

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

ACORDÃO PUBLICADO
NO D.J.U.
14 JUL 1999

ACORDÃO PUBLICADO
NO D.J.U. DE
14 JUL. 1999

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 97.04.69746-5-RS
RELATOR : JUIZ FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA
APELANTE : FRED JORGE WILDNER
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO
ADVOGADOS : Enio Silveira e outro
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

EMENTA

CRIMINAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRISÃO POR DÍVIDA. INEXISTÊNCIA DE DESCONTO NOS SALÁRIOS. ARRECADAÇÃO. PERÍCIA CONTÁBIL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOLO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. OMISSÃO PERENE.

1. O art. 95, d, da Lei 8.212/91 é constitucional, pois a prisão não decorre da dívida previdenciária, mas do inadimplemento de uma obrigação legal - recolhimento das contribuições descontadas dos salários dos empregados no prazo da lei (art. 30, I, da Lei 8.212/91).

2. "O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento", nos termos do parágrafo 5º do art. 33. Em consequência da presunção legal, cabe ao réu a prova de que não havia desconto das contribuições nos salários - art. 156 do CPP.

3. A arrecadação dos valores pertine à materialidade do crime, a qual resta comprovada pelo procedimento de fiscalização do INSS (relatório fiscal), porquanto evidencia que deixou-se de recolher as contribuições descontadas dos salários dos empregados no período levantado pela autarquia, conforme folhas de pagamento, razão da prescindibilidade de eventual perícia contábil, a qual poderia ter sido realizada a pedido da defesa, o que inoocorreu durante a instrução - Precedente: STJ, HC 5641-CE, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 10.11.97, p. 57839.

4. O crime tipificado no art. 95, d, da Lei 8.212/91 não se equipara, nem tampouco se trata de apropriação indébita, pois, para sua caracterização, não precisa o agente tomar para si os valores das contribuições previdenciárias, consumando-se com a simples omissão no recolhimento, nas épocas próprias, relativamente aos valores descontados dos segurados ou de terceiros.

5. 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.

6. Somente a situação de absoluta insolvência da empresa e dos seus gestores, documentalmentemente comprovada nos autos (art. 157 do CPP), é capaz de acarretar um juízo absolutório, diante da gravidade do delito imputado.

7. Quando a firma deixa de cumprir com suas obrigações de natureza previdenciária por longos períodos (por 23 meses), é patente que tais omissões no recolhimento deixam de ser esporádicas, eventuais, circunstanciais, para integrar-se à vida financeira da empresa e ao modo de administração de seu(s) gestor(es), deixando de lado a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

atipicidade para transformar-se num estratagema operacional, isto é, numa verdadeira opção de gerenciamento fácil, incentivado pela cupidez de seu(s) titular(es) e, também, pela ausência de efetiva fiscalização por parte do INSS.

8. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

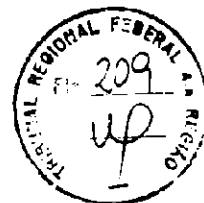
Porto Alegre, 1º de junho de 1999. (data do julgamento)

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Fábio Bittencourt da Rosa'.

FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO



APELAÇÃO CRIMINAL Nº 97.04.69746-5-RS
RELATOR : JUIZ FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA
APELANTE : FRED JOSÉ WILDNER
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATÓRIO

O feito foi assim resumido na decisão recorrida (fls. 161/163):

"FRED JOSÉ WILDNER, brasileiro, solteiro, comerciante, nascido em Venâncio Aires/RS, aos 19.12.60, filho de Harry Wildner e de Clédia Maria Wildner,

foi denunciado pelo Ministério Público Federal porque teria praticado a conduta incriminada no art. 95, alínea 'd', da Lei nº 8.212/91, c/c o art. 71 do Código Penal. Sendo responsável pela empresa FRED SOM - COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE SOM/MÊ, teria deixado de destinar aos cofres do INSS, no prazo legal, as contribuições previdenciárias que teria descontado dos salários pagos aos empregados, correspondentes aos meses de setembro e outubro de 1986, maio e agosto de 1987, abril, maio e julho de 1988, maio de 1989, setembro e dezembro de 1990, janeiro, novembro e dezembro de 1991 e janeiro e março a novembro de 1992.

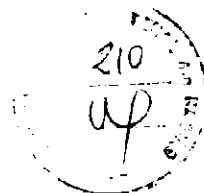
A denúncia teve por base Representação Fiscal para Fins Penais, tendo sido recebida aos 20.02.95 (fl. 02). Na mesma oportunidade, foi reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado quanto às competências anteriores ao mês de janeiro de 1991 (este incluído), porquanto reguladas, então, pela Lei nº 8.137/90, que previa pena máxima de dois anos de detenção para o delito em tela.

