


**TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO**
PRESIDENTE:

Desembargador Federal Valmir Peçanha

VICE-PRESIDENTE:

Desembargador Federal Frederico Gueiros

CORREGEDOR GERAL:

Desembargador Federal Ney Fonseca

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA:Desembargador Federal Sergio Feltrin - *Presidente*

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargador Federal André Fontes

DIRETOR GERAL:

Luiz Carlos Carneiro da Paixão

**DIRETOR:**

Desembargador Federal Sergio Feltrin

COORDENADOR:

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

PROJETO EDITORIAL:

Secretaria de Documentação e Produção Editorial (SED)

Assessoria de Comunicação Social (ACOS)

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO:

Secretaria de Documentação e Produção Editorial (SED)

COORDENAÇÃO DE MATÉRIAS:

Assessoria de Comunicação Social (ACOS)

COORDENAÇÃO TÉCNICA:

Divisão de Jurisprudência (DIJUR/SED)

REVISÃO:

Assessoria Técnica da SED (ATED)

DIAGRAMAÇÃO E IMPRESSÃO:

Divisão de Produção Gráfica e Editorial (DIGRA/SED)

PERIODICIDADE: quinzenal**TIRAGEM:** 1.900 exemplares**ESTA EDIÇÃO ESPECIAL****“PREVIDÊNCIA PENAL”**

Esta primeira edição especial do INFOJUR a abordar matéria de natureza penal cuidará dos acórdãos que tratam da conduta delituosa tipificada no art. 95, alínea “d”, §§ 1º e 3º, da Lei nº 8.212/91, cujo texto transcreveremos a seguir:

“Art. 95. Constitui crime:

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público;

§ 1º. No caso dos crimes caracterizados nas alíneas ‘d’, ‘e’ e ‘f’ deste artigo, a pena será aquela estabelecida no artigo 5º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, aplicando-se à espécie as disposições constantes dos artigos 26, 27, 30, 31 e 33 do citado diploma legal.

§ 3º. Consideram-se pessoalmente responsáveis pelos crimes acima caracterizados o titular de firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores que participem ou tenham participado da gestão de empresa beneficiada, assim como o segurado que tenha obtido vantagens.”

E o seu correspondente no Código Penal, que foi acrescentado pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000:

“Art. 168-A. Deixar de repassar à Previdência Social contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem deixa de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à Previdência Social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;



II - recolher contribuições devidas à Previdência Social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela Previdência Social.

§ 2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores, e presta informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º. 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:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios, ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela Previdência Social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais".

.....
Analisaremos em seguida um acórdão de cada órgão julgador desta Corte, quanto ao art. 95, esclarecendo que, tanto no Plenário, quanto nas Seções, não foram localizados acórdãos sobre o assunto.

Da 1ª Turma, a Apelação nº 2001.02.01.027632-4, julgada em 29/10/2001:

1ª TURMA - TRF-2ª RG

Apelação Criminal
Processo nº: 2001.02.01.027632-4
Publicação: DJ de 17/05/2002, págs. 331/334
Relator: Des. Fed. CARREIRA ALVIM

Ementa: CRIMINAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - Nº 8.212/91, ALÍNEA "D" DO ART. 95.

I - A falta de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos salários de empregados constitui crime cuja punição exige, como prova de sua prática, mais do que fotocópia de peças do processo administrativo-fiscal que apurou o crédito tributário.

II - Para a caracterização do delito previsto na Lei nº 8.212/91, art. 95, "d", é imprescindível a existência do elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de apropriar-se indevidamente dos valores devidos à Previdência.

III - Se os fatos narrados na denúncia não apontam a existência do elemento subjetivo, a conduta descrita é atípica.

IV - Apelo improvido.

A Justiça Pública Federal interpôs apelação criminal contra sentença do juiz da Vara Única de São Pedro d'Aldeia que absolveu empresário da denúncia de não-recolhimento ao INSS das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados de sua empresa, no período de maio de 1992 a dezembro de 1994, conforme Notificação Fiscal de Lançamento de Débito.

Por maioria – restou vencido o Des. Fed. NEY FONSECA – a 1ª Turma negou provimento à apelação nos termos do voto do Relator, Des. Fed. CARREIRA ALVIM, que, como fundamento para sua decisão, analisou demoradamente as distorções que têm, a seu ver, acompanhado a aplicação do art. 95, "d", da Lei nº 8.212/91. Nos trechos que transcreveremos a seguir, extraídos do voto, esses problemas são exemplificados.

“.....

A primeira observação que se impõe é que, se a notificação lavrada pelo INSS pode ser objeto de 'impugnação' pela empresa fiscalizada, e o recolhimento do débito sequer pode ser feito sem a expressa autorização da autarquia previdenciária, que valor tem esse documento, senão como 'indício' de que teria ocorrido o fato narrado na denúncia?

Mas, veja-se bem, simples 'indício', que depende de prova no curso da instrução criminal, a cargo do órgão acusador, nos termos do art. 156 do CPC ('A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante'), formando o juiz a sua convicção pela livre apreciação da prova (art. 157, CPP).

Ademais, se tais documentos não se prestam sequer para instruir uma execução fiscal – para o que dependeriam da inscrição do débito na Dívida Ativa – como admiti-las como suficientes, para justificar uma condenação penal?

.....

Muitos documentos que compõem a fiscalização da autarquia previdenciária, e que vêm servindo para



sustentar condenações penais, fazem referências a 'empregados', genericamente, e enumeram 'valores', mas, sequer se sabe a quem correspondem tais valores, pela ausência da relação dos empregados que seriam os beneficiários indiretos deles. Muitas empresas devedoras se queixam, nas execuções fiscais, no âmbito cível, que até os prestadores de serviços são considerados 'empregados', quando a fiscalização pretende 'engordar' a arrecadação previdenciária.

.....
Esses documentos, que não se prestam para fundamentar uma execução fiscal – para o que dependeriam os valores neles referidos ser inscritos na Dívida Ativa – vêm se prestando para alicerçar a supressão temporária da liberdade individual, como acontece em muitos casos em que o juiz determina a prisão administrativa do acusado. Aliás, tais decisões, quando cumpridas à risca, determinam, quase sempre, a falência antecipada da sociedade. A falência da empresa, que para a Previdência Social representa apenas a eliminação de uma partícula ínfima da sua infundável fonte de receitas, significa para os empregados, diretamente, a supressão do seu emprego, e, conseqüentemente, do seu meio de sobrevivência; além da eliminação, inúmeros empregos dependem indiretamente dela.”

Da 2ª Turma, a Apelação Criminal nº 2000.02.01.013288-7, julgada em 27/12/2001:

2ª TURMA - TRF-2ª RG

Apelação Criminal

Processo nº: 2000.02.01.013288-7

Publicação: DJ de 20/03/2002, pág. 672

Relator: Des. Fed. PAULO ESPIRITO SANTO

Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO-RECOLHIMENTO. CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE.

- Recurso objetivando a reforma da sentença de Primeiro Grau, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o apelante pela prática do crime previsto no artigo 95, “d”, §§ 1º e 3º, da Lei nº 8.212/91.

- Não caracterizada, nos autos, a vontade livre e consciente dirigida especificamente para o fim de apropriar-se da importância que deixou de recolher ao INSS.

- Configurada a inexistência do dolo e, demonstrada as dificuldades financeiras pelas quais passava a empresa, impõe-se o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa.

- Provimento à apelação.

Empresário apelou de sentença condenatória proferida pelo juiz da 2ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, que julgou procedente o pedido para condenar o apelante pela prática da conduta descrita no art. 95, “d”, §§1º e 3º, da Lei nº 8.212/91. Na qualidade de sócio de uma empresa de pneus, deixou de recolher as contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados no período de outubro a dezembro de 1994 e outubro de 1995.

