



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1999.04.01.011305-4/SC

RELATOR : JUÍZA ELLEN GRACIE NORTHFLEET

APELANTE : DAURA VECELINA PEREIRA

APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO

ADVOGADOS : Yuri Irece Mello e outros
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

EMENTA

CRIMINAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CRIME CONTINUADO. LEI PENAL NO TEMPO. LEI NOVA MAIS SEVERA. PERÍCIA CONTÁBIL. ELEMENTO SUBJETIVO. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DOLO GENÉRICO. LEI Nº 9.714/98. SUBSTITUIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA DE MULTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. No caso de crime continuado, se o agente efetivamente praticou série do crime sob a égide da Lei nova, esta deve ser aplicada, ainda que mais grave, uma vez que o delinqüente encontrava-se advertido da maior gravidade da sanção penal, caso prosseguisse o evento delituoso.

2. Pacífico é o entendimento nos Tribunais de que a realização de perícia é dispensável quando presentes nos autos outros elementos capazes de comprovar a materialidade e a autoria do fato.

3. A conduta prevista no art. 95, "d", da Lei nº 8.212/91, caracteriza crime omissivo próprio, onde o dolo independe da intenção específica de auferir proveito, pois o que se tutela não é a apropriação das importâncias, mas o seu regular recolhimento

4. Tendo a Lei nº 9.714/98 ampliado a possibilidade de comutação da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para crimes cujas condenações não sejam superiores a 4 (quatro) anos, é de ser substituída a pena privativa de liberdade imposta por uma de prestação de serviços à comunidade.

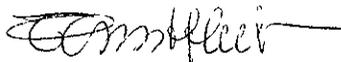
5. Na fixação da pena de multa, deve-se calcular, em primeiro lugar, o número de dias-multa, conforme o art. 59 do CP e, a seguir, o valor de cada dia, em função do rendimento do sujeito e de seu nível de vida, nos termos do art. 60 também do Código Penal.

6. Devidos os honorários advocatícios ao defensor dativo, nos termos do Provimento nº 108, de 14/07/99, deste Tribunal.

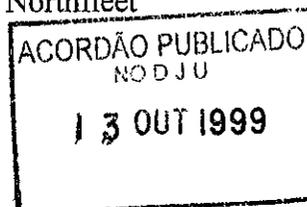
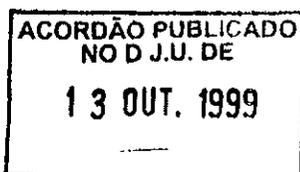
ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.

Porto Alegre, 08 de setembro de 1999. (data do julgamento)


Juíza Ellen Gracie Northfleet

Relatora





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1999.04.01.011305-4/SC

RELATOR : JUÍZA ELLEN GRACIE NORTHFLEET

APELANTE : DAURA VECELINA PEREIRA

APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO

**ADVOGADOS : Yuri Irece Mello e outros
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz**

RELATÓRIO

Trata-se de ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Daura Vecelina Pereira, como incurso no artigos 95, alínea "d", da Lei nº 8.212/91, c/c o artigo 71 do Código Penal, porque, em resumo, na qualidade de administradora e gerente da firma D.M.D. - Comércio e Confecções, em Balneário Camboriú, teria deixado de recolher aos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social, no período compreendido entre os meses de maio de 1991 e setembro de 1992, os valores de contribuições previdenciárias descontadas dos seus funcionários.

Efetuada a denúncia, foi recebida em 07 de dezembro de 1993. Processada a instrução criminal, sobreveio sentença (fls. 213 a 219) que julgou procedente o feito, condenando a ré à 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 37,5 (trinta e sete e meio) dias-multa.

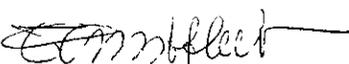
Recorreu a acusada, sustentando, em suma: (a) nulidade processual por ausência de intimação da defesa para audiência de instrução com oitiva de testemunhas da defesa; (b) inaplicabilidade da pena prevista na Lei nº 8.212/91, pelo princípio da temporariedade; (c) nulidade da sentença por ausência de prova da materialidade, tendo em vista a não realização de perícia contábil; (d) atipicidade do fato, ante a inexistência do elemento subjetivo; (e) falta de previsão legal sobre a obrigatoriedade do recolhimento no tempo e espaço; (f) a aplicação da pena mínima prevista na Lei 8.137/90 com a concessão de sursis; (g) aumento indevido da pena pela aplicação do art. 71 do CP; (h) o abrandamento da pena de multa; (i) exclusão do pagamento de honorários advocatícios à defensora dativa.

