



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

03
467
o/

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1998.04.01.074479-7/SC
RELATOR : JUIZ VILSON DARÓS
APELANTE : OSMAR JOSÉ MACHADO
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO
ADVOGADO(S) : Renato Hadlich
Evelise Hadlich
Luciana Faisca Nahas
Marcos Andrey de Souza
Fernanda Hizendeger Marcon
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

ACÓRDÃO PUBLICADO
NO D.J.U.
24 JAN. 2001



EMENTA

NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ANISTIA. INCONSTITUCIONALIDADE. MP 1.571-6/97. PERÍCIA CONTÁBIL. DOLO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. PENA.

1. O parágrafo único do art. 11 foi retirado do projeto de conversão da medida provisória n. 1.608-14, e assim foi discutido e votado, conforme as notas taquigráficas da sessão do Congresso Nacional. A publicação errada deu-se em virtude de engano no autógrafo do projeto. Inexistência de vontade política de criar a anistia e de fase indispensável ao processo legislativo, que é a *votação*. Retificação procedida, no dia seguinte ao da publicação incorreta da lei, que não fere qualquer garantia constitucional. Inexistência de vigência do dispositivo e, portanto, impossibilidade de aplicar-se a anistia.

2. 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).

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

4. O crime previsto no art. 95, d, da Lei 8.212/91 tem por escopo inibir a omissão do recolhimento de contribuições previdenciárias, as quais objetivam financiar a Seguridade Social, que compreende um conjunto integrado de ações em prol da saúde, previdência e assistência social, atendendo a parcela mais humilde da população brasileira.

5. É por isso mesmo um dos mais graves delitos hoje previstos pelo nosso ordenamento jurídico, porque justamente priva a parte mais pobre da população de benefícios proporcionados pela Seguridade Social.

6. Não há, pois, inconstitucionalidade por violação da proporcionalidade, já que a sanção corresponde ao desvalor social do crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias.

7. Somente a situação de absoluta insolvência da empresa e dos seus gestores, documentalmente comprovada nos autos, é capaz de acarretar um juízo absolutório, diante da gravidade do delito imputado.

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 -



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

468
P/1

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 do CPC c/c art. 184 do CPP.

9. O pagamento de credores, ainda que em cartório, no período do não recolhimento das contribuições afasta por incompatibilidade a alegação de impossibilidade/incapacidade /dificuldade econômica da firma, uma vez que o crédito previdenciário prefere a todos os demais, salvo o trabalhista, a teor do artigo 186 do CTN.

10. O dolo é genérico no crime previsto no art. 95, d, da Lei 8.212/91, o qual 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.

11. Fixada a pena-base acima do mínimo legal (2 anos e 6 meses de reclusão) fundamentadamente, não pode ser minorada ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante, pois este é o patamar para prevenção e repressão ao crime exigido pelo legislador. Penas de reclusão e multa adequadas a situação pessoal e de fortuna do réu não se alteram, pois conferem a necessária resposta judicial ao crime.

12. Dada a nova redação do art. 44 do CP pela Lei 9.714/98, substituo, de ofício, a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e pecuniária (parágrafo 2º do artigo 44 do CP), consistindo a primeira em prestação de serviços à comunidade (art. 46), em local a ser designado pelo Juízo da execução penal, e, a segunda, no pagamento de dois salários mínimos a uma entidade assistencial também designada pelo Juízo da execução.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da defesa, nos termos do relatório e do voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 21 de setembro de 2000. (data do julgamento)

JUIZ VILSON DARÓS
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO



APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1998.04.01.074479-7/SC
RELATOR : JUIZ VILSON DARÓS
APELANTE : OSMAR JOSÉ MACHADO
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATÓRIO

O Juiz Vilson Darós:

OSMAR JOSÉ MACHADO foi denunciado pelo Ministério Público Federal como incurso nas sanções do art. 95, d, da Lei 8.212/91 c/c art. 71 do CP, porque, na qualidade de responsável pela empresa Movesul Indústria e Comércio Ltda., deixou de recolher as contribuições descontadas dos salários dos funcionários no período de novembro de 1991 a abril de 1996, de forma intercalada.