Por unanimidade, a 2ª Turma deu provimento à apelação para reformar a sentença e absolver o réu. Transcrevemos a primeira parte do voto do Relator Des. Fed. PAULO ESPIRITO SANTO, na qual ele apresenta os fundamentos de sua decisão:

“A hipótese dos autos revela espécie de crime formal ou de mera conduta, cuja consumação se caracteriza pelo não-recolhimento das contribuições previdenciárias em favor do INSS.

Não obstante a conduta em si, de deixar de efetuar o recolhimento do tributo, deve-se perquirir acerca da existência do elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de apropriar-se indevidamente dos valores devidos à Previdência.

No que tange à caracterização do crime, doutrina e jurisprudência o classificam como crime omissivo próprio, sendo indispensável a configuração do binômio “poder –dever agir”, ou seja, se o agente tinha a real possibilidade de atuar, se devia e podia agir para evitar o resultado.

Logo, para que se possa qualificar um fato descrito como crime, não basta a mera tipicidade, devendo, também ser investigada a intenção do agente. Isto porque, no processo penal, não só a prova do fato cabe a quem o alega, mas também a prova do dolo ou de culpa, pois são elementos do tipo.

Entretanto, não há nos autos qualquer prova a demonstrar que a conduta do réu se dirigisse ao fim específico de vantagem pessoal, uma vez que, ao contrário, os documentos juntados aos autos (fl. 41) demonstram que a empresa enfrentava dificuldades financeiras, não logrando qualquer enriquecimento ou melhora de situação patrimonial com o não-recolhimento das contribuições previdenciárias.

Tais circunstâncias, portanto, contribuem para o que se pode qualificar como inconsistência do dolo,



tornando difícil o enquadramento do presente caso concreto no tipo abstrato previsto pelo legislador como quer a denúncia. Para que tal conduta possa ensejar conseqüências em sede penal, imprescindível a existência de prova irrefutável, no sentido de que o acusado agiu com dolo específico, a fim de obter vantagem em decorrência do não-recolhimento dos tributos devidos.

A demonstração dessa intenção de locupletamento por parte do acusado é inafastável, na medida em que é esse o aspecto que irá diferenciar o ilícito de mera infração fiscal-administrativa, mero inadimplemento.

Ademais, pode-se até mesmo entender a conduta do réu como meio necessário a evitar o falecimento de empresa, possibilitando a incidência do caso de inexigibilidade de conduta diversa frente a uma situação de crise.

Não ficou caracterizada a vontade livre e consciente dirigida especificamente para o fim de apropriar-se da importância que deixou de recolher e, inexistindo a prova de realização de conduta típica por parte do apelante, impõe-se, assim, o decreto absolutório.

Com efeito, salientou-se que vem prevalecendo este entendimento em nossos tribunais, de que para a configuração do crime tipificado no art. 95, alínea 'd', da Lei nº 8.212/91, é de sobremaneira necessária a caracterização de que o acusado não agiu conforme o resultado esperado pela norma penal, isto é, efetuar o recolhimento do valor da contribuição, de maneira livre e consciente, comprovando-se a sua real possibilidade de agir."

O Relator concluiu seu voto, citando em apoio a sua fundamentação a seguinte jurisprudência:

- TRF-2:
 - ⇒ HC 96.02.27157-4 (DJ de 06/05/97)
 - ⇒ ACR 98.02.32690-9 (DJ de 09/11/2000)
- TRF-5:
 - ⇒ ACR 96.05.30994-7 (DJ de 25/08/2000)

Da 3ª Turma, a Apelação Criminal nº 2001.02.01.002107-3, julgada em 05/02/2002:

3ª TURMA - TRF-2ª RG

Apelação Criminal
 Processo nº: 2001.02.01.002107-3
 Publicação: DJ de 17/04/2002, pág. 347
 Relator: Des. Fed. FREDERICO GUEIROS

Ementa: PENAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DOS EMPREGADOS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE EFETUAR O RECOLHIMENTO.

1. A falta de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados constitui crime omissivo próprio, cuja tipicidade fica condicionada a um não fazer algo que o agente devia e podia fazer, contrariando, assim, a norma jurídica.
2. Embora o crime omissivo próprio não exija o exame do elemento subjetivo do tipo, tratando-se de crime, cuja apuração circunscreve-se ao âmbito administrativo de levantamento de débito, sem indagações mais precisas sobre os seus pressupostos, a questão não está restrita a uma simples indagação de quem seja o gerente da empresa e da existência do débito previdenciário, mas cabe aos órgãos de persecução penal identificar, com exatidão, quais as hipóteses que se situam no âmbito da nociva e indesejada sonegação criminosa das contribuições.
3. Inexistindo prova nos autos de que os réus deixaram de recolher, por qualquer razão, ou mesmo para se locupletarem daquilo que foi sonegado à autarquia e, por outro lado, havendo início de prova de que, de fato, a empresa foi atingida por dificuldades financeiras que a levaram, inclusive, ao encerramento de suas atividades, a hipótese não enseja um decreto condenatório, antes impõe a absolvição.

O Ministério Público Federal denunciou dois empresários porque, na qualidade de diretores de empresa do ramo alimentício, não teriam realizado o recolhimento aos cofres da autarquia previdenciária de parcelas descontadas a título de contribuições previdenciárias das remunerações pagas a seus empregados.

A denúncia foi rejeitada e, interposto o respectivo recurso em sentido estrito, foi o mesmo provido pela Juíza Federal Convocada VALÉRIA ALBUQUERQUE, que anulou a sentença para receber a petição inicial da ação penal.

O juiz *a quo* absolveu os réus, sob o fundamento de não trazerem os autos a certeza da ocorrência de todos os elementos objetivos do delito omissivo, sobretudo quanto à real possibilidade de os acusados recolherem os valores, cujo ônus da prova competia à acusação.

O Ministério Público recorreu, pugnando pela condenação dos acusados, nos termos da denúncia, sob



o fundamento de que os acusados, consciente, voluntária e finalisticamente, deixaram de realizar uma conduta que juridicamente lhes era exigível, tendo real possibilidade de praticar o ato exigido.

A 3ª Turma negou provimento à apelação criminal, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, Des. Fed. FREDERICO GUEIROS, cujo trecho final transcreveremos a seguir:

“Tenho julgado sistematicamente no sentido de reconhecer que o tipo omissivo próprio não exige o exame do elemento subjetivo deste. Entretanto, procuro me orientar, e venho sempre assim fazendo, no sentido de perquirir, como bem o fez o MM. Juiz a quo, que, tratando-se de crime omissivo, cuja apuração circunscreve-se ao âmbito administrativo de levantamento de débito, sem indagações mais precisas sobre pressupostos deste mesmo crime, não me parece razoável proferir decreto condenatório nessas condições. Aliás, a questão está restrita a uma simples constatação de quem seja o gerente da empresa e da existência do débito previdenciário. A situação que permeia a nossa economia não permite que os pequenos e médios empresários sofram com os reflexos da política que a equipe econômica do Governo Federal vem adotando, para cumprir metas determinadas pelo Fundo Monetário Internacional que, necessariamente, não são indesejadas, antes devem se amoldar às circunstâncias da nossa soberania.

Nestes casos, cabe aos órgãos da persecução penal identificar, com exatidão, quais as hipóteses que se amoldam a estas circunstâncias e quais aquelas que se situam, realmente, no âmbito da nociva e indesejada sonegação criminosa das contribuições. No caso ora sob exame, a instrução criminal não foi capaz de realizar essa tarefa, isto se vê claramente do conjunto probatório dos autos.”