Foram apresentadas contra-razões pelo Ministério Público Federal (251/257).

Neste Tribunal, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento parcial da apelação, no sentido de que seja revisada a pena de multa, tanto o quantitativo como no valor cominado, e pela substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos.

É o relatório.

À revisão.


Juíza Ellen Gracie Northfleet
Relatora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1999.04.01.011305-4/SC

RELATOR : JUÍZA ELLEN GRACIE NORTHFLEET

APELANTE : DAURA VECELINA PEREIRA

APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO

ADVOGADOS : Yuri Irece Mello e outros

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

VOTO

Alega a apelante, em primeiro lugar, a nulidade do processo por falta de intimação da defesa para a audiência de instrução com oitiva das testemunhas Magda Bez e Iris Maria Vargas. Sem razão a ré, pois como se afere da leitura da certidão de fl. 119, verso, a defesa foi devidamente intimada da expedição de carta precatória para a oitiva das testemunhas acima referidas. Ainda, conforme certificado à fl. 120, verso, denota-se que a intimação efetivou-se através da publicação no Diário de Justiça de 17 de agosto de 1994.

Também improcede o argumento de que deve ser aplicada a Lei nº 8.137/90 ao caso em tela, pois em se tratando de crime continuado, aplica-se a lei nova, ainda que mais grave.

O não recolhimento ocorreu de maio de 1991 a setembro de 1992, ou seja, mesmo na vigência da lei nova (Lei 8.212/91) a ré persistiu em sua conduta delituosa, não obstante estar adverteida das conseqüências mais graves a que sua conduta estaria submetida, devendo, por isso, sofrer a pena prevista nessa lei, ainda que menos benéfica.

Observem-se, a propósito, os seguintes precedentes deste Tribunal:

“PENAL. NÃO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CRIME FORMAL. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DA LEI 8.212/91. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, NÃO INCIDE O ART. 34 DA LEI 9.249/95. DOSIMETRIA DA PENA.

1. ...

2. ...

3. *É cediço que em caso de crime continuado e surgindo uma lei nova vigendo parte da série delitiva, aplica-se essa lei, ainda que mais grave. Assim, deve-se aplicar ao réu as penas cominadas no ART- 95, LET-D, DA LEI-8.212/91, c/c o ART-71 DO CP-40.*

4. ...”

(ACR 96.04.51307-9/RS, Rel. Juiz Gilson Dipp, DJ 25-06-97, p.48.428)

“PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO RECOLHIMENTO DOS VALORES DESCONTADOS.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

PARCELAMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CRIME CONTINUADO.

1. Não é hipótese de extinção da punibilidade, sendo inaplicável o ART-34 da LEI-9249/95, o fato do réu ter parcelado a dívida previdenciária junto ao INSS após o recebimento da denúncia.

2. No caso de crime continuado, se o agente efetivamente praticou série do crime sob a égide da Lei nova, esta deve ser aplicada, ainda que mais grave, uma vez que o delinqüente encontrava-se advertido da maior gravidade da sanção penal, caso prosseguisse o evento delituoso.

...”

(ACR 96.04.61201-8/PR, Rel. Juiz Teori Zavascki, DJ 04-06-97, p. 40.710)

“PENAL. APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO. CRIME CONTINUADO. PRINCÍPIO DA ATIVIDADE.

A lei nova que sobrevém ao início do crime continuado, ainda que mais severa, é aplicável a toda a série de delitos que o unificam se o agente persevera na respectiva prática, porque está advertido das conseqüências de sua conduta.

Apelação improvida.”

(ACR 95.04.05500-1/PR, Rel. Juiz Ari Pargendler, DJ 31-05-95, p. 33.494).

No mesmo sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. DENÚNCIA: ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. LEI PENAL NO TEMPO. LEI NOVA MAIS SEVERA. PERÍCIA CONTÁBIL. CP, ART.71. LEI Nº 4.729/65. LEI Nº 8.137/90.

I. (...)

II. Se vários delitos em continuação foram cometidos na vigência da Lei nº 4.729/65, mais branda, e um cometido quando vigente a Lei nº 8.137/90, mais severa, aplica-se esta última. Precedente do STF: Extradicação nº 714 - Rep. Italiana.

III.

