

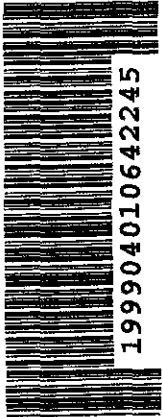


Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO PUBLICO
NO D.J.U

08 MAR 2000

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1999.04.01.064224-5/RS
RELATORA : Juíza TANIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR
REL. ACÓRDÃO : Juiz VILSON DARÓS
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO
ADVOGADO : Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
APELANTE : VALDEMAR TAVARES CAMBOIM
ADVOGADO : Milton Adamatti
APELADO : (Os mesmos)



EMENTA

PENAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTORIA E MATERIALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. ANISTIA. ATENUANTE E PENA-BASE MÍNIMA. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM. CRITÉRIOS

1. Provadas autoria e materialidade, correta a condenação.
2. A conduta tipificada em lei como crime, consistente na omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias é constitucional, segundo pacífica orientação jurisprudencial.
3. A anistia prevista na Lei 9639/98 não se entende aos agentes privados.
4. É matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça que o reconhecimento de atenuantes, quando a pena-base já se encontra no mínimo legal, não tem o poder de reduzir a pena aquém deste mínimo.
5. Os critérios que orientam o magistrado no momento de estabelecer o aumento decorrente da continuidade delitiva não se resumem a quantidade de crimes praticados em série. Para este mister, deve-se, também, analisar as circunstâncias judiciais, as quais devem ser consideradas em todas as etapas da dosimetria da pena, inclusive no caso de haver concurso de crimes.
6. No caso dos autos, verifica-se claramente a ocorrência de todos os requisitos que configuram o crime continuado, nos exatos termos de sua definição, já que o acusado, por oito vezes, repetiu a mesma conduta, com o mesmo *modus operandi*, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, qual seja, não repassou, dentro do prazo legal, as contribuições previdenciárias arrecadadas de seus empregados.
7. Aplicação da Lei 9714/98 já determinada pelo juízo monocrático.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, à unanimidade, negar provimento ao apelo

G:\EDIA\109\K064224A.DOC - (MSC)



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

do réu, e por maioria, dar provimento parcial ao apelo do Ministério Público, vencida a Juíza Relatora, que o provia em menor extensão, nos termos do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de dezembro de 1999.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Vilson Darós', written over a faint circular stamp.

Juiz VILSON DARÓS
Relator p/ o acórdão



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

19

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1999.04.01.064224-5/RS
RELATORA : Juíza TANIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR
APELANTE : MINISTERIO PUBLICO
ADVOGADO : Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
APELANTE : VALDEMAR TAVARES CAMBOIM
ADVOGADO : Milton Adamatti
APELADO : (Os mesmos)

RELATÓRIO

VALDEMAR TAVARES CAMBOIM, na qualidade de responsável pela empresa VALDEMAR TAVARES CAMBOIM, foi denunciado como incurso nas penas do art. 95, "d", c/c § 1º da Lei 8.212/91 e art. 71 do Código Penal, pelos seguintes fatos:

"Nos meses de dezembro de 1994, janeiro a março de 1995, julho de 1995, e setembro a novembro de 1995 a referida firma individual descontou dos salários de seus empregados a importância relativa à contribuição previdenciária sem efetuar, na época própria, o repasse destes valores à Seguridade Social.

A soma total do débito alcança o montante de R\$ 4.281,06, na data do lançamento, conforme relatório das fls. 33/34. A conduta encontra-se comprovada pelas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito, constantes nas fls. 06 e 14 dos autos, com seus demonstrativos, correspondendo aos nº 32.272.375-8 e 32.273.376-6."

Recebida a denúncia em 04-09-96 (f. 41), foi regularmente processado o feito e em 20-01-99 publicada sentença condenando VALDEMAR TAVARES CAMBOIM como incurso nas sanções do art. 95, "d" § 1º da Lei 8.212/91 c/c art. 71 do Código Penal à pena de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, cumulada com a pena de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo da época do último fato devidamente atualizado. Na forma da Lei 9.714, substituída a pena privativa de liberdade por duas



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

restritivas de direito, nas modalidades de prestação de serviços à comunidade - a ser determinada pelo Juiz das Execuções Penais - e prestação pecuniária, fixada em 05 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos, corrigidos monetariamente desde então, a serem pagos ao INSS (fls. 205 - 222).

Apela o Ministério Público requerendo seja afastado o procedimento de redução da pena-base aquém do mínimo legal pela presença de uma circunstância atenuante e majorada a pena, em razão da continuidade delitiva, em 2/3, fixando-a em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão (Fls. 225-243).

