17.1.07).' (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes federais. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 175-6 - grifei)

Ademais, embora inexista nos autos documento que ateste a pessoa efetivamente responsável pela retirada do novo cartão magnético da conta de Felisbina, o endereço constante no cadastro do banco é o mesmo declarado por Fátima junto à Receita Federal, sendo, por conseguinte, plenamente crível a tese de que foi a ré quem recebeu o dispositivo.

Desse modo, resta indene de dúvidas que a denunciada procedeu à retirada dos numerários creditados posteriormente ao falecimento de Felisbina Pereira, mantendo-se silente de modo fraudulento, a fim de sacar quantia que a ela não cabia por direito.

No tocante aos elementos subjetivos do tipo, para a configuração do crime de estelionato é imprescindível que haja, além do dolo (vontade de praticar a conduta, consciente o agente que está iludindo a vítima), a finalidade específica, consubstanciada em obter vantagem ilícita para si ou para outrem. Na hipótese, o dolo na conduta de Fátima mostrou-se evidente, pois que retirou indevidamente, de forma livre e consciente, valores da conta bancária referentes a benefício assistencial de outrem.

Diante desse quadro (evento 59, idem):

> 'É oportuno salientar que, consoante exposto na sentença do juízo a quo, independentemente da atribuição do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais de comunicar o óbito ao INSS, é dever também do responsável pela gestão patrimonial do titular do benefício noticiar o falecimento. A conduta daquele que, intencionalmente, silencia acerca da cessação do fato gerador do pagamento do benefício, a fim de continuar obtendo a vantagem que passou a ser indevida, constitui omissão dolosa em manter em erro.' (Grifei)

Portanto, conclui-se que a ré perpetrou, de forma livre e consciente, a conduta delituosa descrita na exordial acusatória, no intuito de obter vantagem ilícita consistente no saque do montante supramencionado. Nestes termos, porque ausente qualquer circunstância que exclua a tipicidade, a antijuridicidade ou a culpabilidade, afigura-se incensurável a bem fundamentada sentença, devendo ser mantida a condenação de Fátima Teresa Braccini como incursa no delito do artigo 171, §3º, do Código Penal (fls. 199/205).

Dessa forma, constata-se que a análise do pleito absolutório demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. COMÉRCIO EFETIVO. PRESCINDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do crime de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006 não podem ser apreciadas por este Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente).

[...]

5. Habeas corpus não conhecido (HC 422.908/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. QUANTIDADE DO ENTORPECENTES NÃO EXPRESSIVA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO NO MÁXIMO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do

writ

2. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar à conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

[...]

7. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções (HC 400.059/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017).

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator