

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005156-03.2007.4.03.6111/SP

2007.61.11.005156-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal NINO TOLDO
REL. ACÓRDÃO : Desembargadora Federal CECILIA MELLO
APELANTE : Justica Publica
APELANTE : V. H. B. J.
ADVOGADO : SP141378 SERGEI COBRA ARBEX
: SP111980 TAYON SOFFENER BERLANGA
APELADO(A) : OS MESMOS
No. ORIG. : 00051560320074036111 2 Vr MARILIA/SP

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DECADÊNCIA PARCIAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO GENÉRICO. ENTIDADE BENEFICENTE NA ÁREA DA SAÚDE. ADMINISTRADOR NÃO REMUNERADO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DÚVIDA QUANTO AO DOLO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA.

1. Parte das competências abrangidas pela NFLD já haviam sido alcançadas pela decadência tributária por ocasião de sua lavratura. Inteligência da Súmula Vinculante nº 8 do STF.
2. Materialidade e autoria comprovadas. O próprio réu admitiu, em seu interrogatório, que era o responsável pela administração da empresa, inclusive pela condução da parte financeira.
3. O elemento subjetivo no delito do art. 168-A do Código Penal, para todas as figuras, é o dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de não recolher a contribuição social cujo repasse aos cofres públicos era um dever legal, bem como o não pagamento de benefício cujo valor tenha sido reembolsado pela previdência social. Não se exige, como na apropriação indébita, o dolo específico, ou seja, a vontade livre e consciente de ter coisa alheia que se sabe ser de outrem (*animus rem sibi habendi*). Precedentes.
4. No caso concreto há fundadas dúvidas a respeito da existência de vontade livre e consciente, da parte de praticar a conduta prevista no tipo penal.

5. Esta Turma possui sedimentada jurisprudência no sentido de que o dolo exigido para a configuração do delito ora em exame é o genérico e não o específico, de sorte que não se exige do agente o animus rem sibi habendi.
6. Também é pacífico, neste colegiado, que as dificuldades financeiras do empregador não justificam a apropriação indébita das contribuições descontadas dos salários dos empregados.
7. De igual sorte, não há divergência neste órgão a respeito da improcedência do argumento conforme o qual o empregador precisou, em razão da precariedade financeira, eleger prioridades para manter em atividade seu negócio.
8. Contudo, o caso dos autos encerra situação diversa, que apresenta peculiaridades que não podem ser desconsideradas. Não se discute que os administradores de entidades beneficentes e sem fins lucrativos estejam a salvo do tipo penal em questão.
9. O conjunto probatório indica que a Associação não estava conseguindo honrar com seus compromissos. A Associação é uma entidade sem fins lucrativos, de caráter beneficente, mantida pelo Sistema Único de Saúde, o que denota seus parcos rendimentos. Foi compelida a aumentar o seu quadro de pessoal para atender as exigências estabelecidas pelo Ministério da Saúde, sem que houvesse o correspondente aumento do aporte oferecido pelo SUS, o que, possivelmente, contribuiu para as dificuldades financeiras pelas quais vem passando.
10. Tendo em vista a essencialidade do serviço oferecido pelo Hospital Psiquiátrico mantido pela Associação, não seria razoável exigir que seu gestor, diante das dificuldades financeiras, priorizasse o pagamento dos encargos tributários em detrimento dos pacientes. Assim, pode-se constatar que, de fato, a apropriação das contribuições previdenciárias deu-se sob o manto da inexigibilidade de conduta diversa, vez que não havia outra alternativa plausível.
11. Nessas condições e remanescendo dúvida a respeito da existência do dolo de praticar a conduta delituosa, impõe-se absolver o acusado, com fundamento no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal.
12. Ante o exposto, de ofício, absolvo o réu, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação feita pelo Ministério Público Federal de prática do crime previsto art. 168-A, § 1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, com relação às competências de janeiro de 1999 a dezembro de 2000. Quanto às competências remanescentes, dou provimento ao recurso do réu para absolvê-lo com fulcro no art. 386, VI do CPP e julgo prejudicado o recurso ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DE OFÍCIO, ABSOLVER O RÉU, COM FUNDAMENTO NO ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DA IMPUTAÇÃO FEITA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DE PRÁTICA DO CRIME PREVISTO ART. 168-A, § 1º, I, C.C. O ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, COM RELAÇÃO ÀS COMPETÊNCIAS DE JANEIRO DE 1999 A DEZEMBRO DE 2000, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E, QUANTO ÀS COMPETÊNCIAS REMANESCENTES, POR MAIORIA, DECIDIU DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU PARA ABSOLVÊ-LO COM FULCRO NO ART. 386, VI DO CPP E JULGAR PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL, NOS TERMOS DO VOTO DIVERGENTE DA DES. FED. CECILIA MELLO, COM QUEM VOTOU O DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI, VENCIDO O RELATOR QUE DAVA PROVIMENTO À APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA ELEVAR A PENA-BASE PARA 3 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E 15 (QUINZE) DIAS-MULTA, NEGAVA PROVIMENTO AO RECURSO DE V. H. B. J. E, DE OFÍCIO, RECONHECIA A CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO, REDUZIA A PENA IMPOSTA EM 1/6 (UM SEXTO) E FIXAVA A PENA DEFINITIVA DO APELANTE EM 4 (QUATRO) ANOS E 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 20 (VINTE) DIAS-MULTA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2016.

CECILIA MELLO
Relatora para o acórdão

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a):	MARIA CECILIA PEREIRA DE MELLO:10057
Nº de Série do Certificado:	7DBF4B4E05D00880
Data e Hora:	11/07/2016 15:14:33

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005156-03.2007.4.03.6111/SP

2007.61.11.005156-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal NINO TOLDO
APELANTE : Justica Publica
APELANTE : V. H. B. J.
ADVOGADO : SP141378 SERGEI COBRA ARBEX
: SP111980 TAYON SOFFENER BERLANGA
APELADO(A) : OS MESMOS
No. ORIG. : 00051560320074036111 2 Vr MARILIA/SP

VOTO-VISTA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI:

Inicialmente, consigno que o e. Desembargador Federal NINO TOLDO elaborou minudente relatório à fl. 508, ao qual me reporto nesta manifestação.

Na sessão de julgamento realizada no dia 24/05/2016, esta Egrégia Décima Primeira Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão (fl. 513):

"Após o voto do Relator, no sentido de dar provimento à apelação do Ministério Público Federal, para elevar a pena-base para 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, negar provimento ao recurso de V. H. B. J. e, de ofício, absolver o réu, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação feita pelo Ministério Público Federal de prática do crime previsto no art. 168-A, §1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, com relação às competências de janeiro de 1999 a dezembro de 2000 e reconhecer a circunstância atenuante da confissão, reduzindo a pena imposta em 1/6 (um sexto) e fixar a pena definitiva do apelante em 04 (quatro) anos e 02 (meses) de reclusão e 20 (vinte) dias-multa; e do voto da Des. Fed. Cecília Mello, no sentido de dar provimento ao recurso do réu para absolvê-lo com fulcro no art. 386, VI, do CPP e julgar prejudicado o recurso ministerial, pediu vista dos autos o Des. Fed. José Lunardelli, ficando suspenso o julgamento do feito."

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão relativa à tese defensiva de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

Imputa-se ao réu, na condição de administrador da "Associação Beneficente Espírita de Garça", a prática do crime definido no artigo 168-A, §1º, I, do Código Penal, em continuidade delitiva, teria deixado de recolher à Previdência Social, no prazo legalmente assinalado, as contribuições descontadas de segurados empregados, relativas às competências de janeiro de 1999 a agosto de 2006 (denúncia de fls. 72/73).

Acompanho integralmente o E. Relator quanto à absolvição do acusado em relação aos fatos ocorridos entre janeiro de 1999 a dezembro de 2000 (NFLD nº 35.784.672-9), com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, e quanto ao reconhecimento da materialidade e da autoria do crime do art. 168-A, §1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, quanto às competências remanescentes, nos termos dos bem lançados fundamentos do voto condutor.

Todavia, com a devida vênia, acompanho a divergência inaugurada pela Exma. Des. Fed. Cecília Mello quanto ao reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, pelos fundamentos que passo a expor.

Para que reste caracterizada a inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal de excludente da culpabilidade, as aperturas pelas quais passam a empresa devem ser de tal ordem que coloquem em risco a própria existência do negócio, uma vez que apenas a impossibilidade financeira devidamente comprovada nos autos pode justificar a omissão nos recolhimentos.

In casu, as justificativas utilizadas pelo réu para o não recolhimento das contribuições denotam que não havia outro modo de manter a Associação em funcionamento.

Com efeito, as provas amealhadas aos autos demonstram debilidade financeira que afetou e comprometeu a referida Associação, pela qual o réu é responsável, no cumprimento de suas obrigações sociais e tributárias. No particular, destaco o seguinte trecho do voto divergente:

"O réu, em seu interrogatório judicial, afirmou que o não recolhimento das contribuições se deu, em virtude da precária situação financeira enfrentada pela associação desde 1994. Que o hospital psiquiátrico depende do repasse de verbas do Governo, mas elas são insuficientes e muitas vezes ocorrem impontualidade no pagamento. Disse que o SUS impõe exigências, mas não honra com os compromissos assumidos com a associação, a qual chegou a vender parte expressiva de suas instalações para saldar débitos tributários. Afirmou que o hospital

"atende todas as doenças ligadas à psiquiatria, que a Associação atende pacientes do SUS e particulares e recentemente fez convênio com a UNIMED, esclarece que os pacientes da UNIMED podem ficar internados pelo plano de saúde por 30 dias, mas em alguns casos a internação se prorroga e esses pacientes tem conseguido na Justiça a continuidade na internação, mas a Associação não vem recebendo da UNIMED o valor correspondente" (fls. 223/225).

