



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5010322-95.2017.4.04.7001/PR

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

APELANTE: [REDACTED] (RÉU)

ADVOGADO: GABRIEL BERTIN DE ALMEIDA (OAB PR024837)

ADVOGADO: CLAUDIA DA ROCHA (OAB PR084637)

ADVOGADO: ANA BEATRIZ DA LUZ (OAB PR088352) APELADO:

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

VOTO

1. Apropriação indébita previdenciária

1.1. Tipicidade

O crime de apropriação indébita previdenciária encontra-se assim previsto no Código Penal:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. - grifei

Comete o delito o agente que deixa de repassar, no prazo legal, as contribuições destinadas à Previdência Social que tenham sido recolhidas dos contribuintes.

No caso em análise, a conduta narrada amolda-se formalmente ao tipo penal do art. 168-A, §1º, inc I, do Código Penal, uma vez que não foram repassadas à Previdência Social as contribuições previdenciárias descontadas dos contribuintes vinculados à empresa [REDACTED]

relativas às competências de 09/2011 a 12/2013.

1.2. Materialidade e autoria

1.2.1. A materialidade restou demonstrada pelos seguintes documentos constantes do IPL nº 5014042-41.2015.4.04.7001: a) Representação para Fins Penais (evento 1, PORT_INST_IPL1, p. 7-9), b) DEBCAD nº 51.059.269-4 (evento 18, ANEXO1, p. 30-72) e c) Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (evento 18, ANEXO1, p. 73-98).

Tais documentos comprovam que, no período supracitado, contribuições previdenciárias descontadas dos segurados vinculados à pessoa jurídica deixaram de ser repassadas ao INSS, totalizando o montante de R\$ 2.942.388,03 (dois milhões, novecentos e quarenta e dois mil, trezentos e oitenta e oito reais e três centavos) que, incluídos os consectários, alcançou R\$ 5.564.180,02 (cinco milhões, quinhentos e sessenta e quatro mil, cento e oitenta reais e dois centavos).

1.2.2. Tratando-se de tributo devido pela pessoa jurídica, a autoria é atribuída, em regra, ao efetivo responsável pela sua administração: isto é, à pessoa que, comprovadamente, exerce a gestão empresarial, que detém o poder de comando, de decisão sobre a prática ou não da conduta delituosa. A imputação ao administrador, inclusive, resta autorizada pela Lei nº 8.137/90:

Art. 11: Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

A responsabilização criminal daquele que não atua nos atos finais, como na espécie, com razão é muito debatida da doutrina e na jurisprudência. Por todos os julgados, pertine fazer referência ao paradigmático julgamento da Ação Penal nº 470/STF (caso "Mensalão"), tratado como teoria do domínio do fato. Daquele precedente, faço uso das considerações lançadas pela e. Ministra Rosa Weber:

Quando há vários concorrentes, tem-se de esclarecer qual a carga de aporte de cada um deles para a cadeia causal do crime imputado. Caso contrário, será impossível aplicar a teoria monista contida no artigo 29 do Código Penal. Entretanto, diversa a situação quando se apontam comportamentos típicos praticados por uma pessoa jurídica. Aí, necessário apenas verificar pelo contrato social ou, na falta deste, pela realidade factual, quem detinha o poder de mando no sentido de direcionar as atividades da empresa.

Mal comparando, nos crimes de guerra punem-se, em geral, os generais estrategistas que, desde seus gabinetes, planejam os ataques, e não os simples soldados que os executam, sempre dominados pela subserviência da inerente subordinação. Do mesmo modo nos crimes empresariais a imputação, em regra, deve recair sobre os dirigentes, o órgão de controle, que traça os limites e a qualidade da ação que há de ser desenvolvida pelos demais. Ensina Raul Cervini:

"Por consiguiente, para la imputación es decisivo el dominio por organización del hombre de atrás. Su autoría mediata termina solo em aquel punto en el que "faltan los presupuestos precisamente en esse dominio por organización"" (El Derecho Penal de La Empresa Desde Una Visión Garantista, Ed. Bdef, Montevideo, 2005, p. 145).

Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico.

Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. Volta-se ao magistério do uruguaio Raul Cervini:

"En ese caso, el ejecutor es un mero instrumento ciego Del hombre de atrás y, entonces parece posible imputar la autoría mediata a éste." (ob. cit. p. 146)

Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção juris tantum de autoria.

Tais considerações são feitas em função da suscitada - e rechaçada nulidade da denúncia por não individualizar as condutas dos delitos imputados aos dirigentes à testa da empresa, especialmente do Banco Rural.

Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delitosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador.

Na hipótese sub judice, é de clareza meridiana o que a denúncia atribui ao Banco Rural, especificando todo o roteiro das atuações no sentido de desacatar as regras exigíveis no tráfico regular das operações bancárias, de modo a tipificar o crime de gestão fraudulenta.

Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de CLAUS ROXIN sobre a configuração do domínio do fato:

"Bajo la influencia de su maestro, JAKOBS, han discutido DERKSEN y LESCH la necesidad de resolución comun del hecho de la coautoría.

A su juicio, "basta una resolución de ajustarse, por mérito de la cual el interviniente que no ejecuta directamente, pero colabora configurando, enlaza su aportación con el obrar del executor". En la acción conjunta de varias partes del hecho, estos autores llevan a cabo una imputación objetiva en la que no há de atenderse a elementos subjetivos como el de la resolución común del hecho. No cabe compartir este planteamiento, puesto que la "comisión conjunta" requerida por la ley (§ 25.2) presupone un dominio del hecho conjunto y, por tanto, una división del trabajo consciente por ambas partes." (Autoria y Dominio Del Hecho en Derecho Penal, Ed. Marcial Pons, 2000, Barcelona, p. 733)

Essa resolução consciente e conjunta partiu, na espécie, da direção do Banco Rural, como atesta a prova colhida.

Não subsiste, pois, o argumento de que omissa a denúncia, a prejudicar a defesa. Aliás, pelos termos em que vazadas as alegações finais, denunciado algum deixou de saber com exatidão do que estava sendo acusado. A denúncia é clara quanto ao conjunto de fatos dos autores individuais e a responsabilidade pelas ações delituosas empresariais, o que se mostra suficiente ao exercício da ampla defesa.

A teoria do domínio do fato, como gênero, deve ser aplicada no caso de crimes cometidos pelos altos dirigentes de entidades empresariais na sua espécie conhecida como domínio das organizações. Diferentemente da teoria do domínio do fato - cujo intuito principal é distinguir de maneira precisa as figuras do autor e do partícipe -, a teoria do domínio da organização, também desenvolvida por Claus Roxin, situa-se como forma autônoma de autoria mediata, em que o líder da organização, dotado de poder de mando ("homem de trás"), determina a prática delitiva, podendo ser responsabilizado por esta.

Embora a adoção da teoria do domínio das organizações tenha surgido em contexto bastante específico, a partir dos crimes havidos no estado totalitário alemão, tenho que a mesma bem explica a atuação do autor mediato (o homem de trás) no contexto de crimes praticados por intermédio de organizações.

Explicando a posição de Roxin sobre o tema, na perspectiva do direito alemão, Alaor Leite assevera que o domínio das organizações ocorre quando "o homem de trás (a) dominar um aparato organizado de poder desvinculado da ordem jurídica e (b) possuir poder de mando, (c) pode emitir ordens que serão cumpridas por executores fungíveis, e é exatamente o domínio dessa estrutura organizacional com funcionamento automático que transformaria, segundo Roxin, em autor mediato dos delitos perpetrados pelos executores imediatos". (LEITE, Alaor. in Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. Luis Greco ...[et alli]. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 139/140).

Não se ignora que a posição de Alaor Leite, frente ao direito brasileiro, colocaria o tema na perspectiva de crime omissivo impróprio, na forma do art. 13, § 2º, do Código Penal.

Todavia, a "importação da teoria" para a teoria no direito brasileiro, para bem explicar a questão da autoria mediata de crimes no meio de empresas que acaba por realizar atividades ilícitas, por meio de seus mais elevados administradores, parece-me apropriada, ainda que originalmente ela exigisse apropriação ilícita das estruturas do Estado.

