



Poder Judiciário  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2001.04.01.073503-7/RS**

**RELATOR** : **DES. FEDERAL ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO**  
**APELANTE** : **ANDRÉ LUIS SANTOS MAGGIANI**  
**ADVOGADO** : **Gelson Rolim Stocker**  
**APELADO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**ADVOGADO** : **Luis Alberto D'Azevedo Aurvalle**

## RELATÓRIO

JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: - O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra ANDRÉ LUIS SANTOS MAGGIANI, FRANCISCO FREITAS DOS SANTOS e MARLEI ZUCOLOTTO FREITAS DOS SANTOS, pela prática da infração penal descrita no art. 95, *d*, da Lei nº 8.212/91, em continuidade delitiva (art. 71 do CP). Narra a inicial que os acusados, na condição de responsáveis (sócios-gerentes) pela administração da empresa Transcan – Transportes Canoas Ltda., no período de abril a dezembro de 1997, deixaram de recolher aos cofres do INSS, no prazo legal, importâncias descontadas dos salários de seus empregados a título de contribuição previdenciária. Sem os acréscimos legais, o valor devido à Seguridade Social totalizava, em 20 de janeiro de 1998, R\$ 36.074,42 (trinta e seis mil, setenta e quatro reais e quarenta e dois centavos), consoante as NFLDs nºs 32.585.707-5, 32.585.708-3, e respectivos demonstrativos (fls. 11-14 e 18-21). A peça em debate foi recebida no dia 29-04-98 (fl. 02).

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença (fls. 597-632), julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva, para **absolver** FRANCISCO FREITAS DOS SANTOS e MARLEI ZUCOLOTTO FREITAS DOS SANTOS, com fulcro no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal, e **condenar** ANDRÉ LUIS SANTOS MAGGIANI pelo cometimento do delito insculpido no art. 95, *d*, da Lei nº 8.212/91, *c/c* o art. 71 do Código Penal, às sanções de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, fixados unitariamente em meio salário mínimo vigente à época dos fatos (abril/97), atualizados até a data do efetivo pagamento. Presente a hipótese do art. 44 e incisos do mencionado diploma legal, houve substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo a ser pago bimestralmente em favor de instituição assistencial. O *decisum* foi publicado em 25-07-2001 (fl. 633).





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

Irresignado com a decisão *a quo*, apelou o Réu. Em suas razões recursais (fls. 656-69) sustenta, preliminarmente, a nulidade do processo por cerceamento de defesa, em razão da negativa de inquirição de testemunha, falta de intimação para se manifestar sobre a juntada de determinados documentos, bem assim indeferimento do pedido de prova pericial. Relativamente ao mérito, aduz que as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa justificam a omissão no recolhimento da verba previdenciária em decorrência da inexigibilidade de conduta diversa, excluindo-se, assim, sua culpabilidade.

Oficiando no feito, a douta Procuradoria Regional da República manifestou-se pela rejeição da preliminar e improvimento do apelo, salientando que o parecer ministerial supre a ausência de contra-razões quando aplicado o art. 600, § 4º do CPP (fls. 671-84).

É o relatório.

À revisão.

**Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**





Poder Judiciário  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2001.04.01.073503-7/RS**  
**RELATOR : DES. FEDERAL ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO**  
**APELANTE : ANDRÉ LUIS SANTOS MAGGIANI**  
**ADVOGADO : Gelson Rolim Stocker**  
**APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**ADVOGADO : Luis Alberto D'Azevedo Aurvalle**

**VOTO**

JUIZ ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: - Mister, inicialmente, apreciar questão de caráter preliminar.

Não merece trânsito a assertiva de nulidade do processo por cerceamento de defesa, porquanto indemonstrado efetivo prejuízo às partes capaz de macular a regularidade do processamento da ação criminal. Irresigna-se o acusado com a negativa de inquirição de testemunha, falta de intimação do seu procurador sobre a juntada de determinados documentos aos autos e indeferimento do pedido de prova pericial.