Citado, o réu submeteu-se a interrogatório e, por meio de procurador constituído, protocolou alegações preliminares (fls. 67/69).

Dando prosseguimento à instrução, foram inquiridas uma testemunha de denúncia (fiscal previdenciária responsável pela lavratura da NFLD) e duas testemunhas arroladas pela defesa (fls. 79 e 91/92).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO



Aberto às partes o prazo do art. 499 do Código de Processo Penal, o Ministério Público Federal requereu fossem atualizados os antecedentes do acusado (fl. 99 verso). A defesa não se manifestou.

Em alegações finais, o Agente Ministerial pediu a condenação do acusado, sustentando que as peças da Representação Fiscal encaminhada pela Autarquia Federal comprovariam a materialidade delitiva, enquanto os depoimentos em Juízo e o contrato social da empresa estariam a demonstrar a autoria.

Já a defesa, salientando que o desconto previdenciário nos salários dos empregados dava-se apenas em termos contábeis, entendeu estar presente causa de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, eis que o réu, em virtude de penúria financeira, estaria impossibilitado de recolher aos cofres do INSS os valores devidos. Com isso, pugnou pela absolvição.

Veio aos autos informação da Autarquia Previdenciária, noticiando o não-pagamento do débito objeto destes autos (fl. 95).

Os antecedentes do acusado foram acostados às fls. 49, 51, 55, 75, 80, 87 e 107/109."

O réu foi condenado, com fundamento no art. 95, "d", da Lei 8.212/91 c/c art. 71 do CP, às penas de 2 anos de reclusão e multa.

A defesa recorreu, dizendo que o réu nunca arrecadou ou descontou a contribuição dos salários dos funcionários. Alega, ainda, ausência de dolo específico e apropriação, além de dificuldades financeiras, postulando, a final, a reforma do julgado - fls. 178/193.

Contra-razões - fls. 195/198.

O agente do MPF opina pelo improvemento do recurso - fls. 202/207.

É o relatório.

À Revisão.

Porto Alegre, 09 de abril de 1999.

FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 97.04.69746-5-RS

RELATOR : JUIZ FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA

APELANTE : FRED JOSÉ WILDNER

APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença condenatória, por suposta infração ao art. 95, d, da Lei 8.212/91 c/c o art. 71 do CP (não recolhimento de contribuições previdenciárias, descontadas dos segurados no período de março/92 a novembro/92).

Preliminarmente, a matéria relativa ao desconto dos valores pertine à materialidade do crime, a qual resta comprovada pelo procedimento de fiscalização do INSS (relatório fiscal), porquanto evidencia que deixou-se de recolher as contribuições descontadas dos salários dos empregados no período levantado pela autarquia, conforme folhas de pagamento (fls. 16/22), razão da prescindibilidade de eventual perícia contábil, a qual poderia ter sido realizada a pedido da defesa, o que incorreu durante a instrução - Precedente: STJ, HC 5641-CE, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 10.11.97, p. 57839.

De capital importância que o "desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento", nos termos do parág. 5º do art. 33 da Lei 8.212/91.

Em conseqüência, cabe ao réu a prova de que não ocorreu o desconto das contribuições dos segurados - art. 156 do CPP.

A fiscal de contribuições, ouvida à fl. 79, disse: "Não houve qualquer informação de que, embora a documentação mostrasse que a parcela previdenciária era descontada dos funcionários, em realidade tal não ocorria, sendo feito o pagamento da remuneração aos empregados sem o efetivo desconto."

O próprio contador afirmou: "..., soube através do próprio réu que muito embora na documentação fiscal constasse o desconto da parcela previdenciária, de fato o réu não realizava tal desconto, ..." - fl. 31 v.

Muito embora a prova oral lhe seja favorável, em questões deste jaez, prevalece a documentação contábil, organizada pela testemunha de defesa, a qual era e ainda é contador do réu:

"Na época dos fatos denunciados, o que ocorre até hoje, o depoente sempre faz a documentação da empresa, inclusive folhas de pagamento e guias de recolhimento da contribuição previdenciária, de forma regular. Entrega tal documentação ao réu, a fim de que ele próprio providenciasse no pagamento das guias, nunca tendo presenciado se ele de fato fazia tal pagamento." - Fl. 91.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Ora, se era confeccionada a folha com os respectivos descontos e elaboradas as guias pertinentes, é claro que os salários não eram brutos.