Por sua vez, a testemunha da defesa Fabio Camargo da Silva, em seu depoimento em Juízo, asseverou:

"exerço a função de auxiliar contábil. O acusado ainda é administrador do hospital. Tenho acesso às contas da associação em razão de minha função. Por ser beneficente o hospital depende das verbas do SUS para cumprir com suas obrigações. A verba do SUS não é suficiente para o cumprimento de todos os compromissos. O hospital não tem outra verba além da proveniente do SUS e de convênio com a Unimed. Mesmo somando as duas fontes não há como suprir as despesas do hospital. Em razão da falta de verba, a associação não cumpriu com obrigações junto a fornecedores. É rotineira a necessidade de renegociação das dívidas junto a fornecedores. Em 1994, houve modificação das diretrizes do SUS, acarretando redução dos repasses. O acusado, como administrador, sempre recorre a empréstimos bancários para cumprimento das obrigações perante funcionários." (fls. 220).

Os documentos acostados demonstram que os recolhimentos não foram efetuados em razão das extremadas dificuldades financeiras e comprovada dificuldade para manter-se em atividade.

Houve adesão ao REFIS (pedido em 2000), posterior exclusão por inadimplimento, pedido de reinclusão, venda de parte um imóvel, tudo conforme documentação idônea juntada aos autos. Trata-se de hospital beneficente que depende exclusivamente da verba do SUS e de convenio com a UNIMED, sendo que o resultado é sempre deficitário. Há, ainda, balanços patrimoniais evidenciando prejuízos vultosos que, embora não acobertem todo o período abrangido pela denúncia, demonstram a existência de prejuízos em exercício anterior."

O conjunto probatório, portanto, indica que a Associação não estava conseguindo honrar com seus compromissos. A Associação é uma entidade sem fins lucrativos, de caráter beneficente, mantida pelo Sistema Único de Saúde, o que denota seus poucos rendimentos. Foi compelida a aumentar o seu quadro de pessoal para atender as exigências estabelecidas pelo Ministério da Saúde, sem que houvesse o correspondente aumento do aporte oferecido pelo SUS, o que, possivelmente, contribuiu para as dificuldades financeiras pelas quais

vem passando. Destaco ainda que são notórias as agruras pelas quais passam as entidades de saúde que dependem do financiamento do SUS.

Tendo em vista a essencialidade do serviço oferecido pelo Hospital Psiquiátrico mantido pela Associação, não seria razoável exigir que seu gestor, diante das dificuldades financeiras, priorizasse o pagamento dos encargos tributários em detrimento dos pacientes. Assim, pode-se constatar que, de fato, a apropriação das contribuições previdenciárias deu-se sob o manto da inexigibilidade de conduta diversa, vez que não havia outra alternativa plausível.

Por essas razões, entendo demonstrado nos autos os requisitos para a aplicação da causa supralegal de exclusão de culpabilidade.

Nesse sentido jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

"PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 95, "D", DA LEI 8.212/91 C/C ART. 71 DO CP. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Em que pese demonstradas a materialidade e autoria delituosas, havendo sido devidamente comprovado que a empresa da apelada encontrava-se em situação de dificuldade financeira tal que impossibilitava o recolhimento das contribuições previdenciárias, deve ser mantida a absolvição com fundamento no art. 386, V, do CPP (com a redação dada pela Lei n. 11.690, de 2008). 2. Recurso da acusação não provido".

(TRF1 - ACR 200638000263597 - Rel. Juiz Fed. Conv. Klaus Kuschel - e-DF1 29.01.10).

"PENAL E CONSTITUCIONAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DEMONSTRAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. I - Pratica o delito previsto no art. 168-A no Código Penal Brasileiro o empregador que desconta contribuição previdenciária de seus empregados e deixa de recolhê-la aos cofres da Previdência. II - A autoria e a materialidade ficaram sobejamente comprovadas pelos documentos acostados aos autos, que atestam a falta de recolhimento das contribuições previdenciárias, dando, assim, sustentação à materialidade da apropriação indébita previdenciária. III - Existência de provas cabais quanto à alegada dificuldade econômica da empresa, no período em que foi administrada por um dos acusados, reconhecendo-se a causa excludente de sua culpabilidade, qual seja, inexigibilidade de conduta diversa. IV - A majorante da continuidade delitiva deve ser aplicada em seu grau médio, quando a pena-base foi

posta também no grau médio, ou em patamar nele aproximado. V - Apelação do Ministério Público Federal desprovida. Apelação do réu parcialmente provida, para reduzir-lhe a pena imposta na sentença" (TRF1 - ACR 200138030023986 - Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro - e-DFJ1 29.01.10).