Mas, de qualquer forma, não basta que o agente ocupe posição de proeminência hierárquica na estrutura da organização, mas que reste demonstrado que ele efetivamente participa na tomada de decisão, ainda que não realize pessoalmente os elementos tipificadores do crime, mas determine ou permite que seus subordinados hierárquicos o façam, para atender determinação do "homem de trás" e no interesse da organização.

Cumpre destacar que esta Corte já abraçou a teoria do domínio da organização em julgamentos anteriores:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. (...) AUTORIA. TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. (...) 7. A autoria do crime de apropriação indébita previdenciária é atribuída ao administrador que, à época dos fatos, exercia a gerência do empreendimento. 8. Diante da insuficiência das categorias tradicionais de co-autor e partícipe para a atribuição da responsabilidade penal individual, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, construiu-se, doutrinariamente, o conceito de autor mediato, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização, o que sobressai mormente quando o superior hierárquico "sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que su propio subordinado" (DIEZ, Carlos Gómez-Jara. ¿Responsabilidade penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. In Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre: ESMP, 2005. n. 11, p. 13 (...)) (TRF4, ACR 2000.72.04.001208-1, OITAVA TURMA, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, D.E. 16/04/2008)

Colho do voto do Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz a seguinte exposição:

A criminalidade contemporânea, sobretudo nos delitos ditos empresariais, é caracterizada, quase sempre, por um verdadeiro e intrincado sistema de divisão do trabalho delituoso no qual são repartidas, entre os agentes executores da ação criminosa, uma multiplicidade de tarefas, cada qual fundamental à consecução do fim comum. As categorias tradicionais de co-autor e partícipe, assim, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, não se mostram mais suficientes para a atribuição da responsabilidade penal individual. Foi assim que, a partir de uma formulação idealizada por Claus Roxin em sua monografia Täterschaft und Tatherrschaft ("Autoria e Domínio do Fato") para estabelecer a responsabilidade oriunda dos crimes cometidos pelo Estado nacional-socialista alemão, construiu-se o conceito de autor mediato, ou seja, aquele que, atuando na cúpula da associação criminosa, dirige a intenção do agente responsável pela

prática direta do ato delituoso. O autor mediato não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o domínio da organização, que, segundo o vaticínio de Jorge de Figueiredo Dias, "constituye una forma de dominio-de-la-voluntad que, indiferente a la actitud subjetivo-psicológica del específico ejecutor, no se confunde con el dominio-del error o con el dominio-de-la-coacción, integrando un fundamento autónomo de la autoría mediata" (Autoría y Participación en el Dominio de la Criminalidad Organizada: el "Dominio de la Organización". In OLIVÉ, Juan Carlos Ferré e BORRALLÓ, Enrique Anarte. Delincuencia organizada - Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999).

"En la discusión que ha sucedido a la construcción científica de la autoría mediata", pondera Carlos Gómez-Jara Diez, "(...) puede observarse cómo la piedra angular radica en el criterio que fundamenta el dominio de la organización", consignando o referido doutrinador, a respeito, que "la responsabilidad del superior jerárquico viene dada por su «dominio de la configuración relevante superior»". Salienta, sobretudo, que "esta posibilidad entra en consideración cuando el superior jerárquico sabe más sobre ma peligrosidad para los bienes jurídicos que su propio subordinado" (¿Responsabilidade penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. In Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre: ESMP, 2005. n. 11, p. 13).

Em caso análogo, assim decidiu a Quarta Seção desta Corte:

"EMBARGOS INFRINGENTES. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. AUTORIA DO FALSUM. IRRELEVÂNCIA. MANDATÁRIO DA EMPRESA. AUTOR MEDIATO. DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. CRIME CARACTERIZADO. 1. Responsabilidade do embargante como incurso nas sanções do art. 19, parágrafo único, da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, dado que agiu com dolo eventual, ao permitir o envio da CND falsificada por fax ao agente financeiro, o que propiciou a indevida liberação do financiamento junto ao BNDES, sendo irrelevante a autoria da contrafação. 2. Caracterizada a autoria mediata, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização ." (TRF ^a Região, 4ª Seção, unânime, EIA CR nº 2001.70.09.001504-1/PR, Rel. Des. Federal Tadaaqui Hirose, e-DJ de 24/07/2007).