Caso contrário, não precisaria o réu pagar um contador para um serviço inútil.

Para se contrapor aos documentos que comprovam o desconto, somente outros papéis seriam capazes de infirmá-los, como, p. ex., recibos dos salários fornecidos pelos trabalhadores - art. 157 do CPP.

O art. 95, d, da Lei 8.212/91 é constitucional, pois a prisão não decorre da dívida previdenciária, mas do inadimplemento de uma obrigação legal - recolhimento das contribuições descontadas dos salários dos empregados no prazo da lei (art. 30, I, da Lei 8.212/91).

Não há, dessarte, ofensa "à Constituição Federal ou ao Pacto de São José da Costa Rica, que tratam de situação diversa, ou seja, proibem prisão por dívida." (AC 96.04.51.747-3/SC, rel. Juiz Vladimir de Freitas, DJ 11.03.98, p. 421), e, tampouco, derrogação da Lei 8.212/91.

No mais, o crime tipificado no art. 95, d, da Lei 8.212/91 não se equipara, nem tampouco se trata de apropriação indébita, pois, para sua caracterização, não precisa o agente tomar para si os valores das contribuições previdenciárias, consumando-se com a simples omissão no recolhimento, nas épocas próprias, relativamente aos valores descontados dos segurados ou de terceiros, portanto, um delito formal.

Por isso, o dolo na espécie é genérico, sendo que **"independe da intenção específica de auferir proveito, pois o que se tutela não é a apropriação das importâncias, mas o seu regular recolhimento"** - AC 96.04.53489-0/SC, rel. Juiz Gilson Dipp, DJ 15.10.97, p. 85690.

Também: **"irrelevante perquerir a finalidade na omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, eis que o crime já se configura mediante a vontade consciente de omitir, não importando o destino dado aos valores indevidamente retidos"** - AC n. 94.04.16295-7/RS, rel. Juiz Dória Furquim, DJ de 26.7.95, p. 46.436).

Não exclui o dolo a retidão da contabilidade - contabilização do valor retido e não recolhido na escrituração da empresa, eis que nada mais significa que uma obrigação legal - art. 32 da Lei 8.212/91.

"PROCESSO PENAL. 'HABEAS CORPUS'. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 'ABOLITIO CRIMINIS'. INOCORRÊNCIA.

1. O delito capitulado no art. 95, 'd', da Lei n. 8.212/91, muito longe está ser apropriação indébita, prevista no art. 168 do Código Penal, que depende da prova da fraude, do dolo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

específico, e do prejuízo efetivo. A conduta descrita naquele dispositivo é daquelas contidas no tipo dos crimes omissivos próprios, centrada no verbo nuclear 'deixar de recolher'. O dolo é o genérico e está configurado na vontade livre e consciente de descontar dos salários dos empregados os valores correspondentes à contribuição previdenciária e deixar de recolhê-las à Previdência Social.

2. É irrelevante, para fins penais, o procedimento contábil da empresa por não se tratar de sonegação fiscal. A inexistência de fraude na contabilização não implica, necessariamente, ausência de falta de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados.

3. Inocorre 'abolitio criminis' pela superveniência da Lei n. 8.866/94, que dispõe sobre a prisão do depositário infiel de valores pertencentes à Fazenda Pública. Ao tratar da falta de recolhimento de tributos e contribuições retidas ou recebidas de terceiro como ilícito civil, dando, supostamente, tratamento mais benéfico que a lei penal, aquele dispositivo não descriminalizou a conduta prevista no art. 95, letra 'd', da Lei n. 8.212/91.

4. Ordem denegada. Unânime". - HC n. 95.04.12122-5/SC, rel. Juíza Tânia Escobar, DJ de 24.5.95, p. 31548.

As circunstâncias de dificuldades financeiras alegadas, não restaram suficientemente comprovadas nos autos, como era obrigação da defesa - art. 156 do CPP.

É bom lembrar que o "contribuinte só se exime do recolhimento das contribuições de lei em prejuízo da receita pública, caracterizando a excludente de inexigibilidade de conduta diversa, em casos excepcionalíssimos, quando a prova documental é incontestável e amplamente demonstrativa das dificuldades financeiras da empresa." (AC n. 96.04.17777-0/PR, rel. Juiz Gilson Dipp, DJ de 07.5.97, p. 31023).

Neste diapasão, o documento de fl. 114 (repetido na fl. 115), demonstram que o réu não é afeito ao pagamento de tributos, pois constam duas execuções fiscais.

