

## RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO  
(RELATORA AUXILIAR):-**

Trata-se de apelação interposta por PAULO DE CARVALHO ANDRADE, NESTOR CLÁUDIO RODRIGUES ROCHA e JOSÉ BEZERRA NETO (fls. 366 e 369/385) contra a v. sentença recorrida de de fls. 331/344 que condenou os dois primeiros pela prática continuada do delito tipificado no art. 337-A, inciso I, do Código Penal e o último pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal.

Em defesa de sua pretensão, os apelantes alegaram, em síntese, que:

- 1) *Preliminarmente, deve-se observar que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, razão pela qual deve ser declarada extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, inciso IV, do CP (“Extingue-se a punibilidade: IV – pela prescrição”) (fl. 370);*
- 2) *“DA AUSÊNCIA ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA UMA JUÍZO POSITIVO DE TIPICIDADE” (fl. 372);*
- 3) *“(…) não há qualquer suporte probatório que nos conduza à inequívoca certeza, que é o necessário para a expedição de um decreto condenatório, de prática de qualquer conduta delituosa” (fls. 378);*
- 4) *“DA CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE (fl. 380);*
- 5) *“Fixada a premissa de que o crime imputado aos Recorrentes é omissivo próprio, não resta dúvida que, ainda que houvesse alguma conduta praticada pelos Recorrentes, as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, de modo absolutamente excepcional, configuram uma causa suprallegal de exclusão da culpabilidade diante da inexigibilidade de outra conduta” (fl. 381);*
- 6) *“DO PERDÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA” (fl. 383);*
- 7) *“Não há prova capaz de aferir um grau mínimo de autoria do acusado, em qualquer conduta delituosa” (fl. 384).*

Contra-razões às fls. 387/399.

O d. Ministério Público Federal, no parecer de fls. 403/406, opinou pelo provimento parcial da apelação.

Processo encaminhado à Secretaria, para fins do art. 613, I, do Código de Processo Penal em 25/03/2009.

É o relatório.

**ROSIMAYRE GONÇALVES DE CARVALHO**  
Juíza Federal  
(Relatora Auxiliar)

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0015586-04.2003.4.01.3300 (2003.33.00.015568-1)/BA

**V O T O****O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES (RELATOR):-**

De início, *data venia* de eventual entendimento em contrário, não merece ser conhecido o recurso de apelação interposto pelos acusados, ora primeiro e terceiro apelantes, PAULO DE CARVALHO ANDRADE e NESTOR CLÁUDIO RODRIGUES ROCHA, em face de sua intempestividade.

Com efeito, da análise dos autos constata-se que o ilustre advogado dos acima mencionados primeiro e terceiro apelantes foi intimado da v. sentença apelada em 10 de janeiro de 2007 (fls. 354/355), tendo ocorrido a intimação do primeiro apelante – PAULO DE CARVALHO ANDRADE – na data de 15 de janeiro de 2007 (fls. 356/357) e do terceiro apelante – NESTOR CLÁUDIO RODRIGUES ROCHA – em 11 de janeiro de 2007 (fls. 358/359).

Ocorre, todavia, que o recurso de apelação somente foi protocolado em 01 de fevereiro de 2007 (fl. 366), quando já escoado o prazo de 05 (cinco) dias estabelecido no art. 593, do Código de Processo Penal.

Assim, em face da intempestividade da apelação oferecida pelos primeiro e terceiro apelantes – PAULO DE CARVALHO ANDRADE e NESTOR CLÁUDIO RODRIGUES ROCHA –, não é de se conhecer, *data venia*, do recurso de apelação por eles interposto.

Em relação ao recurso de apelação interposto pelo acusado, ora segundo apelante, JOSÉ BEZERRA NETO, por vislumbrar presentes *in casu* os requisitos de admissibilidade, dele conheço, devendo, inclusive, ser ressaltado, na hipótese, que o acima mencionado apelante foi intimado em 31 de janeiro de 2007 (fls. 364/365) e a apelação interposta em 01 de fevereiro de 2007 (fl. 366), dentro, portanto, do prazo estabelecido no art. 593, do Código de Processo Penal.