Com tais considerações, acompanho o E. Relator para, de ofício, absolver o réu, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da prática do crime do art. 168-A, § 1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, em relação às competências de janeiro de 1999 a dezembro de 2000, e, quanto às competências remanescentes, acompanho a divergência inaugurada pela Exma. Des. Fed. Cecilia Mello, no sentido de dar provimento ao recurso para absolver o réu da prática do delito do art. 168-A, §1º, I, com supedâneo no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

É como voto.

JOSÉ LUNARDELLI

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a):	JOSE MARCOS LUNARDELLI:10064
Nº de Série do Certificado:	71D062F09822A461
Data e Hora:	30/06/2016 19:14:53

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005156-03.2007.4.03.6111/SP

2007.61.11.005156-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal NINO TOLDO
APELANTE : Justica Publica
APELANTE : V. H. B. J.
ADVOGADO : SP141378 SERGEI COBRA ARBEX
: SP111980 TAYON SOFFENER BERLANGA
APELADO(A) : OS MESMOS
No. ORIG. : 00051560320074036111 2 Vr MARILIA/SP

DECLARAÇÃO DE VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO: O Ministério Público Federal e a defesa de V. H. B. J. interpuseram recurso em face da sentença de fls. 423/439, proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Marília/SP que condenou o segundo recorrente à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 168-A, § 1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal.

Segundo a denúncia, o réu, "na qualidade de administrador da 'Associação Beneficente Espírita de Garça', deixou de recolher à Previdência Social, no prazo legal, as contribuições descontadas de segurados empregados, referentes ao período entre janeiro/1999 e agosto/2006", tendo sido lavrada, em consequência, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 35.784.672-9 (fls. 72/73).

Inconformado, o Ministério Público Federal recorreu pleiteando, em síntese, o aumento da pena .

Por sua vez, o réu apelou, sustentando que: (i) não agiu com dolo, pois "inexiste o animus de apropriação"; (ii) "a Associação Beneficente Espírita de Garça, que mantém o Hospital Psiquiátrico André Luiz, enfrenta acentuada crise financeira há muito tempo", o que determinou a prática delitiva; (iii) "os documentos apresentados demonstram cabalmente que os repasses do SUS não possibilitavam à administração pagar ao menos a folha líquida de salários dos funcionários e fornecedores de insumos mínimos no período indicado na denúncia".

Alternativamente, requer a redução da pena imposta (fls. 454/469).

O e. Relator, em seu judicioso voto, deu provimento à apelação do Ministério Público Federal, para elevar a pena-base para 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, e negou provimento ao recurso de V. H. B. J. e, de ofício, absolveu o réu, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação feita pelo Ministério Público Federal de prática do crime previsto art. 168-A, § 1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, com relação às competências de janeiro de 1999 a dezembro de 2000 e reconheceu a circunstância atenuante da confissão, reduzindo a pena imposta em 1/6 (um sexto), tornando definitiva a pena em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Divirjo do e. Relator na parte não alcançada pela decadência por entender que no caso concreto há fundadas dúvidas a respeito da

existência de vontade livre e consciente, da parte de praticar a conduta prevista no tipo penal.

Inicialmente, esta Turma possui sedimentada jurisprudência no sentido de que o dolo exigido para a configuração do delito ora em exame é o genérico e não o específico, de sorte que não se exige do agente o animus rem sibi habendi.

Também é pacífico, neste colegiado, que as dificuldades financeiras do empregador não justificam a apropriação indébita das contribuições descontadas dos salários dos empregados.

De igual sorte, não há divergência neste órgão a respeito da improcedência do argumento conforme o qual o empregador precisou, em razão da precariedade financeira, eleger prioridades para manter em atividade seu negócio.

Contudo, o caso dos autos encerra situação diversa, que apresenta peculiaridades que não podem ser desconsideradas.

Não se discute que os administradores de entidades beneficentes e sem fins lucrativos estejam a salvo do tipo penal em questão.

Todavia, emerge das atas juntadas aos autos (fls. 245 e ss) que o Presidente do referido nosocômio não é remunerado e trabalha na prestação de serviço voluntário, circunstâncias que, no meu entender, demandam que a análise da prova do dolo e da alegada insuficiência financeira seja feita à vista de todas as peculiaridades e particularidades que envolvem esse tipo de entidade e, em concreto, a 'Associação Beneficente Espírita de Garça' - Hospital Psiquiátrico André Luiz.