Apela também o réu (fls. 271 - 280) afirmando preliminarmente a extinção da punibilidade pela anistia instituída pelo parágrafo único do art. 11 da Lei 9.639/98. Afirma ainda a inconstitucionalidade da al. "D" do art. 95 da Lei 8.212/91 pois institui odiosa discriminação na medida em que, quem tivesse condições de quitar o débito seria privilegiado em relação ao hipossuficiente, o qual restaria condenado, contrariado frontalmente o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Afirma a inexibibilidade de conduta diversa antes as dificuldades financeiras que obrigaram a empresa a tomar empréstimos bancários para efetuar o pagamento dos salários, apenas o suficiente para a quitação e o esvaziamento de legitimidade pela causa extintiva de punibilidade prevista no art. 34 da Lei 9.249/95.

Com contra-razões da acusação, vieram os autos.

O parecer do Ministério Público, de lavra do Procurador Francisco Sanseverino, opina pelo provimento da apelação do Ministério Público e pelo desprovimento da apelação do réu.

É o relatório que passo ao Revisor.

Juíza **TANIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR**
Relatora



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1999.04.01.064224-5/RS
RELATORA : Juíza **TANIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR**
APELANTE : **MINISTERIO PUBLICO**
ADVOGADO : **Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz**
APELANTE : **VALDEMAR TAVARES CAMBOIM**
ADVOGADO : **Milton Adamatti**
APELADO : **(Os mesmos)**

VOTO

1) SENTENÇA

Após concluir pela autoria e materialidade do delito o Juízo afastou a justificação das dificuldades financeiras diante da não-comprovação das mesmas pois:

"Aos autos juntou o réu os documentos de fls. 78 a 97 Balanços Patrimoniais de 94 e 95) e 167 a 175 (dois mandados de penhora em uma execução, cópia da petição inicial de execução de título extrajudicial movida pelo Banrisul, e mais um mandado de pagamento em processo de execução) e a Receita Federal enviou o ofício e declarações de renda de fls. 113 a 133, todos insuficientes para, por si só, comprovarem a ocorrência das dificuldades financeiras, ainda mais tendo-se em vista as afirmações do réu.

Os documentos juntados não comprovam o desenrolar das ações, nem seu exato objeto, para averiguação das dimensões de suas dívidas e o impacto destas na situação financeira da empresa."

E passou à aplicação da pena, fixando a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto e 10 (dez) dias-multa no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo na época do último fato, devidamente atualizado a partir da época dos fatos.

Em continuidade, aplicou a atenuante prevista no art. 65, III, "d" do Código Penal, diante da confissão espontânea, que atenuou a pena em 06 (seis) meses, fixando-a provisoriamente, com base em jurisprudência da 6ª Turma do SJT (RESP 68.120-0, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 16-09-96) aquém do mínimo legal.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Acrescida ainda a pena diante da continuidade delitiva (art. 71) Em 1/6, tornando a pena definitiva em 01 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão em regime aberto, cumulada com a multa já imposta, tendo em vista não haver outras causas que a modifiquem.

2) RECURSO MP

a -

Referindo doutrina e jurisprudência da Suprema Corte, sustenta o Ministério Público a inadmissibilidade da fixação da pena aquém do mínimo legal abstrato diante da circunstância atenuante da confissão.

Afirma o Ministério Público:

"O cerne da questão está em que, no que pertine às agravantes e às atenuantes, o legislador deixou à prudência do julgador estipular qual o quantum a ser aumentado ou diminuído. Já quanto às majorantes ou minorantes é diferente: há limite mínimos e máximos previstos, o que, em consequência, pode autorizar que, em determinados casos, os parâmetros mínimo e máximo cominados para o tipo penal sejam transpostos" (f. 229)

De fato, apesar da relevância da tese adotada pelo Juízo monocrático não se pode aceitá-la pois apesar de obrigatória a adoção das circunstâncias atenuantes, estas não autorizam a redução da pena abaixo do mínimo legal. Conforme Alberto Silva Franco et al. Leciona no Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, 5ª ed.:

"No processo de individualização da pena, deve o juiz, fixada a pena-base, considerar as atenuantes e as agravantes legais. Trata-se da segunda etapa daquele processo na qual o objetivo básico é o da quantificação, em termos punitivos, das circunstâncias legais, para as quais o legislador omitiu uma prévia cominação. É evidente, por isso, que a avaliação de cada circunstância e a determinação do respectivo quantum de pena a crescer ou a reduzir ficam na dependência do prudente arbítrio do juiz, que, no entanto, está sempre obrigado a dar os motivos de sua decisão. Além disso, o juiz, na sua atuação, não está dotado de um poder ilimitado. Nenhum acréscimo ou diminuição de



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

pena pode superar o máximo ou ficar aquém do mínimo legal, sendo certo que, apesar de não expresso, está subentendido que as quantidades de penas relativas às agravantes e às atenuantes não podem extravasar os limites punitivos do tipo (...)."