Prosseguindo, do exame dos autos, constata-se, *data venia*, que a denúncia assim narrou os fatos apontados como delituosos:

“1. Os denunciados, na qualidade de sócios-gerentes da empresa da Degraus Construtora Ltda., CNPJ sob o nº 33.822.016/0001-39, situada à Rua 13 de maio, nº 17, Edf. Fernando Nascimento, CEP 45023-490, Vitória da Conquista/BA, omitiram dolosamente fatos geradores de Contribuição Previdenciária da Escrituração Contábil e da Folha de Pagamento da Degraus Engenharia Ltda., no período de janeiro de 1993 a dezembro de 2001, deixando de recolher contribuições previdenciárias.

2. O delito foi descoberto a partir da fiscalização da Previdência Social na empresa, referente às competências de janeiro de 1992 a dezembro de 2001, o que culminou na lavratura das Notificações Fiscais de Lançamentos de Débito - NFLD nº 35.437.502-4 e 35.737.504-0 (fls. 01/05 do anexo à representação criminal).

3. Com efeito, constatou-se a existência de recibos de pagamentos de Fabrício David Vieira Porto, Jerônimo Cortes Bezerra, Jorge Pereira Bezerra, Tereza Dutra e Walter Luiz Meira

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0015586-04.2003.4.01.3300 (2003.33.00.015568-1)/BA

*Barros, os quais não foram incluídos nas folhas de pagamentos da empresa.*

4. *Encontram-se folhas de cálculo aproximado de rescisões de contratos de pessoal do Escritório Base em 16/08/99, nas quais constam valores adicionais ao salário, denominadas ajuda de custo, de José Luiz das Neves Cunha, Luiz Joaquim dos Santos e Jânio Carlos Oliveira Freitas, valores estes que não foram incorporados ao salário.*

5. *Os fiscais averiguaram também a omissão de recibo de pagamento de rescisão trabalhista informal de José Luiz das Neves Cunha, da contabilidade e das folhas de pagamento.*

6. *Verificaram-se ainda pagamentos ao autônomo Paulo Estevão Ferraz, no período de janeiro de 1999 a dezembro de 2001, não contabilizados e não inclusos nas folhas de pagamentos e nas Guias de recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social-GFIP.*

7. *Às fls. 74, ofício oriundo da Procuradoria do INSS, informando o parcelamento dos débitos, referentes aos NFDL nº 35.339.1399-5 e 35.339.144-1, e a permanência de débito no valor de R\$ 1.266.251,17 (um milhão, duzentos e sessenta e seis mil, duzentos e cinquenta e um reais e dezessete centavos).*

8. *Exsurge dos autos, portanto, que os denunciados, dolosamente, omitiram dados relevantes relativos à empresa, na qual exerciam a função de sócios-gerentes, com vistas a sonegar contribuição Previdenciária” (fls. 05/06)*

Inicialmente, deve ser parcialmente acolhida a alegada ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

É que, conforme se depreende do art. 119, *caput*, do Código Penal, em se tratando de crime continuado, o termo inicial da prescrição, antes do trânsito em julgado da sentença, deve ser considerado em relação a cada delito, isoladamente.

Com efeito, os fatos imputados aos apelantes ocorreram, em continuidade delitiva, no período compreendido entre janeiro de 1.993 e dezembro de 2.001 (fls. 04/06), sendo que a denúncia foi recebida em 30.06.2003 (fl. 92), ocasião em que foi interrompido o curso da prescrição, a teor do que dispõe o art. 117, I do Código Penal.

Assim, considerando que o montante de pena imposta aos apelantes, na v. sentença apelada, sem considerar o acréscimo pela continuidade delitiva, na forma do que dispõe a Súmula nº 497, do egrégio Supremo Tribunal Federal, foi de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa (fls. 342/343), tem-se que o prazo prescricional, na espécie, é de 4 (quatro) anos, por aplicação do art.109, V, do Código Penal.