No caso em apreço, as alterações do contrato social dão conta de que o denunciado exercia a gestão da sociedade ao tempo dos fatos, condição que foi por ele admitida em juízo e confirmada pelas testemunhas. Afora isso, de acordo com o processo administrativo, foi o acusado quem, na qualidade de administrador, representou a empresa perante a Receita Federal.

Não subsiste dúvida, assim, de que o réu efetivamente atuava com poder de mando sobre organização no âmbito da qual foram praticados os ilícitos descritos na denúncia.

Plenamente comprovadas, assim, a materialidade e autoria - que, aliás, não são objeto de insurgência.

1.3. Dolo

No crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, o dolo é o genérico, de sorte que se exige somente a vontade livre e consciente de não recolher os valores descontados a título de contribuições previdenciárias, sendo irrelevante se o agente pretende deles apropriar-se ou dar-lhes outro destino. Tampouco é necessária a intenção de lesar o INSS.

Transcrevo, a propósito, lição de José Paulo Baltazar Junior a respeito do elemento subjetivo no tipo em comento:

Com a devida vênia aos defensores do entendimento por último relatado, caso fosse intenção da lei exigir o elemento subjetivo, utilizaria o verbo nuclear apropriar-se, como na apropriação indébita, e no delito previsto no art. 5º da LCSFN. Ao utilizar a locução deixar de recolher, além de alterar a estrutura do tipo, de comissivo para omissivo, afastou a necessidade do ânimo de apropriação para a configuração do delito. (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 150)

Restou comprovado que o acusado, deliberadamente, optou por deixar de recolher à Previdência Social os valores descontados dos empregados e de terceiros vinculados à pessoa jurídica, como, inclusive, admitiu, atribuindo a infração à crise econômica pela qual passou a empresa.

Não há dúvida, assim, sobre a presença do elemento subjetivo do tipo penal.

1.4. Inexigibilidade de conduta diversa

A defesa postula o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, considerando as dificuldades financeiras. Sustenta que este cenário teve início com a grave recessão que atingiu o setor de atuação da empresa, em 2008, bem como que a impossibilidade de pagamento de todas as obrigações resultou em ações trabalhistas e execuções fiscais, onde efetuada penhora do imóvel que constitui a sede da empresa. Citou a redução do quadro de funcionários da matriz e filial, necessidade de empréstimos e falência de diversas empresas do ramo no mesmo período de crise.

De fato, a doutrina e jurisprudência admitem o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito em exame quando restar demonstrado que, em decorrência de dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, não foi possível efetuar o recolhimento do tributo.

Para tanto, é necessário que tais dificuldades sejam graves, a indicar a real ausência de condições de saldar o compromisso. A omissão no recolhimento do tributo deve revelar-se uma medida última. Afinal, somente em situação anormal, extremamente grave e excepcional

é possível a exculpação, sendo, pois, insuficiente a referência genérica à crise econômica e ao desemprego para configurá-la, mormente se o agente abriu mão das vias normais para a solução do conflito (BRUNONI, Nivaldo, Princípio de Culpabilidade: Considerações, Ed. Juruá, Curitiba, p. 275).

Da análise do feito, concluo que a defesa produziu provas suficientes de que, durante o período em que as contribuições previdenciárias deixaram de ser recolhidas, a pessoa jurídica suportava graves problemas de ordem financeira, a ponto de não poder exigir do acusado outra conduta.

Além da redução do quadro de empregados durante o período de crise tanto da matriz quanto da filial (evento 94, OUT3 e OUT4), a prova documental contemporânea aos fatos demonstra a existência de execuções fiscais de expressivo montante, assunção de empréstimo de valor igualmente elevado (evento 126, OUT4), acordo com o BRDE para pagamento de dívida de mais de doze milhões de reais (evento 126, OUT6) e aproximadamente quarenta reclamações trabalhistas (evento 126, OUT3).

