



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2000.04.01.057876-6/RS

RELATOR : **DES. FEDERAL VLADIMIR FREITAS**
APELANTE : **OSCAR JOAO DAVID**
ADVOGADO : **Alceu Barbosa Velho e outro**
: **Airton Barbosa de Almeida**
APELADO : **MINISTERIO PUBLICO**
ADVOGADO : **Luis Alberto D'Azevedo Aurvalle**

RELATÓRIO

O Procurador da República ofereceu denúncia contra **Oscar João David**, qualificado nos autos, dando-o como incurso nas penas do art. 95, “d”, da Lei 8212/91 c.c art.71 do Código Penal, porque na qualidade de sócio-gerente da empresa **Metalshow Indústria Metalúrgica Ltda**, com sede em Caxias do Sul, descontou dos salários de seus empregados contribuições previdenciárias relativas ao período de julho de 1994 a junho de 1996, no valor de R\$ 22.816,50, sem efetuar o recolhimento aos cofres públicos, como determina a lei.

A denúncia foi recebida em 09/12/1996 (fl.60) e, o réu foi interrogado (fl.68), apresentou defesa prévia (fl.69) e foram ouvidas as testemunhas da acusação e defesa (fl.83 e 95/96). Em alegações finais, o Ministério Público Federal pediu a condenação do réu em continuidade delitiva (fls.124/131) e a Defesa requereu a absolvição do acusado (fls.134/156).

O MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Caxias do Sul julgou procedente a ação, condenando o réu na pena do art.95, “d”, da Lei 8212/91 c.c art.71 do Código Penal, a cumprir pena de 3 anos, 1 mês e 9 dias de reclusão e ao pagamento de 130 dias-multa à razão de 1/30 do valor do salário-mínimo (fls.162/177).

Inconformado, apelou o réu sustentando, em síntese, que seria necessário a prova pericial para que fossem comprovadas as dificuldades financeiras, motivo pelo qual houve a omissão, inexistência de dolo na sua conduta, ser inconstitucional a prisão por dívida, aplicação da anistia do art. 11, da Lei 9639/98 e ser muito alta a pena privativa de liberdade fixada (fls.186/212).





**Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

Com contra-razões, subiram os autos a este Tribunal onde a Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo improvimento da apelação do réu.

É o relatório. Ao Juiz Revisor.

**Des. Federal Vladimir Freitas
Relator**





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2000.04.01.057876-6/RS

RELATOR : **DES. FEDERAL VLADIMIR FREITAS**
APELANTE : **OSCAR JOAO DAVID**
ADVOGADO : **Alceu Barbosa Velho e outro**
: **Airton Barbosa de Almeida**
APELADO : **MINISTERIO PUBLICO**
ADVOGADO : **Luis Alberto D'Azevedo Aurvalle**

VOTO

Oscar João David foi processado por infração ao art. 95, alínea “d”, da Lei 8.212/91 c.c art. 71 do Código Penal, perante o Juízo Federal de Caxias do Sul, RS, porque se omitiu no recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados da empresa Metalshow Indústria Metalúrgica Ltda, no período de julho de 1994 a junho de 1996, findando por ser condenado a cumprir a pena de 3 anos, 1 mês e 9 dias de reclusão e multa (fls.162/177).

Inconformado, apelou buscando reforma da sentença, sustentando, em síntese, que seria necessário a prova pericial para que fosse comprovada as dificuldades financeiras, inexistência de dolo na sua conduta, ser inconstitucional a prisão por dívida, aplicação da anistia do art. 11 da Lei 9.639/98 e ser muito alta a pena privativa de liberdade fixada.

Antes de enfrentar as razões do recurso de apelação, cumpre observar que no Brasil a conduta atribuída ao Apelante é considerada crime desde a entrada em vigor do Decreto-lei 65, de 14.12.1937. Com o passar do tempo o tipo penal sofreu pequenas alterações e as penas foram se alterando. Mas a omissão no recolhimento sempre continuou sendo fato típico. Confirma-se a Lei 3.807/60, Lei 8.137/90, Lei 8.212/91 e mais recentemente a Lei 9.983, de 17.07.2000, que inseriu a norma no Código Penal, como crime de apropriação indébita e elevou a pena máxima.

Muito embora antigo, este delito nunca foi bem aceito pela comunidade jurídica. Até a entrada em vigor da Lei 8.212/91 ele não tinha a menor efetividade. A lei existia mas era ignorada. Depois ele começou a alcançar pequenos e grandes empresários e como a pena mínima (2 anos) sempre era elevada em razão da continuidade delitiva, não permitia a concessão de “sursis”. Muitas foram as condenações e passaram-se anos para que a doutrina começasse a interessar-se pelo tema e a sanção ser aceita.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Constantemente vem à discussão a constitucionalidade do tipo penal da Lei 8.212/91, agora inserido no art. 168-A do Código Penal. Afirma-se que é inconstitucional o art. 95, alínea “d” da Lei 8.212/91, porque ofende ao art. 5º, inc. LXVII da Constituição Federal, que veda prisão por dívida. Dizem, ainda, que o referido delito foi revogado pelo Tratado sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Congresso Nacional através do decreto Legislativo nº 27, de 26.05.1992. Examinarei as duas alegações simultaneamente, visto que elas se confundem.