A denúncia foi recebida 04.06.97.

Citado, o réu foi interrogado às fls. 127/129.

A instrução transcorreu normalmente.

As partes apresentaram alegações finais.

O réu foi condenado, com base no art. 95, d, da Lei 8.212/91 c/c art. 71, às penas de 3 anos e 1 mês de reclusão e multa.

Apelou a defesa, requerendo a reforma do julgado, ao argumento da ocorrência da anistia; da suspensão do art. 95, d, da Lei 8.212/91 pelo art. 7º da MP 1.571-6; da inconstitucionalidade do art. 95, d, da Lei 8.212/91 por prever hipótese de prisão por dívida; da incapacidade financeira; da falta de dolo; do parcelamento do débito; do cerceamento de defesa por falta de perícia contábil para demonstrar dificuldades financeiras; da ocorrência de dificuldades financeiras e, por fim, pede a redução da pena - fls. 289/323.

Contra-arrazoado o recurso.

O agente do MPF opina pelo improvimento da apelação.

É o relatório. À Revisão.

JUIZ VILSON DARÓS
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

461
~//

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1998.04.01.074479-7/SC

RELATOR : JUIZ VILSON DARÓS
APELANTE : OSMAR JOSÉ MACHADO
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO

VOTO

O Juiz Vilson Darós:

Quanto a anistia, o E. STF declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do dispositivo constante da publicação de 26 de maio de 1998 da Lei 9.639/98 - HC 77.724-SP, rel. Min. Marco Aurélio e HC 77.734-SC, rel. Min. Néri da Silveira.

No nosso Tribunal a jurisprudência firmou-se pela inexistência de vontade política, *verbis*:

“PENAL. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ANISTIA DA LEI 9.639/98. ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO. INEXISTÊNCIA DA REGRA GERAL.

1. O parágrafo único do art. 11 foi retirado do projeto de conversão da medida provisória n. 1.608-14, e assim foi discutido e votado, conforme as notas taquigráficas da sessão do Congresso Nacional.
2. A publicação errada deu-se em virtude de engano no autógrafo do projeto.
3. Inexistência de vontade política de criar a anistia e de fase indispensável ao processo legislativo, que é a *votação*.
4. Retificação procedida, no dia seguinte ao da publicação incorreta da lei, que não fere qualquer garantia constitucional.
5. Inexistência de vigência do dispositivo e, portanto, impossibilidade de aplicar-se a anistia.
6. Segurança concedida.” (AC n. 96.04.11707-6-PR, julg. 15/09/98).

Também, o “suposto parágrafo único do art. 11 da Lei n. 9.639/98 na verdade jamais existiu, tendo sido fruto, puro e simples, de erro na publicação do texto legal - erro, aliás, oportuna e imediatamente corrigido. Impossível extrair efeitos de lei inexistente. Pudesse o erro de imprensa criar direitos, bastariam os tipógrafos do Diário Oficial para a construção do ordenamento jurídico. ~~O absurdo~~ da hipótese, por si só, desautoriza as elaborações mais ou menos eruditas que o caso tem suscitado. A interpretação e,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

462
01

principalmente, a aplicação do direito devem ser feitas com os pés no chão e os olhos na realidade." (Mandado de Segurança 1998.04.01.047948-2/RS, rel. Juiz Amir José Finocchiaro Sarti, DJ 11.11.98, p. 381).

Outrossim, em face da informação do INSS sobre a rescisão do parcelamento, inaplicável à espécie a mercê da MP 1.571-6/97 (fls. 448/454). Por outro lado, a referida moratória foi concedida em 30/10/97 (fls. 241/244), enquanto que a denúncia foi recebida em 04/06/97, portanto, em período anterior, razão de afastar-se a causa de extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei 9.249/95.

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, proíbem 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.

Outrossim, as "recomendações do 'pacto de São José da Costa Rica' se dirigem, obviamente, ao Legislativo e não ao Poder Judiciário, que tem que de aplicar as normas vigentes e não aquelas simplesmente recomendadas" - STJ, RE n. 65.037-2-SP, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 09/03/98, p.136.