Dessa forma, encontram-se prescritas a pretensão punitiva referente ao período de janeiro de 1993 a 30.06.1999, em face do decurso de prazo superior a 04 (quatro) anos entre a data desses fatos e o recebimento da denúncia.

Todavia, ainda que alguns fatos supostamente delituosos praticados pelos apelantes tenham sido alcançados pela prescrição, verifica-se que a imputada sonegação das contribuições relativas aos períodos de julho de 1999 até dezembro de 2001 não foram atingidos pela prescrição, não havendo, outrossim, como afastar o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, que foi fixado em seu mínimo legal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0015586-04.2003.4.01.3300 (2003.33.00.015568-1)/BA

No mérito, *data venia* de eventual entendimento em contrário, verifica-se que a materialidade e a autoria dos delitos em exame restaram configuradas por meio do conjunto probatório constante nos autos, na forma em que vislumbrou a v. sentença apelada.

Com efeito, como bem asseverou o d. Ministério Público Federal, no parecer de fls. 403/406, da lavra da eminente Procuradora Regional da República, Dra. Maria Célia Mendonça:

“(…)

*A materialidade do delito está comprovada pela Notificação Fiscal de Lançamentos de Débito nºs 35.339.133-6, 35.339.134-4, 35.339.139-5, 35.339.142-5, 35.339.144-1, 35.339.146-8, 35.339.147-6, 35.339.148-4, 35.339.149-2, 35.339.150-6, 35.437.501-6, 35.437.502-4, 35.375.503-2 e 35.437.501-6, fls. 235/236 e Relatório de fls. 67/81 do Anexo, e recibo de pagamento ao contador da empresa sem a devida retenção, fls. 157.*

*A autoria dos apelantes está inquestionavelmente comprovada, conforme se depreende do contrato social da empresa DEGRAUS CONSTRUTORA LTDA, fls. 160/162, e dos depoimentos dos apelantes em juízo, fls. 140/141, 142/143 e 143/144” (fls. 404/405).*

Com relação ao elemento subjetivo dos tipos penais em questão, destaque-se que nos crimes ora em análise o dolo é genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária, causando danos à Previdência Social.

No presente caso, como apontou o MM. Juízo Federal *a quo*, ao analisar a autoria dos fatos em apreciação:

*“(…) a cópia do contrato social da empresa aponta que compunham o quadro societário os sócios PAULO DE CARVALHO ANDRADE, NESTOR CLÁUDIO RODRIGUES ROCHA e JOSÉ BEZERRA NETO.*

*Os réus PAULO DE CARVALHO ANDRADE, NESTOR CLÁUDIO RODRIGUES ROCHA e JOSÉ BEZERRA NETO, conforme se pode verificar do teor de seus interrogatórios (cf. fls. 140/141, 142 e 143/144, respectivamente), embora refutem a prática de qualquer infração penal, não negam que exerciam efetivamente os poderes de gestão da empresa, sendo, pois, responsáveis pela omissão das informações atinentes aos fatos geradores das contribuições previdenciárias no período de abril/1990 a dezembro/2001, setembro/1997 a dezembro/2001 e desde o início da sociedade a novembro/1999 respectivamente” (fl. 341).*

Assim, *data venia* de eventual entendimento em contrário, é de se entender que, na condição de sócios proprietários e administradores da empresa, tinham pleno conhecimento das omissões de repasse, devendo ser ressaltado, na hipótese, o alto valor sonegado, qual seja, R\$ 1.266.252,17 (um milhão, duzentos e sessenta e seis mil, duzentos e cinquenta e um reais e dezessete centavos) (fl. 05).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0015586-04.2003.4.01.3300 (2003.33.00.015568-1)/BA

Verifica-se, assim, *concessa venia*, que restaram demonstradas *in casu* a autoria e a materialidade, bem como o elemento subjetivo do delito imputado aos ora apelantes, em face do que não merece reforma a v. sentença apelada.

No que se refere às dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, ressalte-se que é imprescindível, para o reconhecimento da exclusão da culpabilidade, a efetiva comprovação das dificuldades financeiras, sendo insuficientes, para tanto, meras alegações.