O art. 563 do Código de Processo Penal dispõe:

*“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.*

Oportuno trazer à colação entendimento do Superior Tribunal de Justiça relacionado ao tema:

*“PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. RECOLHIMENTO À PRISÃO. CRIME GRAVE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. Em tema de nulidade no Processo Penal, o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que **para o reconhecimento da nulidade do ato processual é necessário que se demonstre, de modo objetivo, os prejuízos conseqüentes, com influência na apuração da verdade substancial e reflexo na decisão da causa (CPC, art. 566). (...)**” (RHC nº 5082/SP, Rel. Min. Vicente Leal, public. no DJU edição do dia 05-08-1996 p. 26.421)*





Poder Judiciário  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Inobstante tenha o réu se manifestado no prazo legal (art. 405 do CPP) sobre o despacho de fls. 464, indicando o correto endereço do sr. Julio César Schneider a viabilizar sua intimação para posterior oitiva (fl. 470), não restou configurada a imprescindibilidade de tal testemunho. Fica evidente que a produção dessa prova em nada influenciaria a situação do apelante no contexto dos fatos, diante de sua inegável responsabilidade pela liquidação do débito previdenciário em comento.

Ademais, as alegações de defesa em crimes dessa natureza – onde o que se tenta provar é a extrema precariedade econômica da empresa administrada pelo acusado, impossibilitando o recolhimento da verba previdenciária na época própria – devem ser amplamente comprovadas através de documentos. O conjunto probatório testemunhal serve como subsídio para cotejo com as peças apresentadas nos autos.

Relativamente à ausência de intimação sobre a juntada de determinadas peças pelos co-réus ou por ordem judicial, insta enfatizar que o STJ já se manifestou sobre o assunto no sentido de que *“a falta de pronta intimação do defensor para se manifestar sobre documentos juntados constitui-se em nulidade relativa, sendo impróprio o reconhecimento de qualquer vício, se não suscitado em tempo oportuno e se ausente a demonstração de prejuízo à defesa”* (RHC 10199/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, publ. no DJU edição do dia 23-04-2001, p. 164).

Improcede, assim, a irresignação do recorrente, considerando que seu procurador teve acesso aos autos por diversas oportunidades após a apresentação dos mencionados documentos. Não tendo sido noticiado o inconformismo nas alegações finais (fls. 590-91), resta preclusa a discussão da matéria.

Cumprir destacar, ainda, que as declarações de imposto de renda, acostadas ao processo por decisão do Juízo singular, constituiriam benefício, na medida em que, esclarecendo a situação patrimonial (pessoa física e jurídica) dos envolvidos, poderiam corroborar a tese de extrema dificuldade financeira enfrentadas pela empresa Transcan no período dos fatos.

No tocante ao indeferimento do pedido de perícia contábil, igualmente, não merece trânsito a pretensão do apelante. Em tese, enorme gama





Poder Judiciário  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

de documentos pode perfeitamente demonstrar a aludida precariedade econômica da firma. Prescindível, assim, o referido meio de prova, que, na espécie, representa, apenas procrastinação ao regular andamento do processo. Esta Corte tem orientação pacífica sobre o tema, como se vê do seguinte aresto:

*NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ANISTIA. INCONSTITUCIONALIDADE. MP 1.571-6/97. PERÍCIA CONTÁBIL. DOLO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. PENA. 1. a 7. omissis. 8. Dificuldades financeiras dispensam perícia, pois são apuráveis mediante prova documental, como, p. ex., os balanços patrimoniais e demonstrativos contábeis da empresa, escrituras ou recibos de vendas de bens para pagamento de dívidas sociais, declaração de rendimentos, protestos, execuções, reclamatórias trabalhistas, pedidos de falência, concordata, etc., pois a prova do fato - dificuldades financeiras - prescinde do conhecimento especial de um técnico, bem como é desnecessária frente a outros elementos que podem ser facilmente produzidos pela defesa - art. 420, CPC c/c art. 184 do CPP. 9. a 12. omissis. (ACR nº 1998.04.01.074479-7/SC, Rel. Juiz Vílson Darós, Segunda Turma, DJ de 24.09.2000, p. 115)*

Tendo o posicionamento do ilustre magistrado *a quo* primado pelo bom senso, negando providência desnecessária ao deslinde da controvérsia, não se vislumbra afronta ao princípio da ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV, da Magna Carta.