Mais adiante afirma o mesmo autor:

"O entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que a pena, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo." (F. 826)

Acolho portanto o apelo ministerial neste aspecto e passo a redimensionar a pena acolhendo a fundamentação do Juízo na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixada a pena-base em dois anos. Reconheço a atenuante prevista no art. 65, III, "d" do Código Penal mas deixo de aplicá-la porque fixada a pena-base no mínimo legal.

b -

Requer ainda a acusação a majoração da pena diante da continuidade delitiva, no percentual máximo de 2/3 ante as oito vezes em que foi omitido o recolhimento das contribuições sociais.

Neste ponto, sem razão a acusação. A sentença aplicou o aumento em 1/6 (um sexto) diante do pequeno número de omissões. Considerando que o crime de não recolhimento das contribuições previdenciárias se apresenta como prática mensal continuada, sendo impunível o não recolhimento singular de uma parcela, quero crer que, tendo a conduta denunciada abrangido 09 * meses de omissão, se mostra suficiente o apenamento em 02 anos de reclusão. Por esses fundamentos, deixo de aplicar o acréscimo penal do art. 71, Código Penal, restando a pena definitiva em 02



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

(dois) anos.

Mantidas as demais disposições da sentença quanto à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito (Lei 9.714/98) nas modalidades de prestação de serviços à comunidade - a ser determinada pelo Juiz das Execuções penais - e prestação pecuniária, fixada em 05 (cinco) salários mínimos, vigentes à época dos fatos, corrigidos monetariamente desde então, a serem pagos ao INSS.

Com base no exposto, dou **parcial provimento** ao recurso do Ministério Público, majorada a pena para **dois (2) anos**.

3) RECURSO R.

A) ANISTIA

Em relação ao parágrafo único do art. 11 da Lei 9.639/98, resta incontestado o fato de que a anistia concedida aos agentes políticos não se estende aos demais responsabilizados pela prática do delito previsto na alínea "d" do art. 95 da Lei nº 8.212/91.

B) COMPOSIÇÃO DO DÉBITO

Inexiste nos autos qualquer comprovação de alguma tentativa de composição do débito, seja parcelamento ou ainda pagamento dos valores devidos, apesar da pequena expressão dos mesmos. Assim, restam infundadas as alegações da defesa neste sentido.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

C) DIF. FINANCEIRAS

Para comprovar as dificuldades financeiras o réu simplesmente juntou mandados de penhora e avaliação de 14-10-97 e 18-08-97; notificação de multa da Prefeitura de Porto Alegre face a irregularidade no imóvel (02-10-97); mandado de citação e penhora de 13-09-96; inicial não autuada de execução de título extrajudicial (14-07-97) e mandado de pagamento em ação monitória de 03-09-97 (fls. 167 - 174).

No entanto, como as omissões no recolhimento ocorreram nos meses de dez/94, janeiro a março e julho de 1995 não vislumbro relação entre os fatos. Geralmente as dificuldades financeiras são anteriores e culminam na omissão. Neste caso, os documentos apresentados são posteriores e não explicam as omissões.

D) INCONST. ART. 95 "D"

Por fim, improcede a alegada inconstitucionalidade do artigo 95 "d" da Lei 8.212.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXVII, veda a prisão civil por dívida, e assegura parágrafo 2º do art. 5º, CF/88, o cumprimento dos tratados internacionais. O art. 95, "d", da Lei nº 8.212/91, descrevendo conduta típica, não refere efeitos patrimoniais. Não obstante o caráter econômico dos valores não recolhidos, não exige o tipo penal do delito previdenciário, nenhum resultado naturalístico. O delito é formal, de mera conduta; não é do interesse do Juízo criminal a efetivação ou não de prejuízo; não se cuida de crime patrimonial. Ademais, a aplicabilidade da norma penal não está condicionada ao pagamento. O simples inadimplemento não é punido; o delito é doloso em deixar de recolher; verifica-se uma omissão do contribuinte. Ao Juízo criminal se mostra relevante a verificação



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

de condutas tendentes à composição da dívida, não pela substância econômica em si, pois o crime é de natureza fiscal e não patrimonial. Isso quer dizer que, em se constatando que o acusado de alguma forma busca a negociação de seu débito com o agente arrecadador, dentro dos estreitos limites do benefícios legais, há de se alcançar ao réu os efeitos despenalizadores ou mitigadores da conduta criminosa.

DISPOSITIVO -

Com base no exposto, **dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público**, majorada a pena para dois anos, mantidos os demais dispositivos da sentença; **nego provimento ao apelo do réu.**

É o voto.