A propósito, merecem realce os precedentes jurisprudenciais de Tribunal Regional Federal cujas ementas vão a seguir transcritas:

**“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP. MATERIALIDADE COMPROVADA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO CARACTERIZADA.**

1. *Materialidade comprovada pela Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, comprovando a ausência de repasse das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados da pessoa jurídica da qual os apelados eram os administradores.*

2. *O delito previsto no art. 168-A do Código Penal, por tratar-se omissivo próprio, configura-se apenas com o não recolhimento, exigindo-se a presença do dolo genérico de deixar de repassar ao INSS, na época própria, a contribuição previdenciária descontada dos salários dos empregados, não sendo necessário um fim especial da conduta de ‘apropriar-se do montante não recolhido’.*

3. *Além do contrato social da empresa e de suas alterações posteriores atestarem a responsabilidade da administração pelos apelados, em seus interrogatórios confessaram o não recolhimento das contribuições previdenciárias, estando provada as suas autorias.*

4. *Para o reconhecimento da causa supralegal de exclusão de culpabilidade, nos casos de crimes previstos no art. 168-A do Código Penal, é necessária a efetiva comprovação de que a ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias não foi possível, exclusivamente, em razão das dificuldades financeiras suportadas pela empresa, à época da conduta ilícita, e que não era exigível o sacrifício do pagamento dos salários dos funcionários e da própria sobrevivência da empresa em favor do pagamento dos tributos. Não bastam apenas alegações genéricas quanto à situação de flagelo, ou mesmo trazer aos autos documentos sem qualquer substância probante, como crediários não recebidos e cheques não pagos. A prova conclusiva da dificuldade traduz-se em títulos protestados, pedidos de recuperação judicial ou de falência, perícia contábil etc, todos contemporâneos aos fatos.*

5. *A inexigibilidade de conduta diversa traduz-se em estado de necessidade exculpante, causa supralegal de exclusão da culpabilidade, sendo seu pressuposto a ausência de responsabilidade do agente pelas condições do fato. No caso concreto, ficou demonstrada a má administração dos apelados, causadora da situação de dificuldades financeiras, o que descaracteriza a exculpação.*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0015586-04.2003.4.01.3300 (2003.33.00.015568-1)/BA

*6. Recurso provido”*

(TRF - 1ª Região, ACR 0003989-48.2007.4.01.3801/MG, Relator Juiz Tourinho Neto, 3ª Turma, julgado por unanimidade em 22/06/2010, publicado no REPDJ de 30/06/2010, p. 92).

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A C/C O ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA. DOLO ESPECÍFICO. NÃO EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.*

*1. Constitui a infração descrita no art. 168-A do Código Penal, deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.*

*2. Autoria e materialidade suficientemente demonstradas.*

*3. Inocorrência de situação de inexigibilidade de conduta diversa. As dificuldades financeiras aptas a ensejar o acolhimento da causa supralegal de exclusão de culpabilidade alegada - inexigibilidade de conduta diversa -, são aquelas decorrentes de circunstâncias imprevisíveis ou invencíveis que tenham comprometido ou ameaçado, inclusive, o patrimônio pessoal do sócio gerente, sendo necessária a produção de provas no sentido da impossibilidade de atuar em conformidade com o que determina a norma penal, ônus esse que cabe à defesa (art. 156/CPP).*

*4. O crime de apropriação indébita não exige para sua consumação o dolo específico, consistente no animus rem sibi habendi.*

*5. O pedido de conversão da pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, por outra, deverá ser dirigido ao juiz da execução, nos termos dos arts. 66, V, 'a', 148 e 149, III, todos da Lei nº 7.210/84, que melhor avaliará os termos e as condições relativas ao pedido.*

*6. Apelação não provida”*

(TRF - 1ª Região, ACR 2006.38.01.005071-6/MG, Relator Desembargador Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 26/01/2010, publicado no e-DJF1 de 22/02/2010, p. 194).

Dessa forma, na hipótese dos presentes autos, não há como excluir, *data venia*, a culpabilidade, uma vez que não restou comprovado nos autos, com a necessária segurança, eventual dificuldade financeira por parte da empresa.