Nesse sentido, aliás, os Acórdãos assim ementados:

*HABEAS CORPUS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS CUJA NECESSIDADE NÃO FOI DEMONSTRADA. 1. Não induz cerceamento de defesa o indeferimento de pedido, na fase do art. 499 do CPP (...) cuja necessidade não resta demonstrada, de que tenha origem nas circunstâncias ou nos fatos apurados na instrução. 2. Ordem denegada. (STJ, HC nº 8992/RJ, Rel. p/ o Acórdão Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ de 25.19.99, p. 130)*

*“PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO-ARGÜIÇÃO OPORTUNA. SANABILIDADE. Em tema de nulidade no processo penal, as vigas mestras do sistema assentam-se nas seguintes assertivas: (a) ao argüir-se nulidades, deve-se indicar, de modo objetivo os prejuízos correspondentes, com influência na apuração da verdade substancial e reflexo na decisão da causa (CPP, art. 566); (b) em princípio, as nulidades consideram-se sanadas se não forem*





Poder Judiciário  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

*argüidas no tempo oportuno por inércia da parte. Meras irregularidades no curso da instrução, sem prova de influência na busca da verdade ou repercussão da sentença, não tem relevância jurídica e resulta sanada, à míngua de argüição na fase, prevista no art. 571, II, do CPP. Habeas Corpus denegado.” (HC nº 8.464/SP, Rel. Min. Vicente Leal, publ. no DJU de 23-08-99, p. 149)*

*“PENAL. PROCESSUAL. NULIDADES. SUSTENTAÇÃO ORAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ‘HABEAS CORPUS’. 1. Em se tratando de nulidade processual, há que ser aplicado o princípio do ‘pas de nullité sans grief’. Para que o ato seja de fato declarado nulo, portanto, é preciso que dele decorra efetivo prejuízo às partes, o que não foi efetivamente demonstrado aqui. 2. (...)” (HC nº 8.890/SC, Rel. Min. Edson Vidigal, publ. no DJU de 22-11-99, p. 166)*

Vencidas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Não há controvérsias quanto à materialidade e autoria do delito, porém, busca o apelante a incidência da causa supralegal de exclusão da culpabilidade com base na **alegação de dificuldades financeiras**, que supostamente teriam impossibilitado o recolhimento da verba previdenciária na época própria.

Tal pretensão, no entanto, ampara-se em conjunto probatório frágil, não impedindo o juízo condenatório. As razões recursais não apontaram fato relevante ou que tenha sido incorretamente examinado no *decisum*. De outro lado, os documentos apresentados pela defesa foram criteriosamente apreciados pelo nobre julgador singular, não se constatando qualquer irregularidade no ato judicial combatido. Assim, evitando-se tautologia transcrevo excerto pertinente, *in verbis*:

*“1. Confissão de dívida, fls. 491-492 – Tal documento refere-se à cobrança a maior efetuada pela empresa de fretes de produtos, durante os meses de junho a setembro de 1995, sendo as parcelas para o pagamento do débito confessado fixadas durante o ano de 1996. Esse documento, como é evidente, não serve para evidenciar a situação financeira da empresa, porquanto não é decorrente de atraso no pagamento, mas de cobrança a maior de fretes e produtos. 2. Certidão da Justiça do Trabalho, fls. 493-504 – Esta certidão relaciona diversas Reclamatórias Trabalhistas ajuizadas contra a empresa Transcan, sendo que destas uma parcela mínima é de feitos ajuizados no ano de 1997, quando foram apuradas as omissões de recolhimento objeto da presente ação penal, o que caracteriza um fato absolutamente normal dentro da atividade comercial, verificado inclusive em empresas com alta lucratividade. 3. Relação*