Da 4ª Turma, o *Habeas Corpus* nº 2000.02.01.055356-0, julgado em 06/11/2001:

4ª TURMA - TRF-2ª RG

Habeas Corpus

Processo nº: 2000.02.01.055356-0

Publicação: DJ de 30/04/2002, pág. 265

Relator: Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES

Ementa: HABEAS CORPUS. NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVI-

DENCIÁRIAS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL.

- Com a simples omissão do recolhimento ao INSS das quantias relativas à contribuição previdenciária descontada dos empregados, tem-se consumado o tipo penal previsto no art. 95, “d”, da Lei nº 8.212/91, não se exigindo dolo específico, fraude, nem o prejuízo efetivo. Trata-se de crime omissivo puro (STF, HC nº 76.978/RS)

- A denúncia oferecida contra sócio que tinha o dever legal de praticar o ato do qual se omitiu e que descreve conduta que, em tese, constitui crime, não pode ser declarada inepta. Preenchimento dos requisitos inscritos no art. 41 do CPP.

- Eventual inépcia de denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação e em flagrante prejuízo à defesa do réu.

- “...Tratando-se de crime previsto no artigo 95, alínea ‘d’, da Lei nº 8.212/91 – sob o ângulo formal, desconto das contribuições previdenciárias dos salários e ausência do recolhimento pertinente, em sendo o empregador pessoa jurídica de direito privado, dispensável é a especificação, em si, dos atos praticados, individualmente, pelos sócios gerentes. De início tem-se a responsabilidade linear destes” (STF, RHC nº 80.123-4/SP, Rel. Min. MARCO AURELIO, DJU de 17/11/20000).

- Ordem denegada

O Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES historia os fatos em seu breve relatório:

“ANLEY SLEIMAN DA COSTA e outro impetraram habeas corpus em favor de GEILSON PRATA CARDOSO, denunciado como incurso nas sanções art. 95, ‘d’, da Lei nº 8.212/91, c/c o art. 5º, da Lei nº 7.492/86, na forma do art. 71 do Código Penal.

*Sustentam os impetrantes, em síntese, que, mesmo antes da saída do paciente da sociedade da empresa INFOTEL TREINAMENTO EM INFORMÁTICA LTDA; procedeu ao pagamento de 3 (três) parcelas do parcelamento da dívida perante o INSS, mas em razão de dificuldades financeiras, não conseguiu dar continuidade; que a primeira parcela foi paga antes do recebimento da denúncia contra ele oferecida, o que demonstra a inexistência de dolo em se apropriar de valores pertencentes à Previdência Social; que deve ser aplicada retroativamente a Lei nº 9.983/2000, a qual estabelece a imprescindibilidade do **animus rem sibi habendi***



para sua configuração; que a denúncia é inepta por não detalhar com precisão a conduta criminosa imputada ao paciente; que, tratando-se de crime material e doloso, deve o elemento subjetivo ser mencionado na denúncia, razão por que requerem o trancamento da ação penal promovida contra GEILSON PRATA CARDOSO (fls. 02/14).

Instruiu o pedido com os documentos de fls. 16/28.

Liminar indeferida às fls. 34.

Solicitadas as informações, estas vieram às fls. 36 usque 39.

A douta representante do Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, ao argumento de que a Lei nº 9.983/2000 não alterou significativamente o art. 95, 'd', da Lei nº 8.212/91, pois o núcleo do tipo continuou o mesmo e 'inobstante o título que lhe foi dado, a apropriação dos valores arrecadados não figura como elemento descritivo do delito, como ocorre nas demais modalidades de apropriação indébita previstas nos artigos 168 e 169 do Código Penal. O crime continuou a ser, portanto, omissivo próprio, não exigindo a lei nova, da mesma forma que a anterior, a intenção do agente de se apropriar das contribuições por ele arrecadadas'; que '...A denúncia envolve fatos praticados no período de janeiro de 1996 a fevereiro de 1997, quando ainda geria a empresa e tinha o dever legal de praticar o ato do qual se omitiu'. Vê-se, assim, que a denúncia satisfaz plenamente os requisitos legais de sua formulação estabelecidos no artigo 41 do Código de Processo Penal. A imputação é clara e precisa. O fato descrito, ainda que sucintamente, possibilita plenamente a defesa do acusado (fls. 44/49)."

A 4ª Turma, por maioria, vencido o Des. Fed. ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO, negou a ordem de *habeas corpus*. O Relator fundamenta seu voto:

"No tocante ao alegado pagamento por parte do paciente de 3 (três) parcelas do parcelamento da dívida junto ao INSS, vê-se que não se mostra suficiente para eximir qualquer responsabilidade penal de quem possui o dever de repassar as quantias descontadas dos empregados à autarquia, a título de contribuição previdenciária, e assim não procede.

A Segunda Turma do Pretório Excelso, ao julgar o HC nº 76.978/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 19/02/99, entendeu que, **in verbis**:

.....

2 - A punibilidade é extinta quando o agente promove o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia, o que não ocorre enquanto não solvida a última prestação do pagamento parcelado, possibilitando, neste período, o recebimento da denúncia. Precedentes.'

Tal orientação já havia sido firmada pelo Plenário do STF, em 04/10/95, ao julgar a Questão de Ordem no Inquérito nº 1028-6/RS.

Assim, o fato descrito na exordial acusatória subsiste como crime, em tese, que se encontra descrito na Lei nº 8.212, em seu art. 95, 'd'.

.....
'Relativamente à pretensão dos impetrantes de ser aplicada retroativamente à Lei nº 9.983/2000, como bem acentuou a ilustre Procuradora da República, em seu parecer de fls. 44/49: 'Tal questão não demanda, no entanto, um estudo mais aprofundado neste caso, porque ainda que a nova norma exigisse para a configuração do delito a demonstração da intenção de se apropriar isto dependeria de um contraditório de provas que o **habeas** não admite'.

Ora, é pacífico que a via estreita do **writ** somente deve ser utilizada quando prescindir do cotejo material cognitivo.

No tocante à falta de descrição do dolo na inicial como causa de inépcia, tem-se que '...na hipótese de delito praticado com dolo, torna-se discipienda, na denúncia, a referência explícita desse elemento subjetivo do tipo, que deflui da própria descrição fática' (STJ, HC nº 12.161/SP, Rel. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julg. em 19/09/2000).

Ademais o **habeas corpus** não se presta para qualquer aferição do dolo, consoante orientação de nossos Tribunais.

Relativamente à não-individualização da conduta do paciente na denúncia, tenho que descrever suficientemente a eventual conduta criminosa, permitindo a ampla defesa, vez que a essência do **imputatio** está bem clara.

A alteração contratual acostada às fls. 22/27 consigna que o paciente somente se retirou da sociedade em março de 1998 e o período narrado na denúncia compreende janeiro de 1996 a fevereiro de 1997.

.....
'No tocante ao reconhecimento do excludente de culpabilidade consubstanciada



na dificuldade financeira da empresa, não merece prosperar, vez que não se pode afirmar, de forma sumária, devendo ser apurada na instrução criminal, onde o Juízo de Primeiro Grau examinará tudo o que se contém nos autos da ação penal.

Ademais, incumbência de tal prova incube à defesa e não ao órgão acusador'."

Da 5ª Turma, a Apelação Criminal nº 98.02.49105-5, julgada em 19/02/2002:

5ª TURMA - TRF-2ª RG

Apelação Criminal

Processo nº: 98.02.49105-5

Publicação: DJ de 11/07/2002, pág. 181

Relator: Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA

Ementa: PROCESSUAL PENAL. PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO-RECOLHIMENTO DOS VALORES DESCONTADOS DOS EMPREGADOS.