O réu, em seu interrogatório judicial, afirmou que o não recolhimento das contribuições se deu, em virtude da precária situação financeira enfrentada pela associação desde 1994. Que o hospital psiquiátrico depende do repasse de verbas do Governo, mas elas são insuficientes e muitas vezes ocorrem impontualidade no pagamento. Disse que o SUS impõe exigências, mas não honra com os compromissos assumidos com a associação, a qual chegou a vender parte expressiva de suas instalações para saldar débitos tributários. Afirmou que o hospital "atende todas as doenças ligadas à psiquiatria, que a Associação atende pacientes do SUS e particulares e recentemente fez convênio com a UNIMED, esclarece que os pacientes da UNIMED podem ficar internados pelo plano de saúde por 30 dias, mas em alguns casos a internação se prorroga e esses pacientes tem conseguido na Justiça a

continuidade na internação, mas a Associação não vem recebendo da UNIMED o valor correspondente" (fls. 223/225).

Por sua vez, a testemunha da defesa Fabio Camargo da Silva, em seu depoimento em Juízo, asseverou:

"exerço a função de auxiliar contábil. O acusado ainda é administrador do hospital. Tenho acesso às contas da associação em razão de minha função. Por ser beneficente o hospital depende das verbas do SUS para cumprir com suas obrigações. A verba do SUS não é suficiente para o cumprimento de todos os compromissos. O hospital não tem outra verba além da proveniente do SUS e de convênio com a Unimed. Mesmo somando as duas fontes não há como suprir as despesas do hospital. Em razão da falta de verba, a associação não cumpriu com obrigações junto a fornecedores. É rotineira a necessidade de renegociação das dívidas junto a fornecedores. Em 1994, houve modificação das diretrizes do SUS, acarretando redução dos repasses. O acusado, como administrador, sempre recorre a empréstimos bancários para cumprimento das obrigações perante funcionários." (fls. 220).

Os documentos acostados demonstram que os recolhimentos não foram efetuados em razão das extremadas dificuldades financeiras e comprovada dificuldade para manter-se em atividade.

Houve adesão ao REFIS (pedido em 2000), posterior exclusão por inadimplemento, pedido de reinclusão, venda de parte um imóvel, tudo conforme documentação idônea juntada aos autos. Trata-se de hospital beneficente que depende exclusivamente da verba do SUS e de convenio com a UNIMED, sendo que o resultado é sempre deficitário. Há, ainda, balanços patrimoniais evidenciando prejuízos vultosos que, embora não acobertem todo o período abrangido pela denúncia, demonstram a existência de prejuízos em exercício anterior.

Em suma, o quadro desenhado nos autos trouxe no meu espírito, fundada dúvida acerca da existência do dolo e de outra alternativa que pudesse ter sido seguida pelo réu.

No meu entender, a prova testemunhal produzida, apenas uma testemunha, funcionário que atuava na área contábil - confirmou o conteúdo da documentação acostada.

Embora o réu pudesse ainda ter apresentado outros documentos de maneira a afastar qualquer indagação sobre a situação do Hospital, certo é que a documentação constante dos autos traz sérias dúvidas

acerca da existência de dolo na ação do acusado, o que, por si só, já é capaz de levar à sua absolvição.

A corroborar o exposto, não há notícia de que o réu haja praticado má gestão, sendo crível que efetivamente tenha tido que sacrificar alguns encargos - inclusive o das contribuições em questão - a fim de manter em funcionamento o hospital.

Reitero que não se está a afirmar que os administradores de entidades beneficentes e sem fins lucrativos estejam a salvo da conduta de deixar de recolher as contribuições descontadas dos salários dos seus empregados.

Porém, como estamos julgando uma imputação penal e aferindo a prática de um crime doloso, não posso deixar de assentar a incerteza resultante da fragilidade da prova a seu respeito.

Dentro desse contexto, revelo minha profunda dúvida a respeito da existência de vontade livre e consciente, da parte do apelante de praticar a conduta prevista no tipo penal.

Ante o exposto, de ofício, absolvo o réu, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação feita pelo Ministério Público Federal de prática do crime previsto art. 168-A, § 1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, com relação às competências de janeiro de 1999 a dezembro de 2000. Quanto às competências remanescentes, dou provimento ao recurso do réu para absolvê-lo com fulcro no art. 386, VI do CPP e julgo prejudicado o recurso ministerial.

É o voto.

CECILIA MELLO
Relatora

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a):	MARIA CECILIA PEREIRA DE MELLO:10057
Nº de Série do Certificado:	7DBF4B4E05D00880
Data e Hora:	22/06/2016 15:40:53

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005156-03.2007.4.03.6111/SP

2007.61.11.005156-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal NINO TOLDO
APELANTE : Justica Publica
APELANTE : V. H. B. J.
ADVOGADO : SP141378 SERGEI COBRA ARBEX
: SP111980 TAYON SOFFENER BERLANGA
APELADO(A) : OS MESMOS
No. ORIG. : 00051560320074036111 2 Vr MARILIA/SP

RELATÓRIO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

(Relator): Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal e pela defesa de V. H. B. J. em face da sentença proferida pela 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marília/SP que o condenou à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 168-A, § 1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal (fls. 423/439).