IV. HC indeferido(...)”

(Habeas Corpus nº 76.382-1/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, 29.09.98).

Quanto ao argumento de nulidade da sentença pela não realização de perícia contábil, igualmente não merece prosperar. Pacífico é o entendimento nos Tribunais de que a realização de perícia é dispensável quando presentes nos autos outros elementos capazes de comprovar a materialidade e a autoria do fato.

No caso em tela, a materialidade do delito está sobejamente comprovada pelo procedimento de fiscalização do INSS (fls. 21/48) e pelos depoimentos prestados (fls.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

65/66; 140 verso, e 186 verso), porquanto evidenciado que a ré deixou de recolher contribuições descontadas dos seus empregados, razão da prescindibilidade de eventual perícia contábil, a qual poderia ter sido realizada a pedido da defesa durante a instrução, fato que inocorreu (Precedente: STJ, HC 5641-CE, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 10.11.97, p. 57839).

Quanto à alegação de inexistência do crime por falta do *animus rem sibi habendi*, nenhum reparo merece a sentença do juízo *a quo*. A conduta delituosa imputada à ré consiste em deixar de recolher, no prazo legal, aos cofres da Previdência, as contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos segurados. A conduta prevista no art. 95, "d", da Lei nº 8.212/91 caracteriza crime omissivo próprio e de mera conduta, onde o dolo independe da intenção específica de auferir proveito, pois o que se tutela não é a apropriação das importâncias, mas o seu regular recolhimento (AC n. 96.04.53755-5/SC, rel. Juiz Gilson Dipp, DJ 30.4.97, p. 29.526). Deste modo, não havendo o recolhimento, no dia aprazado, aos cofres da Previdência dos valores descontados, está consumado o crime, independentemente de qualquer outra indagação. Nesse sentido o entendimento do juiz Celso Kipper, em trabalho publicado na LEX - Jurisprudência STJ e Tribunais Regionais, nº 58, junho de 1994. pp. 11/12:

"A primeira consequência da estrutura omissiva do tipo do delito de não-recolhimento das contribuições arrecadadas dos segurados, e da não-equivalência ao crime de apropriação indébita, é a de que não se exige para a consumação do primeiro o *animus rem sibi habendi*, ou seja, o propósito de inverter o título da posse passando a possuir a coisa como se fosse sua, com a deliberada intenção de não restituir, própria da aceção do vocábulo *apropriar-se*, elemento integrativo do tipo penal do segundo delito. Havendo o desconto dos empregados das quantias relativas à contribuição previdenciária, e a posterior omissão no seu recolhimento aos cofres da Seguridade Social, consuma-se o delito, sem que seja preciso investigar, no animus do agente, a intenção de restituir ou não as quantias descontadas. O dolo necessário é o genérico, consistente na intenção de descontar do salário dos empregados as quantias referidas e de deixar de repassá-la à Seguridade Social." (grifei)

A obrigação que tinha a ré de recolher ao Instituto Nacional do Seguro Social as contribuições descontadas dos empregados de sua empresa estava estabelecida, em maio de 1991, pelo então vigente Decreto nº 90.817/85, artigo 54, inciso I, alíneas a e c, *in verbis*:

"Art. 54 (...)

I- (...)

a) descontar, no ato do pagamento da remuneração do empregado, do trabalhador avulso e do trabalhador temporário, as contribuições e outras importâncias por eles devidas à Previdência Social;

b) (...)

c) recolher as importâncias descontadas nos termos da letra "a", juntamente com a contribuição da letra "c", do item II, do artigo 33, até o décimo dia útil do mês seguinte àquele a que elas se referirem;

(...)"

Além do que, como bem refere o eminente representante do Ministério Público Federal, em seu parecer à fl. 269, "*ainda que nesse específico mês não houvesse tal obrigação, isso em nada afastaria a configuração dos demais delitos praticados sucessivamente até o período de setembro de 1992. Ressalte-se, outrossim, que a imposição do aludido dever ao empregador não constitui matéria reservada à lei complementar, conforme alega a defesa.*"



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Quanto à aplicação da pena, alguns reparos devem ser feitos. Vejamos.

No que tange à fixação da pena-base, correta a sentença do juízo *a quo*. Como visto acima, aplica-se ao caso em tela a Lei nº 8.212/91. Pena-base bem fixada no mínimo legal, já que o conjunto das circunstâncias judiciais são favoráveis à ré. Não há que se falar na aplicação da atenuante de confissão, pois não poderia a pena-base vir aquém do mínimo cominado.