1 - O apelante, na qualidade de presidente de empresa construtora de grande porte e responsável direto pelo recolhimento das contribuições previdenciárias (aspecto que em nenhum momento questiona), omitiu-se em vertê-las aos cofres públicos a partir do ano de 1986 e até julho de 1992, como consta da denúncia instruída com a documentação fiscal, não tendo demonstrado, como lhe cabia, "existência de dificuldades financeiras que tornassem impossível, ou mesmo inviável, o recolhimento das quantias devidas. Limita-se a jogar com teses vazias de conteúdo e mesmo de lógica ou a juntar documentos estranhos ao período em questão ou sem relação com os comprovantes pertinentes à denúncia.

2 - Quanto à inexistência de débito do acusado junto à Administração, cabe à defesa provar a ocorrência de extinção da punibilidade pelo pagamento dos valores devidos antes do recebimento da denúncia, o que não restou demonstrado, sendo todas as CNDs apresentadas em nome da Construtora Pederneiras relativas a período anterior àquele tratado na denúncia, e aquelas que abrangem o mesmo período vêm em nome de outra empresa. Assim também as guias de recolhimento e DARPs juntadas se revelam insuficientes para comprovar a quitação da dívida,

pois não apontam a razão do recolhimento, podendo se referir a outro débito que não aquele narrado na denúncia.

3 - Quanto à aplicação da Lei nº 8.212/91, nossos Tribunais têm firmado entendimento predominante no sentido de que, em se tratando de crime continuado e surgindo uma lei nova vigendo em parte da série delitiva, aplica-se essa lei, ainda que mais severa.

4 - A Lei nº 8.866/94, ao disciplinar a figura do depositário infiel de tributos e contribuições, "não revogou a Lei nº 8.212/91, art. 95, 'd', dado que os textos legais têm âmbitos diversos de abrangência, um tratando do cível e tendo por fim a instituição de meios que levam à recuperação dos valores não recolhidos, e outro, no âmbito penal, tendente à punição do agente do crime" (5ª T. do TRF/3ª Região, no HC nº 03063209/SP, Rel. Juíza Suzana Camargo, unânime, julg. em 30/10/95, DJ de 21/11/95, pág. 80.335).

5 - Apelação não provida.

Sócio-gerente de uma empresa construtora foi, nessa qualidade, denunciado pelo Ministério Público Federal por ter, em continuação delitiva (79 vezes), incidido na prática da conduta descrita no art. 95, alínea "d", da Lei nº 8.212/91, por se apoderar das contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados no período de janeiro de 1986 a julho de 1992.

Condenado em 1ª Instância à pena de 3 anos e 8 meses de reclusão, o empresário alegou que o débito da ação penal não foi identificado e que contra a empresa existem diversos débitos que estariam sendo cobrados em processos de execução, ainda em curso nas varas federais. Acrescentou que no Direito Pátrio não se admite a responsabilidade penal objetiva, e como não ficou comprovado o dolo na ação imputada ao apelante, não tem razão de ser a condenação com base no art. 95, "d", da Lei nº 8.212/91, c/c o art. 71 do CP.

Aduziu, ainda, que a Lei nº 8.866/94 revogou o art. 95, alínea "d", da Lei nº 8.212/91, ao definir como ilícito civil a conduta do acusado, configurando-se, desse modo, a hipótese de *abolitio criminis* descrita no art. 2º, *caput*, do CP.

A 5ª Turma, por maioria - vencida a Des. Fed. VERA LÚCIA LIMA - negou provimento ao recurso, afirmando o Relator Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA, que o apelante "*não demonstrou, como lhe cabia, existência de dificuldades que tornassem impossível, ou mesmo inviável, o*



recolhimento das quantias devidas. Limita-se a jogar em teses vazias de conteúdo e mesmo de lógica ou a juntar documentos estranhos ao período em questão ou sem relação com os comprovantes pertinentes à denúncia."

Citou ainda o Relator onze dos quinze itens do parecer do Procurador Regional da República em que o mesmo demonstra a configuração da conduta típica atribuída ao acusado e cita farta jurisprudência em apoio a sua tese.

Da 6ª Turma, o Recurso Criminal nº 2001.02.01.010576-1, julgado em 09/05/2001.

6ª TURMA - TRF-2ª RG

Recurso Criminal
Processo nº: 2001.02.01.010576-1
Publicação: DJ de 07/06/2001, págs. 408/414
Relator: Des. Fed. ANDRÉ FONTES

Ementa: PENAL. NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DESCONTADA DE EMPREGADOS. CRIME OMISSIVO, MESMO APÓS A LEI Nº 9.983. NOTIFICAÇÕES FISCAIS DE LANÇAMENTO DE DÉBITO CONSTITUEM JUSTA CAUSA PARA RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

- Com o simples não-recolhimento ao INSS dos valores descontados a título de contribuição previdenciária, tem-se consumado o tipo penal previsto no art. 95, "d", da Lei nº 8.212/91, crime omissivo puro, infração de mera conduta, que não exige dolo específico, fraude, nem prejuízo efetivo, na medida em que visa a punir não a mera lesão patrimonial, mas sim a lesão à ordem tributária e à integridade da Previdência Social (STF, 2ª Turma, HC nº 76.978/RS; STJ, 5ª Turma, REsp nºs 244.462 e 218.986 e HC nº 13.957).

- O art. 5º, LXVII, da Constituição da República, ao garantir que não haverá prisão por dívida de natureza civil, veda o emprego da coerção física como meio indireto para forçar o adimplemento de determinada obrigação. Não proíbe, porém, a tipificação penal de conduta que infringe o dever global imposto constitucionalmente a toda a sociedade de garantir a subsistência financeira da Previdência Social (STF, 1ª Turma, HC nº 78.234/PA; STJ, 5ª Turma, REsp nº 244.462 e HC nº 13.957).

- A Lei nº 9.983, de 14/07/2000, ao deslocar o tipo penal da Lei nº 8.212/91 para o art. 168-A do Código Penal, sob a infeliz ementa "apropriação indébita previdenciária", preservou integralmente a estrutura omissiva do delito, de modo que sua consumação não passou a depender de *animus rem sibi habendi*.

- As Notificações Fiscais de Lançamento de Débito que instruem a denúncia certificam a existência de crime e indícios de autoria, constituindo justa causa para o seu recebimento e conseqüente apuração dos fatos em sede judicial.

- É do acusado o ônus de provar eventual dificuldade financeira que exclua a sua culpabilidade. Essa prova depende de demonstração cabal, que só poderá ser feita durante o curso de regular instrução criminal, sob o crivo do contraditório, e não na fase do recebimento da denúncia.

- Por força do art. 512 do CPC e do art. 3º do CPP, a decisão de Primeiro Grau que rejeitou a denúncia é integralmente substituída pelo acórdão do Tribunal que, dando provimento a recurso criminal, a recebe e, conseqüentemente, interrompe a fluência do prazo prescricional (art. 117, I, do CP).

- Provimento do recurso para receber a denúncia, interrompendo o curso do prazo prescricional.

Em 23/11/2000, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de empresário que, na condição de administrador de empresa de prestação de serviços, não recolheu aos cofres do INSS as contribuições previdenciárias devidas e descontadas dos salários pagos aos empregados no período de abril a outubro de 1997.

O Juízo Federal da 7ª Vara do Rio de Janeiro não acolheu a denúncia, ressaltando na sentença:

".....

Deve a denúncia, para não ser precoce ao extremo, fundar-se em elementos concretos, de fácil produção em um singelo procedimento investigatório prévio, que demonstrem a existência de crime e não simples procedimento formal burocrático-fiscal, que sem dúvida demonstra o devido processo legal na sua acepção formal, mas insuficiente para externar o necessário elemento nuclear do tipo.