A denúncia, recebida em 29.07.2009 (fls. 76/77), narra que o réu, "*na qualidade de administrador da 'Associação Beneficente Espírita de Garça', deixou de recolher à Previdência Social, no prazo legal, as contribuições descontadas de segurados empregados, referentes ao período entre janeiro/1999 e agosto/2006*", tendo sido lavrada, em consequência, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 35.784.672-9 (fls. 72/73).

A sentença foi publicada em 10.09.2010 (fls. 440).

O Ministério Público Federal recorreu, pleiteando, em síntese, o aumento da pena (fls. 445/446).

O réu apelou, sustentando que: (i) não agiu com dolo, pois "*inexiste o animus de apropriação*"; (ii) "*a Associação Beneficente Espírita de Garça, que mantém o Hospital Psiquiátrico André Luiz, enfrenta acentuada crise financeira há muito tempo*", o que determinou a prática delitiva; (iii) "*os documentos apresentados demonstram cabalmente que os repasses do SUS não possibilitavam à administração pagar ao menos a folha líquida de salários dos funcionários e fornecedores de insumos mínimos no período indicado na denúncia*". Caso mantida a condenação, requereu a redução da pena imposta (fls. 454/469).

Contrarrazões recursais apresentadas a fls. 450/452 e 472/480.

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso do Ministério Público Federal e pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 482/488).

O crédito tributário formalizado em face da *Associação Beneficente Espírita de Garça* foi inscrito em dívida ativa em 14.05.2009, conforme ofício anexado a fls. 502/503.

É o relatório.

À revisão.

NINO TOLDO
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a):	NINO OLIVEIRA TOLDO:10058
Nº de Série do Certificado:	4E280B4612C2E3B1
Data e Hora:	29/03/2016 18:11:45

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005156-03.2007.4.03.6111/SP

2007.61.11.005156-3/SP

RELATOR : Desembargador Federal NINO TOLDO
APELANTE : Justica Publica
APELANTE : V. H. B. J.
ADVOGADO : SP141378 SERGEI COBRA ARBEX
: SP111980 TAYON SOFFENER BERLANGA
APELADO(A) : OS MESMOS
No. ORIG. : 00051560320074036111 2 Vr MARILIA/SP

VOTO

O SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal e pela defesa de V. H. B. J. em face da sentença que o condenou pela prática do crime de apropriação indébita previdenciária.

Preliminarmente, anoto que parte das competências abrangidas pela NFLD nº 35.784.672-9 já haviam sido alcançadas pela decadência tributária por ocasião de sua lavratura.

Com efeito, a Súmula Vinculante nº 8, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em 12.06.2008, dispõe: "*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário*".

No caso em exame, a NFLD foi lavrada e aperfeiçoada em 14 de dezembro de 2006 (fls. 11 dos autos apensos). Por meio dessa notificação, foi constituído crédito relativo a período anterior a dezembro de 2000, tendo em vista que a Receita Federal entendia, com base no art. 45 da Lei nº 8.212/91, dispor do prazo decadencial de 10 (dez) anos para apurar e constituir os seus créditos.

Com a declaração de inconstitucionalidade da norma especial, o prazo decadencial de que dispõe o órgão arrecadador para constituir os créditos previdenciários é de 5 (cinco) anos, nos termos dos arts. 149, V, e 173, I, do Código Tributário Nacional, por se tratar, na hipótese, de lançamento de ofício, cujo termo inicial deve ser considerado o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser realizado.

Como a NFLD nº 35.784.672-9, cujo crédito foi constituído apenas em 14.12.2006, englobou período anterior a dezembro de 2000 - com prazo decadencial em 31.12.2005 - essa constituição ocorreu quando já não mais dispunha o órgão fiscalizador de legitimidade para efetuar o lançamento, em razão de ter se operado a decadência, devendo o lançamento, portanto, ser considerado nulo em relação a esse período (*janeiro de 1999 a dezembro de 2000*).

Portanto, em relação às competências que tiveram o crédito constituído sem a observância do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, é nula a NFLD nº 35.784.672-9, apresentada pela acusação como prova da materialidade do crime. Assim, conclui-se que, em razão da decadência, não há comprovação da materialidade do delito para parte do período indicado na denúncia (*janeiro de 1999 a dezembro de 2000*), remanescendo a prova da **materialidade** quanto às demais competências indicadas na autuação (*janeiro de 2001 a agosto de 2006*).

Não há dúvida acerca da **autoria** do delito. Aliás, o próprio réu admitiu, em seu interrogatório, que era o responsável pela administração da associação, inclusive pela condução da parte financeira (fls. 223/225).