A prisão por omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não é prisão por dívida. É tipo penal, regularmente editado pelo Congresso Nacional no uso de suas atribuições constitucionais. Existe desde 1937 (Decreto-lei nº65) e jamais foi tido por inconstitucional. É por tal motivo que não há ofensa a qualquer dispositivo constitucional e nem houve revogação pelo Pacto de São José da Costa Rica. É possível, por exemplo, discutir se a prisão em caso de alienação fiduciária ofende a Carta Magna ou o Pacto referido. Mas não o crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias.

Passo a examinar as alegações do Apelante e cotejá-las com as provas dos autos. Com relação à impossibilidade de efetuar os recolhimentos das contribuições em razão de dificuldades financeiras, registro que ela pode constituir causa de excludente de antijuricidade, por inexigibilidade de outra conduta. Com efeito, se a empresa está em estado falimentar, tem vários títulos protestados, sofre execuções e responde a reclamações trabalhistas, é admissível que não recolha os descontos por impossibilidade absoluta.

No caso dos autos o que se observa é que foi oportunizado ao réu a produção de prova documental comprobatória, a fim de demonstrar as dificuldades financeiras da empresa. Houve apresentação da prova documental e por isso não houve cerceamento de defesa no indeferimento do pedido de prova pericial. Aliás, o MM. Juiz sentenciante fez minuciosa análise dos documentos juntados, concluindo, com acerto, pela inexistência de justificativa para o não recolhimento (fl.172). A propósito da realização de perícia neste tipo de crime já decidiu este Tribunal que:

“ Tratando-se de crime omissivo, que não deixa vestígios, considerado como fenômeno subjetivo/normativo, desnecessária a realização de perícia contábil.”(Correição Pacial nº 98.04.08234-9/PR, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, 1ª T., un., DJU de 8.7.98, p.189).

Tratando-se de crimes de omissão, o dolo é genérico, a vontade é livre e consciente de descontar dos salários dos empregados os valores correspondentes à contribuição previdenciária e não repassá-las à Previdência





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Social. A propósito merece ser citada a lição de José Paulo Baltazar Junior em sua obra “O crime de omissão no recolhimento de contribuições sociais arrecadadas”, Ed. Livraria do Advogado, p.125 “*Não há forma culposa, à míngua de previsão legal, embora a imprudência possa gerar omissão no recolhimento. Assim, o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de não recolher a contribuição previdenciária arrecadada dos empregados.*”

Não há como aplicar a anistia penal prevista no caput do artigo 11 da Lei 9639/98, pois refere-se aos agentes políticos que tenham sido responsabilizados pela prática do art. 95, “d”, da Lei 8212/91, sem que fosse sua atribuição. A tese do Apelante jamais foi aceita pela jurisprudência. Confira-se:

“ O parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639/98 resultou de erro, não tendo força de lei nem, tampouco, gerando efeitos jurídicos, eis que não aprovado pelo Congresso.”(Agravo Regimental em AI nº 2000/0035837-1, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJU de 6.11.2000, p.229).

No que tange à dosagem da pena corporal, observo que a jurisprudência majoritária é pacífica no sentido de que o aumento decorrente da continuidade não precisa obedecer o critério objetivo ou matemático. Isto ainda mais se justifica no crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, onde a pena já é elevada. Veja-se, a propósito, o decidido pelo Col. Sup.Tribunal de Justiça:

“ A continuidade deve ser considerada, para fins de aumento da reprimenda, em percentual de menor intensidade, pela própria característica do delito repetitivo de que se cuida.” (1ª T., Min. Juiz Gilson Dipp, DJU de 24.06.98, p.494)

Assim, reexaminando a dosagem da pena e adotando as próprias razões externadas na sentença, ratifico a pena-base de 2 anos e 2 meses de reclusão, sem aumentá-la para 7 meses como feito (fl.175). Em seguida, face à confissão reconhecida (fl.176) reduzo-a para 2 anos de reclusão e em seguida, face ao número de meses (24), elevo-a em 1/3; tornando-a definitiva em 2 anos, 8 meses de reclusão. A substituição da pena corporal fica mantida nos termos em que foi feita (fl.176). A pena de multa fica mantida (fl. 175).

Face ao exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação.

Des. Federal Vladimir Freitas
Relator





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2000.04.01.057876-6/RS
RELATOR : DES. FEDERAL VLADIMIR FREITAS
APELANTE : OSCAR JOAO DAVID
ADVOGADO : Alceu Barbosa Velho e outro
: Airton Barbosa de Almeida
APELADO : MINISTERIO PUBLICO
ADVOGADO : Luis Alberto D'Azevedo Aurvalle

EMENTA

DIREITO PENAL .OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ANISTIA. DOLO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. CONTINUIDADE DELITIVA.

1. Não se estende aos agentes particulares a anistia prevista no art. 11, parágrafo único, da Lei nº 9.639/98.
2. O dolo independe da intenção específica (animus rem sibi habendi), bastando a vontade livre e consciente de não recolher aos cofres públicos os valores devidos.
3. Não há como acolher a justificativa de que a omissão se deu por falta de recursos financeiros se não há prova cabal e absoluta da inexigibilidade de conduta diversa frente às dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa.
4. Nos crimes de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não se recomenda rigor excessivo no acréscimo em razão da continuidade delitiva, porque, além da pena mínima ser elevada, tal tipo de delito sempre é cometido de forma continuada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 05 de março de 2002.

Des. Federal Vladimir Freitas
Relator