Não raro a experiência demonstra o insucesso a que estão fadadas ações penais sem o mínimo de lastro probatório prévio da autoria e do dolo. A existência do fato – débito previdenciário – é indubitosa, entretanto, invariavelmente são os



*acusados em casos como este absolvidos, ora por demonstrarem o atuar acobertado por um estado de necessidade exculpante, ora por nenhum ato de gestão realizarem nas sociedades devedoras, enquanto a inexistência dessas causas excludentes da responsabilidade penal, ao meu sentir, se constitui em ônus exclusivo da acusação e deve estar demonstrada, ao menos de forma indiciária, desde o início, de forma a possibilitar a deflagração da **persecutio criminis** não como instrumento de um constrangimento ao **status dignitatis** dos envolvidos, mas como meio de constrangimento legal, legítimo e válido no interesse da sociedade.*

.....
Não se justifica a deflagração da ação penal tão-somente com base em procedimento administrativo fiscal ou IPL 'padrão' de onde não resulta a apuração das razões que ensejaram a omissão. Dívida civil por inadimplemento, derivado ou não de insolvência, deverá ser cobrado coercitivamente, mas na via adequada."

Dessa sentença, o Ministério Público Federal interpôs, tempestivamente, recurso em sentido estrito, sustentando, em síntese, que o tipo descrito no art. 168-A, aplicável ao caso em razão da retroatividade da lei mais benéfica, caracteriza-se pela simples omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias, dispensando prova da efetiva apropriação dos valores pelo agente; apurou-se no inquérito penal que o denunciado "*detinha única e exclusivamente a administração da aludida empresa e reteve as contribuições previdenciárias descontadas das remunerações de seus empregados, sem apresentar qualquer justificativa plausível*"; a investigação policial não apurou nenhuma prova documental que comprovasse eventual crise financeira, de modo que só em Juízo será possível a realização de perícia contábil, sobretudo porque a comprovação de excludente de culpabilidade é ônus da defesa; e, por fim, há prova suficiente da materialidade do crime e indícios de sua autoria para oferecimento da denúncia.

A 6ª Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para receber a denúncia, com a conseqüente interrupção do prazo prescricional, nos termos do voto do Relator, Des. Fed. ANDRÉ FONTES, do qual destacamos estes excertos:

“.....
Ressalvando a existência de entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, 'para a configuração do crime disposto no art. 95, alínea 'd', da Lei nº 8.212/91, é

imprescindível a existência do elemento subjetivo do tipo, qual seja a vontade de fraudar a Previdência, apropriando-se dos valores recolhidos' (STJ, 6ª Turma, REsp nº 165.908, decisão de 19/10/2000, Relator Hamilton Carvalhido), *alinho-me então ao entendimento da Quinta Turma do mesmo Tribunal Superior:*

'PENAL. NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DESCONTADA DE EMPREGADOS. LEI Nº 8.212, ART. 95, 'D'. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.

1 - A prisão decorrente da omissão do recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, por se referir à conduta tipificada criminalmente, não pode ser confundida com a prisão de natureza civil. Daí a impertinência na alegação de ofensa à Constituição Federal ou ao Pacto de São José da Costa Rica. Precedentes.

2 - Habeas corpus conhecido. Pedido indeferido.'

(STJ, 5ª Turma, HC nº 13.957, Autos nº 2000.02.76136-2/RJ, decisão de 05/12/2000, DJ de 19/02/2001, pág. 190, Relator EDSON VIDIGAL).

.....
*Apesar da infeliz rubrica 'apropriação indébita previdenciária', a estrutura omissiva do delito foi integralmente preservada, de modo que, ao meu juízo, continua não sendo exigível para a sua consumação o **animus rem sibi habendi**: havendo o desacato dos empregados das quantias relativas à contribuição previdenciária, e a posterior omissão no seu recolhimento aos cofres da Seguridade Social, consuma-se o delito, independente da intenção de restituir ou não as quantias descontadas.*

Tem-se então que, no caso concreto, a tipicidade e a ilicitude da conduta restaram comprovadas pelas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito trazidas aos autos.

Quanto a eventual excludente de culpabilidade, o ônus da prova deve recair sobre a defesa, não sendo a fase de recebimento da denúncia o momento adequado para análise dessa questão”.

Na seqüência, a jurisprudência dos demais Tribunais Regionais Federais.



**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA 1ª REGIÃO**

Inquérito nº 1998.01.00.003490-1
Órgão julgador: Plenário
Relator: Des. Fed. EUSTÁQUIO SILVEIRA
Decisão: por maioria
Publicação: DJ de 10/02/2000, pág. 53

Ementa: INQUÉRITO. EX-PREFEITOS MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO AO INSS DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DE SERVIDORES. INFRAÇÃO CAPITULADA NA ALÍNEA "D" DO ARTIGO 95 DA LEI Nº 8.212/91. ATIPICIDADE.

1 - Não pratica a conduta capitulada na alínea "d" do artigo 95 da Lei nº 8.212/91 o então prefeito municipal que não recolhe, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social, porque a referida conduta tem como sujeito ativo, tão-só, o titular de firma individual, sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores que participem ou tenham participado da gestão de empresa beneficiada, bem como o segurado que tenha obtido vantagens, o que não é o caso.

2 - Vedação legal à interpretação extensiva da norma penal sancionadora, porque de aplicação estrita.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA 3ª REGIÃO**

Apelação Criminal nº 98.03.90840-5
Órgão Julgador: Quinta Turma
Relatora: Des. Fed. RAMZA TARTUCE
Decisão: unânime
Publicação: DJ de 09/04/2002, pág. 1075

Ementa: PENAL - CRIME CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL - LEI Nº 8.212/91, ARTIGOS 95, ALÍNEA "D" - AUSÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES DESCONTADAS DOS EMPREGADOS - LEI Nº 9.983/2000 - APARENTE CONFLITO DE NORMA - APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.212/91 - PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM* - PRISÃO POR DÍVIDA - INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA - ESTADO DE NECESSIDADE - NÃO-COMPROVAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

1 - Embora o artigo 3º da Lei nº 9.983/2000 traga em sua redação a revogação expressa do artigo 95 e alíneas da Lei nº 8.212/91, há que se ter em mente que esta lei, que vigia ao tempo do delito, é mais benéfica para os réus. Diante do advento de lei posterior mais gravosa, incumbe ao magistrado aplicar lei anterior, eis que sob seu império deu-se o fato criminoso. Aplicabilidade do Princípio *Tempus Regit Actum*.

2 - Afastada a alegada inconstitucionalidade do dispositivo contido na alínea "d" do artigo 95 da Lei nº 8.212/91. Os valores relativos às contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não repassadas ao INSS não constituem dívida do empregador em relação ao órgão previdenciário, até porque tais valores jamais lhes pertenceram, mas, sim, aos empregados segurados do ente público. Tal conduta, em razão de sua evidente reprovabilidade, merece a punição prevista na lei penal. Precedentes desta E. Turma.

3 - A circunstância de existir lei prevendo, para o mesmo fato, conseqüência de natureza civil não desfaz a tipicidade penal, também prevista em lei, sabido que são independentes as esferas civil e penal. Trata-se de esferas distintas de responsabilização do agente, uma incidindo no âmbito cível e outra no âmbito penal, ainda que ambas possam culminar na aplicação de pena restritiva de liberdade. Conservam, portanto, naturezas jurídicas diversas que não conduzem, de forma alguma, ao raciocínio que apregoa a revogação do artigo 95, "d", da Lei nº 8.212/91.