No que diz respeito ao **dolo**, é pacífica a inexigibilidade do dolo específico no tipo em exame. Com efeito, o elemento subjetivo no delito do art. 168-A do Código Penal, para todas as figuras, é o dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de não recolher a contribuição social cujo repasse aos cofres públicos era um dever legal, bem como o não pagamento de benefício cujo valor tenha sido reembolsado pela previdência social.

Não se exige, como na apropriação indébita, o dolo específico, ou seja, a vontade livre e consciente de ter coisa alheia que se sabe ser de outrem (*animus rem sibi habendi*).

Nesse sentido é a orientação do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, *"[a]o contrário do crime de apropriação indébita comum, o delito de apropriação indébita previdenciária não exige, para sua configuração, o animus rem sibi habendi"* (RHC nº 88.144/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 04.04.2006, DJU 16.06.2006, Seção 1, p. 28).

Igualmente firme nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: *"[o] dolo , nesses delitos, esgota-se com a simples omissão, pois não se pretende a causação de resultado algum. Daí porque a jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de não exigir o fim especial de agir do agente, o dolo específico, não havendo de se demonstrar o animus rem sibi habendi para a caracterização do delito"* (REsp nº 510.742/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 09.12.2005, DJU 13.02.2006, Seção 1, p. 855).

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região também segue essa orientação, tendo decidido que, *"[p]ara a caracterização do crime de apropriação indébita previdenciária, basta o dolo genérico (não havendo que se falar em dolo específico), devendo ser classificado como crime omissivo próprio e para sua consumação, basta o não recolhimento da exação"* (HC nº 2004.03.00029510-6, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Cotrim Guimarães, j. 9.11.2004, D.J.U. 11.03.2005, Seção 2, p.247).

Portanto, não há que se falar em dolo específico no crime de apropriação indébita previdenciária, sendo exigido apenas o dolo genérico, que está caracterizado na conduta do recorrente.

Pertinente destacar que o crime de apropriação indébita previdenciária possui natureza **formal**, sendo prescindível, portanto, a ocorrência de eventual resultado naturalístico para a sua consumação. Justamente por isso, a alegação de que não houve a efetiva utilização, em proveito próprio, da contribuição não repassada é irrelevante no caso concreto.

Também não se aplica na hipótese dos autos a tese de **inexigibilidade de conduta diversa**.

Ao ser interrogado, V. afirmou que o não recolhimento das contribuições se deu, em virtude da precária situação financeira enfrentada pela associação desde 1994. Que o hospital psiquiátrico depende do repasse de verbas do Governo, mas elas são insuficientes e muitas vezes ocorrem impontualidade no pagamento. Disse que o SUS impõe exigências, mas não honra com os compromissos assumidos com a associação, a qual chegou a vender parte expressiva de suas instalações para saldar débitos tributários. Afirmou que o hospital *"atende todas as doenças ligadas à psiquiatria, que a Associação atende pacientes do SUS e particulares e recentemente fez convênio com a UNIMED, esclarece que os pacientes da UNIMED podem ficar internados pelo plano de saúde por 30 dias, mas em alguns casos a internação se prorroga e esses pacientes tem conseguido na Justiça a continuidade na internação, mas a Associação não vem recebendo da UNIMED o valor correspondente"* (fls. 223/225).

A testemunha da defesa *Fabio Camargo da Silva* disse:

"exerço a função de auxiliar contábil. O acusado ainda é administrador do hospital. Tenho acesso às contas da associação em razão de minha função. Por ser beneficente o hospital depende das verbas do SUS para cumprir com suas obrigações. A verba do SUS não é suficiente para o cumprimento de todos os compromissos. O hospital não tem outra verba além da proveniente do SUS e de convênio com a Unimed. Mesmo somando as duas fontes não há como suprir as despesas do hospital. Em razão da falta de verba, a associação não cumpriu com obrigações junto a fornecedores. É rotineira a necessidade de renegociação das dívidas junto a fornecedores. Em 1994, houve modificação das diretrizes do SUS, acarretando redução dos repasses. O acusado, como administrador, sempre recorre a empréstimos bancários para cumprimento das obrigações perante funcionários." (fls. 220).

Embora a testemunha tenha confirmado a instabilidade financeira enfrentada pela associação, não foram anexados aos autos documentos

hábeis a comprovar a absoluta impossibilidade de se efetuar o repasse das contribuições no período mencionado na denúncia.

Os balanços patrimoniais e as declarações de informações econômico-fiscais anexados aos autos indicam que a associação apresentou prejuízos. Todavia, não foram produzidas provas que fundamentassem a excludente de culpabilidade invocada.

Competia à defesa juntar aos autos documentos, contemporâneos aos fatos, que alicerçassem a versão do acusado. Não houve prova dos recorrentes atrasos dos repasses governamentais; das negociações junto a fornecedores; da venda relatada; dos empréstimos bancários realizados.