Juíza **TANIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR**
Relatora



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1999.04.01.064224-5/RS
RELATORA : Juíza TANIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR
REL. ACÓRDÃO :
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO
ADVOGADO : Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
APELANTE : VALDEMAR TAVARES CAMBOIM
ADVOGADO : Milton Adamatti
APELADO : (Os mesmos)

VOTO REVISÃO

Voto no mesmo sentido da relatora no que toca ao apelo do acusado, em todos os aspectos trazidos.

Acompanho, também, o voto da eminente Relatora no sentido da reforma da sentença na parcela que, em vista da ocorrência de uma atenuante, reduziu a pena aquém do mínimo legal

Efetivamente, tem razão o Ministério Público quando alega que a atenuante da confissão espontânea não deve ser considerada para fins de reduzir a pena aquém do mínimo legal. Isto porque o entendimento esposado pela douta juíza sentenciante, ainda que respeitável e tentador, não é aceita pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal nem pelo Superior Tribunal de Justiça:

ATENUANTE E MÍNIMO LEGAL. O juiz não pode, mesmo considerando as diversas circunstâncias atenuantes genéricas (a menoridade do réu, inclusive), fixar a sanção penal definitiva em limite abaixo do mínimo legalmente autorizado.

(STF - HC 70883/SP - 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU 24/06/94, p. 16636).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE RECONHECIDA (MENORIDADE RELATIVA - C.P., ART. 65, I). Sendo a pena-base fixada no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena "in concreto" a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, "a contrario sensu", que as agravantes ("que sempre agravam a pena") possam elevar a pena acima do limite máximo, o que seria absurdo. recurso conhecido, mas desprovido.

(STJ, Resp 169587/SP, 15ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal., DJU 22.09.99, p.121).



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Assim sendo, a pena deve voltar ao mínimo legal de dois anos.

Não tem razão, por outro lado, o Ministério Público ao postular pela majoração do "quantum" acrescido por conta da continuidade delitiva em 1/6. Isto porque os critérios que orientam o magistrado no momento de estabelecer o aumento não se resumem a quantidade de crimes praticados em série. Para este mister, deve-se, também, analisar as circunstâncias judiciais, as quais devem ser consideradas em todas as etapas da dosimetria da pena, inclusive no caso de haver concurso de crimes.

No caso dos autos, ainda que o acusado tenha repetido por oito vezes a conduta omissiva, tem em seu favor a análise de todas as circunstâncias judiciais, o que justifica o aumento mínimo de 1/6.

Contudo, ousou divergir da ilustre juíza Relatora quando suprime da pena o aumento decorrente da caracterização da continuidade delitiva. Entendeu a relatora que o delito em questão apresenta-se naturalmente como prática mensal continuada, sendo impunível o não recolhimento singular de uma parcela.

No meu sentir, não há como prosperar a tese de crime único, independentemente dos meses em que a conduta se repetiu, conforme tese defendida pela eminente Relatora.

Com efeito. Preconiza o art. 71 do Código Penal que, quando o agente, mediante mais de uma omissão, praticar crimes da mesma espécie, sendo que, pelas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro. Está-se frente a um ficção jurídica. Isto é, dois ou mais delitos são considerados como crime único.

Ocorrendo esta hipótese, aplica-se a pena de um só delito, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Ora, no caso dos autos, verifica-se claramente a ocorrência de todos os requisitos que configuram o crime continuado, nos exatos termos de sua definição, já que o acusado, por oito vezes, repetiu a mesma conduta, com o mesmo *modus operandi*, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, qual seja, não repassou, dentro do prazo legal, as contribuições previdenciárias arrecadadas de seus empregados.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O dever de todo aquele que intermedeia a arrecadação dos valores das contribuições previdenciárias descontadas de seu empregados é repassá-los, todo os meses, para os cofres da Previdência. Descumprido este dever, mesmo que a omissão se refira a apenas um mês, estaria caracterizado, em tese, o delito. Se, como costuma ocorrer neste tipo de conduta (não recolhimento das contribuições previdenciárias), há a repetição, mês a mês, da omissão, resta configurada, sem sombra de dúvida, a hipótese do crime continuado.

Assim, penso que a pena deve novamente ser elevada ao mínimo legal de dois anos, ainda que tenha sido expressamente reconhecida uma atenuante obrigatória, e deve ser mantido o aumento de 1/6 decorrente da continuidade delitiva, cujo "quantum" final atinge dois anos e quatro meses de reclusão.

Nestes termos, nego provimento ao apelo do acusado e dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público para aumentar a pena para dois anos e quatro meses de reclusão, mantida a substituição operada no primeiro grau.

É como voto.

Juiz VILSON DARÓS
Revisor