4 - Os réus tinham o dever legal de proceder ao recolhimento das contribuições previdenciárias, haja vista exercerem o cargo de sócios-gerentes, evidenciando-se, assim, sua inquestionável responsabilidade penal.

5 - Estado de necessidade não comprovado pela defesa, a quem cabia o ônus de sua prova.

6 - Recurso conhecido e não provido. Condenação mantida.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA 4ª REGIÃO**

Apelação Criminal nº 1999.04.01.074479-7
Órgão Julgador: Segunda Turma
Relator: Des. Fed. VILSON DARÓS
Decisão: unânime
Publicação: 24/01/2001, pág. 115

Ementa: NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.



ANISTIA. INCONSTITUCIONALIDADE. MP Nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 96.04.51.747-3/SC, Rel. juiz Vladimir de Freitas, DJ de 11/03/98, pág. 421).

4. O crime previsto no art. 95, "d", da Lei nº 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 à 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, reclamationárias 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 o 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 nº 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 à 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.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Apelação Criminal nº 96.05.06141-4
Órgão Julgador: Segunda Turma
Relator: Des. Fed. PETRUCIO FERREIRA
Decisão: por maioria
Publicação: DJ de 29/08/97, pág. 69.243

Ementa: PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO-RECOLHIMENTO. *ABOLITIO CRIMINIS*.



- 1 - O não-recolhimento das contribuições devidas ao INSS descontadas dos salários empregados antes previsto como sendo crime pela Lei nº 8.212/91, art. 95, letra "d", deixou de ser fato ilícito por força da Lei nº 8.866/94.
- 2 - Apelação improvida.

Exibiremos, em seguida, acórdãos em que é expressamente invocado o art. 168-A do Código Penal:

Da 1ª Turma, a ACR nº 98.02.37609-4, publicada no DJ de 14/08/2002, pág. 60.

1ª TURMA - TRF 2ª RG

Apelação Criminal
 Processo nº: 98.02.37609-4
 Publicação: DJ de 14/08/2002, pág. 60
 Relator: Des. Fed. CARREIRA ALVIM

Ementa: PENAL - LEI Nº 8.212/91 (ART. 95, "D") - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - PENA DE RECLUSÃO - ART. 78, § 2º, "A" A "C", DO CP

I - O crime previsto no art. 95, "d", da Lei nº 8.212/91, é omissivo próprio, bastando para sua configuração que o agente deixe de recolher, na época própria, as contribuições devidas à Previdência Social, pouco importando se pretendia ou não se apropriar dos valores a ela relativos.

II - Pena fixada em dois anos de reclusão, aplicando-se cumulativamente pena pecuniária de 100 (cem) dias-multa.

III - Mediante as condições do art. 78, § 2º, "a" a "c", do CP, fica suspenso, condicionalmente, o cumprimento da pena privativa de liberdade, cabendo à juíza a adoção das demais providências legais.

IV - Recurso provido.

Empresária responsável por empresa pesqueira foi denunciada por ter deixado de recolher ao INSS contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados em diversos períodos.

A sentença, ante a ausência de prova de que a acusada agiu dolosamente em face do que lhe foi atribuído, julgou improcedente a pretensão punitiva, absolveu a empresária das imputações que lhe foram feitas, nos termos do art. 386, inciso VI, do CPP.

O Ministério Público Federal apelou, sustentando que a conduta imputada à acusada não exige dolo

específico quanto à apropriação das quantias descontadas e não repassadas ao órgão previdenciário, e sim dolo genérico que consiste na vontade livre e consciente de deixar de recolher as contribuições previdenciárias, tratando-se de conduta omissiva própria, comparada à apropriação indébita.

Por maioria, a 1ª Turma acolheu o recurso. O Relator, Des. Fed. CARREIRA ALVIM, após constatar nos autos a comprovação da materialidade do delito através de relatórios e Notificações Fiscais de Lançamento de Débito, se manifestou sobre o dolo.

"Na modalidade delituosa imputada ao réu, o crime é omissivo próprio, pelo que a ação de deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, há uma ação comissiva inicial (desconto da contribuição social), mas o crime se consuma com a omissão, quando o agente deixa de efetuar o recolhimento, consciente da ilicitude da sua conduta.

Como inadmitir a existência de dolo, como admitiu a sentença, se o responsável pelo recolhimento tem consciência da ilicitude da sua conduta, de descontar a contribuição dos salários dos empregados da empresa, utilizando-a para fim diverso do recolhimento que a lei lhe impõe?"

O cumprimento da pena privativa de liberdade (2 anos) foi suspenso, mediante as condições do art. 78, § 2º, "a" a "c", do CP.

Voto vencido, a Juíza Federal Simone Schereiber fundamenta a sua divergência:

"O caso vertente traz à baila antiga discussão doutrinária acerca do tipo objetivo do delito previsto no art. 95, 'd', da Lei nº 8.212/91, recentemente revogado pela Lei nº 9.983, de 14/07/2000, sobre a qual exaustivamente já me pronunciei.

Em primeiro lugar, sendo o tipo então existente – artigo 95, alínea 'd', da Lei nº 8.212/91 – crime omissivo próprio, mas de conduta mista, o não-fazer, ou seja, o deixar de recolher a contribuição previdenciária aos cofres da Previdência Social deve, necessariamente, pela própria análise do tipo legal, ser precedido da ação de arrecadar o montante com a indevida apropriação do mesmo, pelo desconto no salário pago aos empregados, de modo que, sem a conduta comissiva precedente, o crime não se perfaz.

Em segundo, como todo o crime omissivo, a possibilidade real de agir deve ser clara e inerente à própria ação, sendo as dificuldades financeiras da empresa impeditivas do repasse



tributário, analisadas no próprio tipo, como pressuposto objetivo de matéria antes tratada na esfera de antijuridicidade (estado de necessidade) ou da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa), havendo, como conseqüência, que se alguém tem justificativa idônea para o não-recolhimento, inexistente a consciência e a vontade de delinquir e, assim, o dolo e, em decorrência, o crime.

Como em Direito Penal inexistente responsabilidade objetiva, sem dolo ou culpa e o tipo aberto culposo não é previsto à espécie, na falta do dolo não há a correspondência entre o tipo incriminador e a conduta do denunciado, por insistência do elemento subjetivo exigido

.....
Examino, agora, como última questão, a promulgação da Lei nº 9.983/2000 e conseqüente revogação do artigo 95, alínea "d", da Lei nº 8.212/91.

Com a nova lei e a inserção do tipo no Código Penal no artigo 168-A, os debates que cercavam o tipo penal do delito em tela, tenho que restam pacificados.

O capítulo é o da apropriação indébita, e como a lei deve ser interpretada de forma sistemática, deve-se conjugar o título e o capítulo com o seu conteúdo, quais foram, os artigos.

Desse modo, ironicamente, para todos os que sempre negaram essa intenção legislativa, agora o crime é modalidade de apropriação indébita, como mesmo indica o texto legal e o **nomen juris**:

.....
Assim, conforme já exaustivamente demonstrado, o crime perfaz-se com a presença indubitável do dolo específico referente ao **animus rem sibi habendi** (a vontade de apropriação da coisa alheia, sem pretensão de restituí-la), de modo que não demonstrado tal elemento subjetivo pela acusação, resta-se atípico o fato."