Poder Judiciário  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

*de cheques do UNIBANCO, sem fundos, emitidos pela empresa Transcan, fls. 506-510 – Tal relação apresenta diversos cheques sem fundo emitidos pela empresa nos anos de 1997 e 1998, sendo poucos relativos ao período dos fatos e em valores que não parecem, à primeira vista, muito significativos. 4. Certidões da Justiça Estadual da Comarca de Canoas/RS, fls. 516-520 – As certidões arrolam diversas ações cíveis ajuizadas contra a empresa, bem como algumas contra a pessoa do réu André Luis, como a de prestação de contas proposta por Ilso Zocolotto, referida acima, fl. 517, mostrando-se significativas apenas algumas poucas execuções fiscais ajuizadas pelo Estado do Rio Grande do Sul no período dos fatos, sendo que as demais foram ajuizadas já contra a massa falida da empresa, a partir do ano de 1998. Evidencia a ordem de prioridade do pagamento dos débitos a inexistência de ações de execução ajuizadas no período dos fatos por credores privados. 5. Certidão do Tabelionato de Protesto de Títulos da Comarca de Canoas/RS, fls. 521-536 – Desta relação, grande parte se refere a títulos com vencimento no ano de 1997. Diante desta análise, é possível verificar que a empresa passava, no período dos fatos, por uma situação precária, porém não crítica, de desestruturação administrativa e financeira. Conhecendo agora, a situação por meio do exame das declarações de rendimentos da empresa no período, verifico que esta é declarante pelo sistema de tributação com base no **lucro presumido**, calculado por um percentual incidente sobre o faturamento, sendo **indicativo de que esta sofreu resultados positivos no período dos fatos**, uma vez que, se estivesse verificando constantes resultados deficitários, o sistema da tributação com base no lucro real seria nitidamente mais benéfico. Observo pela DIRPJ referente ao ano calendário de 1997, que a empresa possuía saldo em caixa, no final deste, no valor de R\$ 3.896,00, fl. 579, sendo que o réu André Luis recebeu rendimentos da empresa – isentos e não tributáveis -, a título de lucro, no valor de R\$ 110.088,33 (fls. 560 e 576). R\$ 2.750,36 e o réu também recebeu rendimentos isentos e não-tributáveis no montante de R\$ 139.464,17 (fls. 562 e 582). Pró-labore, o réu também percebeu em ambos os períodos examinados, embora os montantes pareçam apenas ilustrativos, já que bastante módicos diante do lucro referido acima. Ora, não há como se considerar que está em situação de absoluta insolvência a empresa que, no período dos fatos, paga a seu dirigente a quantia de R\$ 110.088,33, significativamente superior, frise-se, ao seu débito perante o INSS. Os elementos trazidos aos autos indicam que a inadimplência da empresa gerida pelo réu André é decorrente, primordialmente, de sua questionável administração, objeto da notitia criminis formulada pelo atual dirigente da empresa, Ilso Zocolotto. Nesta esteira, não restou provada a situação de absoluta insolvência da empresa, capaz de ensejar o reconhecimento da causa supra legal de exclusão da culpabilidade do réu pelas dificuldades financeiras. (...) Conforme já referido acima, o réu sofreu significativos rendimentos da empresa Transcan no período dos fatos. Sua situação patrimonial teve uma alteração considerável no ano-base de 1997, em decorrência da venda das cotas sociais da empresa, como já referido, não indicando o réu possuir qualquer outro bem além do capital da empresa. Não se olvide que o réu André Maggiani, detentor à época da alienação de 99% das ações da empresa (fl. 31), não fez qualquer menção em suas DIRPFs quanto ao significativo valor da venda da empresa, R\$ 620.000,00, sendo que*





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

*deste valor R\$ 470.000,00 é representado por inúmeros imóveis, como relacionado à fl. 325. Saliento que em virtude deste contrato, objeto de discussão judicial como notícia a Ação de Prestação de Contas nº 800107565, fls. 333-337 e 517, ajuizada por Ilso Zocolotto contra o réu, este teria recebido parte do valor do pagamento em dinheiro, sendo que o restante seria pago por meio da dação de bens imóveis, fls. 324 e 325. Dito valor, ao que se pode concluir, não foi utilizado para o ajuste das contas finais da empresa, que em muito superavam tal montante, segundo notícia o comprador, que busca judicialmente o desfazimento do contrato, levando ao conhecimento do Ministério Público as sucessivas irregularidades praticadas pelo réu antes e durante a gestão como mandatário na administração da empresa, fls. 338-340. Diante de todos os elementos analisados, verifica-se que a atitude adotada pelo réu André à frente da empresa Transcan é flagrantemente contraposta àquela hábil a configurar a exculpante sub examine, porquanto: (1) durante o período dos fatos retirou vultosos valores da empresa; (2) não declarou, a este Juízo ou à Receita Federal, a destinação dada aos recursos auferidos com a alienação da referida empresa, os quais, obviamente, (3) não foram destinados ao saneamento da empresa alienada. Assim, diante de tudo que foi apreciado nos autos, não restou demonstrada a absoluta dificuldade financeira da empresa, que se manteve, ao que parece, financiando-se, em grande parte, mediante o inadimplemento dos créditos públicos. Ademais, não restou configurado o pressuposto do sacrifício do patrimônio pessoal do réu, necessário para caracterizar a exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.” (fls. 624-28)*