Some-se a isso o depoimento do encarregado do setor financeiro da empresa, Moisés Grosso (evento 91), que corroborou os fatos trazidos pela defesa. A testemunha confirmou a crise enfrentada a partir de 2010, que também culminou no inadimplemento de clientes. Disse que, diante de tais dificuldades, a empresa não teve condições de honrar todos os compromissos, tendo priorizado o pagamento de funcionários, energia elétrica e fornecedores para evitar o encerramento das atividades. Acrescentou, por fim, que as dificuldades perduram até hoje, tanto que parte da remuneração dos empregados não é paga pontualmente.

A situação evidenciada, assim, demonstra ser crível a existência de condições anormais suportadas pela sociedade empresarial e que lhe retiraram a possibilidade de honrar todos os débitos, impondo-se o reconhecimento da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

À vista do exposto, absolvo o acusado da prática do crime previsto no art. 168-A, §1º, inc. I, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal.

2. Sonegação de contribuições sociais previdenciárias e de contribuições sociais destinadas a entes autônomos

2.1. Inépcia da denúncia

A defesa sustenta a inépcia da denúncia, uma vez que não haveria indicação da base de cálculo e dos fatos geradores das contribuições.

Sem razão.

A inicial atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, contendo a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime, tendo oportunizado ao réu, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Diversamente do sustentado pelo apelante, verifica-se que a peça acusatória refere ter sido constatada a ausência de declaração, em GFIP, das remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais no período de 09/2011 a 12/2013. Adicionalmente, nota-se que do inquérito policial vinculado ao feito constam todos os documentos relacionados à ação fiscal. Assim, à defesa foi viabilizado o conhecimento de todas as infrações que ensejaram o lançamento e a presente ação penal.

Logo, não é caso de inépcia, até porque a defesa foi realizada de modo adequado e atacou especificamente a questão da omissão dos segurados, inexistindo, conseqüentemente, nulidade (art. 563 do Código de Processo Penal).

Rejeito, portanto, a preliminar.

2.2. Tipicidade

A denúncia imputou ao acusado a prática dos crimes previstos no art. 337-A, inc. I e III, do Código Penal, e no art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90, que assim dispõem:

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar informação falsa às autoridades fazendárias;

Para a subsunção de determinada conduta em ambos os

tipos penais acima descritos, necessário que haja redução ou supressão do tributo mediante emprego de fraude, pois o mero inadimplemento não constitui crime.

Na hipótese, teria havido a redução de contribuições sociais previdenciárias e de contribuições sociais devidas a outras entidades e fundos, mediante a omissão, em GFIP, de parte das remunerações pagas a segurados vinculados à empresa.

A jurisprudência desta Corte, entretanto, orientou-se no sentido de que, em tais casos, está-se diante de crime único, porque da omissão de fatos geradores na GFIP decorre logicamente a redução tanto de contribuições previdenciárias quanto de contribuições sociais devidas a entes autônomos, tendo em vista a coincidência das respectivas bases de cálculo.

Dessa forma, considerando que a norma contida no art. 337-A do Código Penal é especial em relação àquela prevista no art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90, em virtude de seu objeto, aquela deve prevalecer, ficando afastada a tipicidade quanto à sonegação fiscal.

Sob esta orientação, o seguinte julgado:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSUMAÇÃO. DECISÃO QUE TRANSITO EM JULGADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. INVIABILIDADE DE REDISCUSSÃO NO JUÍZO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. REDUÇÃO DE TRIBUTOS MEDIANTE A OMISSÃO DE FATOS GERADORES E DE PARCELA DAS REMUNERAÇÕES PAGAS A SEGURADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA DO ARTIGO 337-A, INCISO I, DO ESTATUTO REPRESSOR. PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE E DA PROIBIÇÃO AO BIS IN IDEM. CRIME ÚNICO. TIPICIDADE DO DELITO DE SONEGAÇÃO FISCAL AFASTADA. CONCURSO FORMAL NÃO CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO MANTIDO. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. PERCENTUAL DE ACRÉSCIMO DE 1/6 (UM SEXTO). CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR MÁXIMO. PENA DE MULTA. REFERENCIAL PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DO DIA-MULTA. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DOS PARÂMETROS DA SENTENÇA. REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INADMISSIBILIDADE. DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. (...) 6. As condutas de omissão de fatos geradores e de remunerações pagas ou creditadas a segurados e contribuintes individuais das Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), além de reduzir contribuições sociais previdenciárias, tem por consequência lógica a diminuição das contribuições sociais devidas a entes autônomos (FNDE, INCRA,