Em virtude da falta de outros processos, presume-se o pagamento dos títulos protestados antes de qualquer procedimento judicial, razão de não aparecerem nas certidões de fls. 114/115 como execuções ou pedidos de falência.

Entendo que somente a situação de absoluta insolvência da empresa e dos sócios gestores, plenamente comprovada no processo é capaz de acarretar um juízo absolutório, diante da gravidade do delito imputado.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

A sociedade espera que o empresário em dificuldades financeiras, antes de prejudicar a Previdência Social, sacrifique bens particulares em prol do saneamento da empresa, pois é dela que provém os ganhos que resultaram no seu patrimônio privado.

Neste sentido:

“PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO RECOLHIMENTO DOS VALORES DESCONTADOS. DESNECESSIDADE DE DOLO ESPECÍFICO. DIFICULDADES FINANCEIRAS.

1. A conduta descrita no art. 95, letra ‘d’, da Lei 8.212/91, está centrada no verbo nuclear ‘deixar de recolher’. Assim, verifica-se a transgressão da norma jurídica com a simples omissão, não se exigindo qualquer resultado naturalístico. Basta que o autor se omita quando deve agir. O dolo é genérico e configura-se com a vontade livre e consciente de descontar dos salários dos empregados os valores correspondentes à contribuição previdenciária e deixar de recolhê-los à previdência social.

2. Ao tipificar como crime o não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas, o legislador atribuiu a tal compromisso do empregador superlativa prioridade, não podendo, por isso mesmo, ser relegado a posição secundária. Assim, não se configura como hipótese de exclusão da ilicitude a insuficiência de recursos para atender, antes, a todos os demais compromissos, inclusive com fornecedores.” (AC n. 96.04.61803-2/SC, rel. Juiz Teori Albino Zavascki, DJ de 10.09.97, p. 72686).

Outrossim, quando a firma deixa de cumprir com suas obrigações de natureza previdenciária por longos períodos (por 23 meses, incluindo os períodos atingidos pela prescrição, fl. 02), é patente que tais omissões no recolhimento deixam de ser esporádicas, eventuais, circunstanciais, para integrar-se à vida financeira da empresa e ao modo de administração de seu(s) gestor(es), deixando de lado a atipicidade para transformar-se num estratagema operacional, isto é, numa verdadeira opção de gerenciamento fácil, incentivado pela cupidez de seu(s) titular(es) e, também, pela ausência de efetiva fiscalização por parte do INSS.

“Penal. Falta de recolhimento de contribuições previdenciárias. Crime que afeta a ordem tributária, não se caracterizando pelo inadimplemento eventual. A falta de recolhimento de tributos só constitui crime quando resulta da vontade do agente, nele não incidindo quem está temporariamente impossibilitado de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Crime que afeta a ordem tributária, não se caracterizando pelo inadimplemento eventual. A falta de recolhimento de tributos só constitui crime quando resulta da vontade do agente, nele não incidindo quem está temporariamente impossibilitado de cumprir as obrigações fiscais. A lei pune o inadimplemento enquanto opção do contribuinte, ou seja, quando a atividade empresarial só pode ser mantida à custa do não pagamento dos tributos ou quando o propósito é o de auferir ganhos através da evasão fiscal. Entre esses extremos - o daquele que resolve levar adiante seus negócios sem o pagamento dos tributos e o daquele que deixa de recolhê-los embora tenha condições para esse efeito - há uma graduação de casos que o Juiz deve decidir segundo a peculiaridade de cada qual. Apelação provida." (AC 95.04.15435-0-RS, rel. Juiz Ari Pargendler, j. 02.05.95, DJ 02.08.95).

"PENAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CRIME QUE AFETA A ORDEM TRIBUTÁRIA, NÃO SE CARACTERIZANDO PELO INADIMPLEMENTO EVENTUAL.

A atividade empresarial embute risco, implicando eventual insucesso nos negócios. Nem por isso o empresário mal sucedido, que deixa de recolher as contribuições previdenciárias, é só por isso um delinqüente. O crime contra a ordem tributária supõe a intenção de manter a atividade empresarial sem o pagamento de tributos, aí sim caracterizando-se, tenha ou não a empresa condições de suportá-los. Apelação improvida." (AC 95.04.18834-6-RS, rel. Juiz Ari Pargendler, DJ 26.07.95, p. 46.407).

Em face do exposto, voto no sentido de conhecer da apelação, para negar-lhe provimento.

FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA
RELATOR