Da 2ª Turma, a ACR 99.02.00250-1, publicada no DJ de 20/06/2002:

2ª TURMA - TRF 2ª RG

Apelação Criminal
Processo nº: 99.02.00250-1
Publicação: DJ de 20/06/2002
Relator: Des. Fed. CRUZ NETTO

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE NÃO-RECOLHIMENTO, NO PRAZO LEGAL, DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DOS EMPREGADOS. ART. 95, ALÍNEA "D", DA LEI Nº 8.212/91. CRIME OMISSIVO PURO. INFRAÇÃO DE SIMPLES CONDUTA (STF, HC Nº 76.978/RS). CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Comprovado o não-recolhimento, pela empresa, da contribuição previdenciária, descontada do salário do empregado, tem-se por configurado o delito de que trata o art. 95, alínea "d", da Lei nº 8.212/91, pelo qual respondem os sócios administradores.
2. Cuidando-se de crime omissivo, basta à sua consumação o desconto ou a cobrança do tributo, de terceiros, e o seu não-recolhimento aos cofres públicos, para que se tenha por caracterizado o delito. Precedentes do STF (*Habeas Corpus* nº 76.978/RS).
3. Ausência, nos autos, de elementos que comprovem a alegada dificuldade financeira que teria ensejado o inadimplemento, não havendo, pois, como se considerar ocorrente causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa.
4. Fixada a pena-base em seu mínimo legal, com incidência do art. 71 do Código Penal, em razão da inexistência, nos autos, de elementos que justifiquem a sua fixação acima deste patamar, substituindo-a por duas penas alternativas.
5. Apelação parcialmente provida.

O Ministério Público Federal denunciou ANTONIO EVALDO INOJOSA DE ANDRADE e MARIA ÂNGELA C. I. de ANDRADE como incurso nas sanções do art. 95, alínea "d", da Lei nº 8.212/91, por terem, na qualidade de responsáveis pela administração da Cia. Usina de Outeiro, terem deixado de repassar ao órgão previdenciário as contribuições descontadas dos empregados no período de setembro de 1991 a março de 1993.

A denúncia foi recebida e o juiz *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva do Estado em relação ao réu ANTONIO EVALDO INOJOSA DE ANDRADE, pela prática do tipo penal previsto no art. 95, alínea "d", da Lei nº 8.212/91, c/c o art. 71 do Código Penal e, em relação à ré MARIA ÂNGELA, julgou improcedente o pedido, em observância ao art. 386, VI, do CPP. A sentença monocrática condenou EVALDO INOJOSA a 3 anos e 6 meses de reclusão e 105 dias-multa.



Ao julgar a apelação criminal do réu, a Segunda Turma, por unanimidade, proveu parcialmente o recurso.

Em seu voto, o Des. Fed. CRUZ NETTO afirmou, inicialmente – em considerações às razões da apelação – não se poder cogitar da anistia de que trata a Lei nº 9.639/98, isto porque o STF, em sessão realizada no dia 04/11/98, apreciando *habeas corpus* impetrado por Jorge Ricardo Silva, em favor de Marcelino Eduardo Britapaja, por unanimidade, indeferiu a ordem e declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11, da referida lei, em sua publicação no DO de 26/05/98, explicitando que a declaração tem efeitos *ex tunc*.

No seu entender, também inocorreu a alegada afronta ao Princípio Constitucional da Igualdade, porque a anistia de que trata o art. 11, da Lei nº 9.639/98, só veio a beneficiar aqueles agentes políticos que não tivessem atribuição legal de recolher as importâncias à Seguridade Social.

Prossegue o Relator:

“Invoca-se a aplicação de benefício da Lei nº 9.249/95, sob o argumento de se ter verificado, no caso, uma novação, com novos prazos, novos valores, substituta integral da dívida original que fixou extinta, tendo em vista o acordo homologado. Acrescenta a defesa que o débito deixou de existir e que o fato passou a ser atípico. Assim, na sua ótica, teria ocorrido, no caso, a extinção da punibilidade pelo pagamento, nos moldes do art. 156, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Há que se ter em conta, no caso, a independência que se verifica entre as esferas tributária e penal. O pagamento do débito, para que surta o efeito da extinção da punibilidade penal, há que ser feito antes do recebimento da denúncia, como causa extintiva da punibilidade pelo pagamento.

Contudo, nestes autos, nenhuma destas hipóteses se verificou. O fato é que o pagamento quase que integral do débito, após o recebimento da denúncia, não tem o condão de extinguir a punibilidade. Deve ser considerado, no caso de condenação, por ocasião da fixação da pena.

O tipo penal em questão consiste em ‘deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público’.”

No caso, o réu, na qualidade de administrador da empresa Cia. Usina do Outeiro, deixou de recolher contribuições previdenciárias arrecadadas de seus empregados, no período de setembro/91 a março/93. Isto está comprovado nos autos pela documentação de fls. 09/11.

Ora, como já visto na definição do tipo penal, o simples fato de “descontar” ou “cobrar” o tributo de terceiros e não efetuar o recolhimento aos cofres públicos já é suficiente para caracterização do delito, sendo irrelevante perquirir-se sobre a efetiva apropriação dos respectivos valores pelo agente do crime. Na verdade, a tipicidade deste crime não se confunde mais com o delito de apropriação indébita, na medida em que a Lei nº 8.212/91 passou a caracterizá-lo como crime omissivo. A tipicidade penal, no caso, decorre da disponibilidade do numerário deixado de recolher.

Citou o Relator acórdãos do STF (HC nº 76.978/RS, DJ de 19/02/99, pág. 27) e STJ (REsp nº 97.01.55613-5/CE, DJ de 11/05/98, pág. 168) como embasamento à sua argumentação.

Em seguida, o Relator abordou a alegação das dificuldades financeiras da empresa, que o réu não conseguiu comprovar documentalmente, trazendo aos autos algumas testemunhas de defesa, insuficientes para seu objetivo final. Este fato não permitiu fosse levada em conta a alegação de causa suprallegal de exclusão da culpabilidade, por inexistência de conduta diversa.

Eis como o Des. Fed. CRUZ NETTO concluiu o seu voto:

“Comprovada a autoria do delito, uma vez que ao réu cabia a administração da empresa à época dos fatos, nos termos do art. 8º do Estatuto Social da Empresa (cf. Resolução nº 4 da Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária, por cópia às fls. 8/10), o que restou confirmado por ele em seu interrogatório, fls. 49/50.

Demonstrada, da mesma forma, a materialidade do delito, pela documentação acostada aos autos, fls. 09/11 - folhas de pagamento da empresa.

Embora em julgamentos anteriores eu tenha considerado que em crimes desse tipo não estava bem caracterizada a continuidade delitiva, rendo-me à reiterada jurisprudência dos Tribunais, sobretudo do STJ, quanto à existência de crime continuado.

No tocante à pena privativa de liberdade aplicada, penso que não há, nos autos, elementos que justifiquem a sua fixação acima do mínimo legal. Há que se considerar que o réu é primário, eis que inexistem anotações em sua FAC, fl. 63, o que, aliás, restou reconhecido pelo juiz na sentença.

A jurisprudência é predominante no sentido de que a aplicação da pena acima do mínimo legal precisa ser fundamentada. Veja-se a esse propósito o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça,



no julgamento do Recurso Especial nº 197.071/CE, em que foi Relator o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

(...)

A aplicação da pena deve ser fundamentada. Na espécie, com efeito, o MM. Juiz não explicitou as razões de fixar a pena-base acima do mínimo legal. A irregularidade não implica nulidade do julgamento; enseja, isso sim, tão-só, o tribunal promover o ajuste normativo.'

(STJ, REsp nº 197.071/CE, Sexta Turma, DJU de 23/08/99, pág. 164).

Preenchendo o réu os requisitos legais, substituo a pena de reclusão por duas penas alternativas, a saber: uma de prestação pecuniária, consistente no fornecimento de 2 (duas) cestas básicas mensais, durante o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, a entidade pública ou privada com destinação social e outra de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas. Quanto a esta última, vigorará pelo prazo da pena privativa de liberdade cominada. No tocante às entidades a serem beneficiadas com as cestas básicas e com serviço a ser prestado pelo réu, caberá ao Juízo da Execução defini-las. Fixo o valor mensal de cada cesta básica em 1 (um) salário mínimo."