SEBRAE, SEST e SENAT), na medida em que as bases de cálculo de ambas as exações se equivalem. 7. Daí que, praticada apenas uma das condutas elencadas nos incisos do artigo 337-A do Código Penal, remanesce atraída a incidência da norma disposta no Estatuto Repressor, e afastada, à vista dos princípios da especialidade e da vedação ao bis in idem, a aplicação do tipo penal do artigo 1º da Lei 8.137/90, remanescendo configurada, em tais casos, hipótese de crime único. Precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. (...) (TRF4, ACR 5048490-73.2011.404.7100, OITAVA TURMA, Relator VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, juntado aos autos em 23/11/2015)

Portanto, deve ser provido o apelo no ponto, reconhecendo a existência de crime único tipificado no art. 337-A, inc. I, do Código Penal, afastando-se a tipicidade do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

2.2.1. Emprego de fraude

O apelante argumenta inexistência de fraude, uma vez que os segurados foram informados na RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), no CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados) e na folha de pagamento da empresa.

A tese defensiva, porém, já foi afastada por esta 8ª Turma em julgamento de apelação criminal sobre caso análogo, nos seguintes termos (Apelação Criminal nº 5003974-70.2013.4.04.7205, juntado aos autos em 24/03/2017):

O fato de o lançamento ter por fundamento informações declaradas pela pessoa jurídica em RAIS não mitiga o dolo do agente. Nos termos do art. 1º do Decreto 76.900/75, que instituiu a RAIS, esta tem por objeto fornecer "elementos destinados a suprir as necessidades de controle, estatística e informações das entidades governamentais da área social", logo, não dizem respeito ao lançamento de tributos. A sonegação de contribuições previdenciárias decorre de omissões em GFIP, o que ocorreu no caso e possibilitou supressão e redução de tributos.

O mesmo raciocínio aplica-se ao CAGED, pois as informações correspondentes não se relacionam ao lançamento. Os dados do cadastro são utilizados especialmente pelo Programa de Seguro-Desemprego, a fim de conferir as informações relacionadas aos vínculos trabalhistas e programas sociais, servindo, ainda, para a realização de estudos e pesquisas vinculadas aos índices de emprego e desemprego.

De igual forma, a regularidade da folha de pagamento também não elide a existência de crime, pois a lei menciona, alternativamente, a supressão na folha de pagamento ou em documento de informação prevista na legislação tributária e não omissão na folha de pagamento e no documento de informação, cumulativamente (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 396).

Também não exerce influência na responsabilização

criminal a retificação das informações, porquanto efetuada quando já havia sido descoberta a infração. Ademais, o §1º do art. 337-A do Código Penal condiciona a extinção da punibilidade à declaração e confissão antes do início da ação fiscal.

2.3. Materialidade e autoria

A materialidade restou demonstrada pelos seguintes documentos constantes do IPL nº 5014042-41.2015.4.04.7001: a) Representação para Fins Penais (evento 1, PORT_INST_IPL1, p. 7-9), b) Auto de Infração nº 51.059.268-6 e nº 51.059.270-8 (evento 18, ANEXO1, p. 8-29 e 50-72) e c) Termo de Verificação e Encerramento de Ação Fiscal (evento 18, ANEXO1, p. 73-98).

Tais documentos comprovam que, durante o período de 09/2011 a 12/2013, foram omitidos em GFIP segurados vinculados à empresa, o que culminou na redução de contribuições no valor de R\$ 6.913.467,89, que, consolidado, atingiu R\$ 13.172.632,02 (treze milhões, cento e setenta e dois mil, seiscentos e trinta e dois reais e dois centavos)

A autoria também é incontestável, como já consignado no tópico anterior.