Poderia ter sido produzida, ainda, farta prova testemunhal. No entanto, optou a defesa por arrolar apenas duas testemunhas (fls. 103) e houve a desistência da oitiva de uma delas (fls. 219).

É nítida a fragilidade probatória, que, no caso, deve ser imputada ao próprio réu, tendo em vista que "*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*" (CPP, art. 156).

Assim, deve ser mantida a condenação, pois o acusado não provou que, concretamente, não havia alternativa ao não-recolhimento das contribuições.

Passo ao reexame da **dosimetria da pena**.

Primeira fase

Na primeira fase, o juízo de primeira instância fixou a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, considerando favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Prospera o inconformismo do Ministério Público Federal, uma vez as consequências do crime, expressas pelo vultoso valor não recolhido aos cofres da previdência - *mais de R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais) em dezembro de 2006* -, justificam e recomendam a exasperação da pena-base. Assim, elevo a pena em $\frac{1}{2}$ (metade), fixando a pena em 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, pois se mostra mais adequada e proporcional ao injusto por ele praticado.

Segunda fase

Na segunda fase, o Juízo *a quo* não considerou nenhuma circunstância atenuante ou agravante. Todavia, reconheço a ocorrência da circunstância atenuante da **confissão**, pois as declarações do apelante, proferidas em sede de interrogatório judicial, foram expressamente consideradas pelo juiz sentenciante ao fundamentar a condenação.

Ressalto, ademais, que o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a confissão, mesmo quando imbuída de teses defensivas, discriminantes ou exculpantes, deve ser considerada na graduação da pena, nos termos do art. 65, III, "d", do Código Penal. Veja-se, a título exemplificativo, o seguinte precedente:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. PERSONALIDADE. RAZÕES DISSOCIADAS. FUNDAMENTAÇÃO OBJETIVA. AUSÊNCIA. AGRAVANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. INCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO.
(...)

III - A jurisprudência recente desta eg. Corte Superior firmou o entendimento de que a confissão qualificada, pela qual são suscitadas outras teses defensivas, discriminantes ou exculpantes, enseja a incidência da circunstância atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, devendo ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena. Precedentes.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1336976/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. 03.03.2015, DJe 12.03.2015)

Assim, tendo em vista que as declarações do réu não podem ser desconsideradas para efeito de atenuação da pena, ainda que seja uma confissão qualificada, reconheço a sua caracterização.

Assim, reduzo em 1/6 (um sexto) a pena-base aplicada, resultando, nessa fase, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Terceira fase

Na terceira fase da dosimetria, o Juízo *a quo* fez incidir a causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal, à razão de 2/3 (dois terços). A fixação do aumento da pena em razão da continuidade delitiva deve ser proporcional à quantidade de ações perpetradas. Esta Corte tem decidido que "*para uma melhor individualização das penas, este colegiado adotou os seguintes parâmetros: de dois meses a um ano de omissões de recolhimentos, 1/6 (um sexto) de acréscimo; acima de*

um ano e até dois anos, 1/5 (um quinto); acima de dois anos e até três anos, 1/4 (um quarto); acima de três anos e até quatro anos, 1/3 (um terço); acima de quatro anos e até cinco anos, 1/2 (um meio); e acima de cinco anos, 2/3 (dois terços) de aumento" (ACR 0000040-45.2005.4.03.6124/SP. Segunda Turma. Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos. j. 15.05.2012. e-DJF3 Judicial 1 24.05.2012).

No caso, a prática delitiva estendeu-se por sessenta e oito meses (*janeiro de 2001 a agosto de 2006*). Portanto, em razão da continuidade delitiva, fica mantido o aumento em 2/3 (dois terços), totalizando a pena de **4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa**, a qual torno definitiva, visto que não ocorrem outras causas de aumento ou de diminuição.

Mantenho no mínimo legal o valor de cada dia-multa.

Fixo o **regime semiaberto** para início do cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 33, § 2º, "b", e § 3º).

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não estão preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Posto isso, **DOU PROVIMENTO** à apelação do Ministério Público Federal, para elevar a pena-base para 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de V. H. B. J.. **De ofício**, absolvo o réu, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação feita pelo Ministério Público Federal de prática do crime previsto art. 168-A, § 1º, I, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, com relação às competências de janeiro de 1999 a dezembro de 2000 e reconheço a circunstância atenuante da confissão, reduzindo a pena imposta em 1/6 (um sexto). Em razão disso, a pena definitiva do apelante fica fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, na forma da fundamentação supra.

É o voto.

NINO TOLDO
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a):

NINO OLIVEIRA TOLDO:10058

Nº de Série do Certificado:	4E280B4612C2E3B1
Data e Hora:	24/05/2016 14:12:07