Para a caracterização da referida excludente de culpabilidade, impende que o agente demonstre não possuir outro modo de evitar o sacrifício do bem jurídico tutelado pela norma penal. É indispensável robusto conjunto probatório nesse sentido.

O que se depreende dos autos são problemas de ordem econômica *interna corporis*, normais ao longo da atividade empresarial (riscos que se assume com o negócio), sem configurar, no entanto, absoluta impossibilidade de efetuar-se mês a mês o repasse das parcelas devidas ao INSS. Assim, fica evidente a simples transformação de recursos públicos em privados.

A propósito, veja-se a orientação desta Corte:

**“PENAL. CRIME DE OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. PROVA. (...) 2. A alegação de dificuldades financeiras, para excluir a antijuridicidade, deve vir acompanhada de provas robustas, sendo imprestável tão-somente a prova testemunhal.”** (ACR 96.04.08949-8/PR, Rel. Juiz Jardim de Camargo, publicada no em 30-04-97, p. 29.547)







Poder Judiciário  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Ademais, segundo o disposto no artigo 156 do CPP, a prova da alegação incumbe a quem a fizer, sob pena de não ser considerada pelo julgador. Confira-se *decisum* do Tribunal Regional Federal da 3ª Região sobre o tema:

*“PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DOS SALÁRIOS DOS EMPREGADOS. ALEGAÇÕES DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. (...) II - Não tem a acusação o ônus da prova quanto à existência de recursos para os recolhimentos, devendo as alegações de dificuldades financeiras serem provadas pelo réu, conforme dicção do artigo 156 do CPP.”* (ACR 98.03.013298-9/SP, Relator Juiz Peixoto Júnior, publicada no DJU em 07-02-2001, p. 243)

Cuidando-se, portanto, de fato típico, tendo sido afastada a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, comprovadas a materialidade e autoria do delito, bem assim afastada a alegação de crise financeira como causa excludente de culpabilidade, entendo que deve ser mantida a sentença.

Cumpre salientar que restou devidamente aplicada a reprimenda, com o acréscimo de 1/6 em razão da continuidade delitiva, o arbitramento da multa, bem como a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, nos expressos termos do art. 44 do Código Penal. No caso das sanções alternativas, a prestação pecuniária atendeu às condições financeiras do réu, afigurando-se incensurável no caso de crime fiscal, onde o proveito auferido pelo sujeito passivo é eminentemente patrimonial, para garantir a efetividade da punição deve haver gravame financeiro ao condenado. Adequada, igualmente, a execução de serviços à comunidade.

Em face do exposto, nego provimento ao apelo.

**Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**





Poder Judiciário  
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2001.04.01.073503-7/RS**  
**RELATOR : DES. FEDERAL ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO**  
**APELANTE : ANDRÉ LUIS SANTOS MAGGIANI**  
**ADVOGADO : Gelson Rolim Stocker**  
**APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**ADVOGADO : Luis Alberto D'Azevedo Aurvalle**

**EMENTA**

DIREITO PENAL. NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FALTA DE INTIMAÇÃO SOBRE JUNTADA DE DOCUMENTOS. PERÍCIA CONTÁBIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. CULPABILIDADE.

1. Inexiste nulidade por cerceamento de defesa quando o acusado e seu patrono foram devidamente chamados à prática de todos os atos processuais nos termos da lei, bem assim quando não caracterizada a existência de prejuízo ao réu (CPC, art. 563). 2. Para que incida a causa supralegal de exclusão da culpabilidade relacionada às dificuldades financeiras da empresa do denunciado – que impossibilitariam o cumprimento de sua obrigação legal – deve haver robusto conjunto probatório nos autos demonstrando tal situação.

**ACÓRDÃO**

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

Porto Alegre, 01 de abril de 2002.

**Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**