2.4. Dolo

Embora as testemunhas e o réu tenham asseverado que todos os empregados eram declarados ao Fisco, a prova documental demonstra que esta tese não se sustenta, pois a omissão foi apurada comparando, por exemplo, as folhas de pagamento e as declarações nas GFIPs sobre os segurados vinculados à empresa. Assim, a alegação de que o dolo dirigiu-se tão somente à finalidade de não pagar os tributos também é inverossímil.

Adicionalmente, sendo o acusado o administrador do negócio e, por consequência, o detentor do efetivo poder de mando sobre a organização, também não é apta a afastar a dolo a mera alegação de que não ordenou a omissão dos fatos geradores.

De qualquer forma, é entendimento consolidado neste Tribunal que, para a configuração do delito do art. 337-A do Código Penal, é suficiente o dolo genérico, consistente na vontade dirigida ao propósito de reduzir ou suprimir a contribuição previdenciária, bastando, para tanto, que o réu opte por não registrar a integralidade dos valores pagos aos segurados, reduzindo a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Diante disso, está suficientemente comprovada a existência do elemento subjetivo do tipo penal.

2.5. Inexigibilidade de conduta diversa

Como já fundamentado no tópico 1.4, relacionado ao exame da culpabilidade quanto à apropriação indébita previdenciária, foram suficientemente demonstradas as graves dificuldades financeiras que atingiram a pessoa jurídica à época dos fatos, a ponto de inviabilizar o adimplemento de todas as suas obrigações.

Tenho que, por consequência, a excludente da inexigibilidade de conduta diversa também incide relativamente à prática da sonegação de contribuições sociais.

Não desconheço o entendimento de alguns julgadores sobre a inaplicabilidade da referida causa supralegal de exclusão da culpabilidade aos crimes de sonegação, tendo em vista a presença do elemento fraude:

Penal. Sonegação de contribuição previdenciária. Art. 337-A do CP. Preliminares de inépcia da inicial, extinção da punibilidade e julgamento conjunto dos processos criminais. Descabimento. Materialidade, autoria e dolo. Prova plena. Absorção do falso pela evasão tributária. Possibilidade. Dificuldades financeiras. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. (...) 5. Não é admitida a aplicação da excludente de culpabilidade por dificuldades financeiras nos casos de sonegação de contribuição previdenciária, que se perfaz com a utilização de meios fraudulentos para suprimir ou reduzir contribuição social, diferentemente do que ocorre com o crime de omissão de recolhimentos de contribuições previdenciárias. (...). (Sétima Turma, ACR nº 2004.71.00.021296-7, Des. Federal Tadaaqui Hirose, por unanimidade, publicado no D.E. em 26/11/2009).

Penal. Processo penal. Sonegação fiscal. Prescrição após sentença condenatória. Termo inicial. inépcia da denúncia. Tipicidade. Notas fiscais calçadas. Art. 1º, inc. III, LEI 8.137/90. Art. 337-A do CP. Dolo genérico. Dificuldades financeiras. Excludente da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Dosimetria.. (...) 8. "Haja vista que o que caracteriza os delitos de sonegação de impostos ou de contribuições previdenciárias é não só a inadimplência, mas também a fraude, eventuais dificuldades financeiras não são aptas a descaracterizar o dolo inserto na conduta do agente. Logo, a alegação de inexigibilidade de conduta diversa é tese inaplicável aos delitos dos artigos 1º da Lei 8.137/90 e 337-a do Código Penal. Precedentes dessa egrégia Corte." (...). (Oitava Turma, ACR 0002074-70.2004.404.7103, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, D.E. 09/08/2012).