Por outro lado, no que se refere à aplicação do princípio da insignificância, verifica-se que sua incidência às hipóteses de crime contra ordem tributária está condicionada ao valor do tributo sonegado, que, segundo entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal, não pode ultrapassar o valor previamente estabelecido em lei que determina o arquivamento das execuções fiscais, a teor do acórdão cuja ementa abaixo se transcreve:

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0015586-04.2003.4.01.3300 (2003.33.00.015568-1)/BA

*“DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/02. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RELATIVIZAÇÃO, IN CASU, DA SÚMULA 691/STF. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pela impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pela paciente com base no princípio da insignificância. 2. No caso concreto, a paciente foi denunciada pela suposta prática do crime previsto no art. 334, § 1º, do Código Penal, no qual o valor dos tributos sonegados seria de R\$ 381,26 (trezentos e oitenta e seis reais e vinte e seis centavos). 3. O art. 20 da Lei 10.522/02 determina o arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, quando os débitos inscritos como dívida ativa da União forem iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor modificado pela Lei 11.033/04. 4. Esta Colenda Segunda Turma tem precedentes no sentido de que falta justa causa para a ação penal por crime de descaminho quando a quantia sonegada não ultrapassar o valor previsto no art. 20 da Lei 10.522/02. 5. Ademais, o rigor na aplicação da Súmula 691/STF - segundo a qual ‘Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar’ - tem sido abrandado por julgados desta Corte apenas em hipóteses excepcionais de flagrante ilegalidade ou abuso de poder na denegação da tutela de eficácia imediata. 6. Contudo, diante da orientação que vem se delineando no âmbito desta Corte, a presente a presente hipótese autoriza, excepcionalmente, o afastamento da orientação contida na Súmula 691/STF. 7. Ante o exposto, não conheço do presente pedido de habeas corpus, mas concedo a ordem, de ofício”*

(STF, HC 100513, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado por unanimidade em 23/03/2010, publicado no DJe-067 de 16/04/2010, p. 01104).

*In casu*, consta na denúncia (fl. 05) que o valor do débito é de R\$ 1.266.251,17 (um milhão, duzentos e sessenta e seis mil, duzentos e cinquenta e um reais e dezessete centavos). Logo, não há que se falar, *concessa venia*, na aplicação, na hipótese, do princípio da insignificância.

Quanto à incidência ao caso em comento do disposto no inciso II do § 2º do art. 337-A, do Código Penal, da análise dos autos, verifica-se que não se encontram satisfeitos *in casu* os requisitos exigidos pelo referido dispositivo legal.

Com efeito, o art. 337-A, § 2º, inciso II, do Código Penal, estabelece, *verbis*:

*“337-A. (...)*

*§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:*

*II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais”*

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0015586-04.2003.4.01.3300 (2003.33.00.015568-1)/BA

Da análise do dispositivo legal acima transcrito, depreende-se que se trata de espécie de perdão judicial, em que o juiz poderá deixar de aplicar a pena, ou aplicará apenas pena de multa, se o réu for primário e possuir bons antecedentes, bem como se o débito fiscal for num valor igual ou inferior àquele estabelecido pela Previdência Social como sendo mínimo para o ajuizamento de ação de execução fiscal.

No caso em exame, o valor do débito, R\$ 1.266.251,17 (um milhão, duzentos e sessenta e seis mil, duzentos e cinquenta e um reais e dezessete centavos), é superior ao mínimo estabelecido no art. 10, *caput*, da Lei nº 10.522/02, que fixa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), razão pela qual não há que se falar a aplicação do benefício em questão.

Diante disso, não conheço do recurso de apelação interposto pelos primeiro e terceiro apelantes, PAULO DE CARVALHO ANDRADE e NESTOR CLÁUDIO RODRIGUES ROCHA, e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo segundo apelante, JOSÉ BEZERRA NETO, apenas para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado com relação aos crimes consumados até 30 de junho de 1999, mantendo, no mais, a v. sentença apelada.

É o voto.

**I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES**  
**Desembargador Federal**  
**Relator**