Também não merece reparos o aumento pela continuidade. A figura do crime continuado é ficção legal que tem por escopo evitar e impedir um excessivo rigor punitivo. Para a caracterização do crime continuado é necessária a pluralidade de ações, pluralidade de crimes da mesma espécie, unidade de tempo, lugar e maneira de execução. Presentes estes requisitos nos crimes ora imputados ao réu, é de reconhecer-se o aumento pela continuidade delituosa, pois caso contrário teríamos que aplicar as penas do concurso material, o que seria bem mais prejudicial a ré. Assim acordou o eminente representante do *Parquet*, fl. 263, “ *Considerando-se a periodicidade do crime fiscal, maio de 1991 a setembro de 1992, com ações delitivas sucessivas, semelhantes no modo operacional e temporal, conclui-se que os delitos subseqüentes foram continuação do primeiro. Caso assim não fosse, deveria ser aplicado o concurso material ao caso em tela, somando-se as penas cominadas à conduta criminosa de acordo com o número de omissões cometidas. Inviável, por todo exposto, a hipótese do não reconhecimento do crime continuado para a operação do cálculo da pena imposta ao denunciado.* ”

Quanto à porção fracionária a ser aumentada, a doutrina e a jurisprudência têm sido unânimes em afirmar que, em casos de crimes continuados, a dosagem deve ser feita de acordo com o número de infrações cometidas. Assim, diante da existência de reiteradas condutas (17 meses - maio de 1991 a setembro de 1992), a majoração em $\frac{1}{4}$ (um quarto) está adequada.

Dessarte, descabida a concessão do *sursis*, pois não preenchido o requisito do “*caput*” do artigo 77, do Código Penal (pena não superior a 2 anos).

Porém, e tendo em vista que: (a) a Lei nº 9714/98 ampliou a possibilidade de comutação da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para crimes cujas condenações não sejam superiores a 4 (quatro) anos; e (b) que a ré preenche os demais requisitos previstos nos incisos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade imposta por uma de prestação de serviços à comunidade (art.44, parágrafo 2º, segunda parte, *c/c* art. 43, inciso IV, todos do Código Penal), a ser especificada pelo juízo da execução.

Embora não possa prosperar a tese de supressão da pena de multa como requer a condenada, pois estaria a magistrada *a quo* ignorando previsão legal, deve esta ser alterada em seu duplo aspecto .

Na fixação da pena de multa, deve-se calcular, em primeiro lugar, o número de dias-multa, conforme o art. 59 do CP e, a seguir, o valor de cada dia, em função do rendimento do sujeito e de seu nível de vida, nos termos do art. 60 também do Código Penal. Tendo em vista que a sentença de primeiro grau reconheceu reprovabilidade mínima ao fato delituoso, tanto que fixou a pena-base no mínimo cominado, é de se fixar a pena de multa de modo a acompanhar os critérios utilizados na dosimetria da pena privativa de liberdade, ou seja, em 10 dias-multa (mínimo legal) aumentada de $\frac{1}{4}$ (um quarto) pela continuidade,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

totalizando 12,5 dias-multa. Diminuo, ainda, para $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente o valor diário, haja vista que o *quantum* estabelecido pelo juízo *a quo* (metade do salário mínimo) encontra-se em descompasso com a condição econômica da ré.

Devido, também, o pagamento de honorários advocatícios ao defensor dativo, haja vista que o defensor constituído, devidamente intimado (fl. 204), não apresentou alegações finais no momento oportuno. Fixo, porém, em R\$ 118,16 (cento e dezoito reais e dezesseis centavos) os honorários, de acordo com o art. 1º, nº 4, “b”, do Provimento nº 108, de 14/07/99, deste Tribunal.

Em face do exposto, voto no sentido de conhecer da apelação para **dar-lhe parcial provimento**, a fim de reformar a sentença recorrida no sentido de, nos termos da fundamentação, condenar a ré: (a) a uma pena de prestação de serviços comunitários, pelo período de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, observado o art. 55 do CP, (b) ao pagamento de 12,5 dias-multa no valor unitário de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo vigente, e (c) ao pagamento de R\$ 118,16 (cento e dezoito reais e dezesseis centavos) referentes aos honorários advocatícios devidos ao defensor dativo.


Ellen Gracie Northfleet
Relatora