Tal posicionamento, porém, já foi abrandado, existindo julgados desta Corte reconhecendo a possibilidade de exclusão da culpabilidade em delito da mesma espécie:

DIREITO PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 337-A DO CP). MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOLO GENÉRICO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DEMONSTRAÇÃO CABAL. INOCORRÊNCIA. 1. O delito de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no art. 337-A do CP, é de natureza material, pois contém como um dos elementos a supressão ou redução de tributo, o que torna imprescindível o

lançamento definitivo do crédito tributário como condição para que se deflagre a persecução criminal. 2. Documentação obtida na esfera administrativa presta-se à comprovação de materialidade e autoria, , quando contundente e apta a tornar incontroversa a supressão de contribuições previdenciárias em folha de pagamento da empresa. 3. A jurisprudência deste Tribunal pacificou o entendimento de que o tipo penal do art. 337-A do CP tem no dolo genérico o seu elemento subjetivo, não se exigindo, por conseguinte, dolo específico. 4. Somente pode ser aplicada a causa supralegal de exclusão da culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa, por conta de dificuldades financeiras extremas, quando a defesa demonstrar cabalmente sua ocorrência. (TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0030044-49.2007.404.7100, 8ª TURMA, Juíza Federal SIMONE BARBISAN FORTES, POR UNANIMIDADE, D.E. 10/02/2015, PUBLICAÇÃO EM 11/02/2015)

Refira-se, por oportuno, que esta Turma já admitiu, por maioria, a aplicação da tese também quanto ao crime de sonegação:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGOS 168-A E 337-A DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA PESSOA JURÍDICA.

EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. 1. O crime tipificado no art. 168-A do Código Penal é formal, consumando-se na data do vencimento do prazo para recolhimento da contribuição previdenciária descontada dos empregados. A consumação do crime não depende, portanto, da constituição definitiva do crédito tributário. Pretensão punitiva atingida pela prescrição, considerando o lapso temporal decorrido entre a data da consumação do delito e a data do recebimento da denúncia. 2. O elemento subjetivo do delito de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, bastando que o agente tenha a vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir o pagamento de tributos para a configuração do tipo penal. 3. Admitese como causa excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, desde que comprovada nos autos, as graves dificuldades financeiras enfrentadas pela pessoa jurídica para adimplir com a obrigação tributária, dificuldades que afetaram não só a empresa, pelo processo falimentar, mas também o patrimônio pessoal do denunciado, com a constrição de bens. Precedentes deste Tribunal. 4. Apelação criminal provida. Reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade pela prescrição relativamente ao crime tipificado no art. 168-A do Código Penal. (TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5000731-88.2012.404.7000, 8ª TURMA, Des. Federal

JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, JUNTADO AOS AUTOS EM 18/07/2014)

Trata-se, evidentemente, de questão complexa, que exige um exame cauteloso das circunstâncias que envolvem o caso concreto.

Dito isso, após tal análise, vislumbro a possibilidade de reconhecer a excludente de culpabilidade não somente em razão das provas trazidas pela defesa, mas especialmente porque não empregada fraude elaborada e sofisticada, afinal, a constatação da omissão de fatos

geradores se deu a partir do cotejo entre a folha de pagamento fornecida pela empresa e as GFIPs.

Presente, assim, situação que afasta a culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa, de sorte que absolvo o acusado da prática do crime único de sonegação de contribuições, previsto no art. 337-A, inc. I, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal.

3. Conclusões

3.1. Reconhecida a excludente de ilicitude da inexigibilidade de conduta diversa quanto ao crime do art. 168-A, §1º, inc. I, do Código Penal, com a consequente absolvição do acusado, com fundamento no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal.

3.2. No que diz respeito ao delito de sonegação de contribuição previdenciária e de contribuição destinada a entes autônomos, há crime único tipificado no art. 337-A, inc. I, do Código Penal, de modo que resta afastada a tipicidade do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

3.3. Afastadas as teses defensivas sobre inépcia da denúncia e ausência de fraude e de dolo no que se refere ao delito do art. 337-A, inc. I, do Código Penal.

3.4. Incide, porém, a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, impondo-se a absolvição do acusado também quanto ao crime do art. 337-A, inc. I, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal.

3.5. Apelação criminal da defesa provida.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação criminal da defesa para reconhecer a existência de crime único de sonegação de contribuições, bem como para absolver o acusado de todas as imputações.

Documento eletrônico assinado por JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Relator, 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.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 40001101251v28 e do código CRC 9deb5087.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
Data e Hora: 22/5/2019, às 18:11:44

5010322-95.2017.4.04.7001

40001101251 .V28