O crime previsto no art. 95, d, da Lei 8.212/91 tem por escopo inibir a sonegação *lato sensu* de contribuições previdenciárias, as quais objetivam financiar a Seguridade Social, que compreende um conjunto integrado de ações em prol da saúde, previdência e assistência social, atendendo a parcela mais humilde da população brasileira.

É por isso mesmo, sem dúvida, um dos mais graves delitos hoje previstos pelo nosso ordenamento jurídico, porque justamente priva a parte mais pobre da população de benefícios proporcionados pela Seguridade Social.

Não há, pois, inconstitucionalidade por violação da proporcionalidade, já que a sanção corresponde ao desvalor social do crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias.

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 e recibos de salários (fls. 23/103), razão da prescindibilidade de eventual perícia contábil - Precedente: STJ, HC 5641-CE, rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 10.11.97, p. 57839.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

463

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

Igualmente, 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, reclamações trabalhistas, etc.

Então, 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 do CPC c/c art. 184 do CPP.

Aliás, neste particular, a documentação juntada pela defesa não comprova a excludente de culpabilidade sob a forma de incapacidade ou dificuldades financeiras. Ao contrário, comprova que no período da omissão inúmeros títulos protestados foram pagos (fls. 145/240). A propósito, desde 1995 a empresa vem honrando seus pagamentos mensais com o Banco do Brasil S/A, conforme declaração de fl. 235.

Não se vislumbra nos autos a existência de execuções, penhoras ou reclamações trabalhistas. Tampouco, pedidos de falência ou concordata e, segundo o réu, a empresa encontra-se em pleno funcionamento. Também, não há prova de que o apelante vendeu seu automóvel para injetar dinheiro na firma, como alegou no interrogatório.

O réu disse:

“Que nos períodos referidos na denúncia, **cerca de 60% dos valores decorrentes de dívidas para com fornecedores foram pagos em cartório**, lá levados pelos credores em razão da falta de pagamento no vencimento.” (Fl. 128).

Em outras palavras, significa dizer que 40% dos credores privados eram pagos em dia.

Então, se foram pagos compromissos particulares na época do não recolhimento, é porque havia disponibilidade econômica presente, afastando o suposto estado de necessidade.

O que ocorreu foi que a Previdência Social financiou a atividade particular à sua revelia.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

464
0/1

É bom frisar 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).

Somente a situação de absoluta insolvência da empresa, plenamente comprovada no processo é capaz de acarretar um juízo absolutório, diante da gravidade do delito imputado.

E esse não é o caso, pois a empresa está em pleno exercício. Na verdade, a única prejudicada, mais uma vez, foi a Previdência Social, o que não pode ser admitido, *verbis*:

“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).

Deve, portanto, responder pelo crime de não recolhimento, previsto no art. 95, d, da Lei 8.212/91, o qual 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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

465
r/f

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 perquirir 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 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.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

466
2/4

Por fim, a pena-base foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão (fl. 282), fundamentadamente. Ainda que não persistissem todos os motivos elencados pelo ilustre magistrado, a pena-base somente deve ser fixada no mínimo legal quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu, caso incorrente na espécie, seja pelo valor não recolhido, seja pelo longo período de omissão, seja pelo fato de que até hoje a Previdência ressenete-se dos recursos não depositados pelo apelante aos cofres do INSS. A culpabilidade e as conseqüências do crime são, dessarte, amplamente desfavoráveis ao réu.

O período de omissão compreende os meses de nov/91 a abril/96, com o que fica patente a ocorrência do crime continuado - art. 71 do CP, pois além do lapso temporal de 30 dias entre os crimes (na sua maioria), também estão presentes as demais circunstâncias do art. 71 do Código Penal.

Apenas, dada a nova redação do art. 44 do CP pela Lei 9.714/98, substituo, de ofício, a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e pecuniária (parágrafo 2º do artigo 44 do CP), consistindo a primeira em prestação de serviços à comunidade (art. 46), em local a ser designado pelo Juízo da execução penal, e, a segunda, no pagamento de dois salários mínimos a uma entidade assistencial também designada pelo Juízo da execução.

Em face do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento à apelação da defesa, para substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos termos da fundamentação.

É como voto.

**JUIZ VILSON DARÓS
RELATOR**