Da 3ª Turma, a ACR 2002.02.01.000922-3, publicada no DJ de 14/08/2002, pág. 203:

3ª TURMA - TRF 2ª RG

Apelação Criminal

Processo nº: 2002.02.01.000922-3

Publicação: DJ de 14/08/2002, pág. 203

Relator: Des. Fed. TANIA HEINE

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL - ARTIGO 168-A NA FORMA DO ARTIGO 71, AMBOS DO CP - APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA.

I - Está provada a existência do crime através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 47) e através da demonstração de que as contribuições previdenciárias foram descontadas dos salários de seus empregados (fls. 32/46); está provada sua autoria pois o apelante é responsável pelas obrigações financeiras da empresa (fls. 14/20, 94 a 98 e 115 a 119); além disso, o apelante confessou o crime em Juízo (fls. 326/327).

II - O Código Penal adotou a Teoria da Atividade no seu artigo 4º, pelo que o crime se consumou quando o agente deixou de recolher as contribuições previdenciárias.

III - A denúncia narrou de forma cristalina a conduta perpetrada pelo agente com todas as suas especificações, atendendo, pois, ao artigo 41 do Código de Processo Penal.

IV - Os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa foram respeitados durante a instrução criminal, tendo sido o ora apelante intimado de todos os atos processuais.

V - O agente praticou mais de sete vezes o delito de apropriação indébita previdenciária, o que justifica a incidência da causa geral de aumento de pena da continuidade delitiva no máximo.

VI - Não procede a alegação de inexistência de dolo porque o núcleo do tipo do art. 95, "d", da Lei nº 8.212/91, é o verbo "deixar" e, portanto, trata-se de delito omissivo próprio e o dolo necessário é o genérico, consistente na intenção de descontar do salário dos empregados as quantias referidas e deixar de repassá-las à Seguridade Social, não sendo necessário para sua consumação o *animus rem sibi habendi*, ou seja, a vontade de inverter o título da posse, e não se equiparando ao crime de apropriação indébita.

VII - As dificuldades financeiras alegadas pela defesa, a quem incumbia o ônus de provar a existência da excludente de culpabilidade "inexigibilidade de conduta diversa", não foram provadas.

VIII - Recurso improvido.

Na qualidade de representante legal de um posto de gasolina, contribuinte foi denunciado como incurso nas sanções do art. 5º, da Lei nº 7.492/86, pela prática do crime previsto no art. 95, "d", §§ 1º e 3º da Lei nº 8.212/91, na forma do artigo 71 do Código Penal, por haver deixado de recolher aos cofres do INSS as contribuições para a Seguridade Social descontadas de seus empregados nos períodos de março, maio e dezembro de 1995 e fevereiro, maio, setembro, outubro e novembro de 1996; março a dezembro de 1997 e abril e maio de 1998.

A sentença de 1º Grau condenou o réu às penas de 3 anos e 4 meses de reclusão em regime inicial aberto e pagamento de 100 (cem) dias-multa, tendo substituído a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, sendo uma de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e a outra de prestação pecuniária a entidade pública ou privada com destinação social nos termos dos artigos 44, § 2º, e 45, § 1º do Código Penal.

Alegou a defesa, na apelação, que na denúncia não foi narrada conduta típica imputável ao ora apelante;



que a presente ação penal é nula, pois a peça acusatória se baseou tão-somente em um procedimento administrativo-fiscal, na qual o acusado não teve a oportunidade de se defender; que muito embora os débitos apurados tivessem tido origem na época em que o apelante ainda era sócio da empresa, ao transferir a sua participação societária, os cessionários ficavam sub-rogados tanto nos créditos quanto nos débitos. Sustenta, ainda, a nulidade da sentença *a quo*, uma vez que o decreto condenatório baseou-se tão-somente em um procedimento administrativo e no fato de ter determinado um aumento de pena no percentual de 2/3 sem que, no entanto, tivesse motivado tal aumento. Por fim, aduz a ausência de provas para a condenação.

Ao negar provimento à apelação, por unanimidade, a Terceira Turma referendou o voto da Des. Fed. TANIA HEINE, da qual transcrevemos o seguinte trecho:

“Assevera o ora apelante que, não obstante os débitos apurados tivessem tido origem na época em que o mesmo era sócio da empresa, ao transferir a sua participação societária os cessionários ficavam sub-rogados tanto nos créditos quanto nos débitos.

Não merece acolhida esta tese defensiva, desde que o Código Penal ao adotar a Teoria da Atividade no seu artigo 4º, segundo a qual considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado, o crime se consumou quando o agente deixou de recolher as contribuições previdenciárias, pouco importando se posteriormente transferiu a sua participação societária.

Quanto à alegação de que a denúncia não narrou conduta típica imputável ao acusado, não lhe assiste razão, porém.

Segundo doutrina do ilustre jurista Mirabete na sua obra Processo Penal, 4ª edição, SP, Editora Atlas, 1995, pág. 128, é inepta e não deve ser recebida a denúncia que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, o fato criminoso atribuído ao acusado, que seja vaga, imprecisa e lacônica.”

Dispõe o artigo 41 do CPP, in verbis:

“A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.”

Destarte, o legislador no artigo 41 do Estatuto Processual Penal fixou os requisitos legais da denúncia, alguns essenciais e outros não essenciais, sendo que, na falta daqueles, será a inicial considerada inepta.

Cumpra observar que o crime tipificado no art. 168-A do Código Penal acrescentado pela Lei nº 9.983/2000 que revogou os §§1º e 3º do artigo 95 da Lei nº 8.212/91 é omissivo próprio, cuja tipicidade ocorre quando existe um perigo a um bem jurídico, com a efetiva ocorrência de fatos que acarretam o dever de agir do agente.

Examinando a prefacial acusatória, constata-se que o Parquet Federal narrou de forma cristalina o fato criminoso com todas as suas especificações, bem como imputou ao acusado a prática do crime do art. 95, ‘d’, §§ 1º e 3º da Lei nº 8.212/91, na forma do artigo 71 do Código Penal Brasileiro, indicando a omissão praticada e a ação que o agente tinha o dever de praticar, de forma particularizada pelas situações de fato.”

Da 4ª Turma, a ACR nº 2001.02.01.043458-6, publicada no DJ de 25/07/2002.

4ª TURMA - TRF 2ª RG

Apelação Criminal

Processo nº: 2001.02.01.043458-6

Publicação: DJ de 25/07/2002, pág. 42

Relator: Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES

Ementa: PENAL. DEIXAR DE RECOLHER CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO-REALIZAÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA Nº 352 DO EG. STF. DIFICULDADES FINANCEIRAS DEMONSTRADAS. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE.

- Não há que se falar em nulidade do processo, quando a realização da perícia contábil se torna impossível em face da conduta omissiva da própria defesa. Aplicação do art. 565 do CPP, c/c a Súmula 352 do Pretório Excelso.

- Impõe-se a absolvição do acusado quando restar cabalmente comprovada a dificuldade financeira da empresa, como causa excludente de culpabilidade.

- Recurso provido para, reformando a sentença, julgar improcedente a pretensão punitiva, com base no art. 386, IV, do CPP.

O juiz da 4ª Vara Federal Criminal julgou procedente a pretensão punitiva do Estado quanto ao não-recolhimento de contribuições previdenciárias, descartadas da remuneração dos funcionários da empresa de administração de serviços da qual o acusado



era sócio-cotista responsável e o condenou a 3 anos, 3 meses e 29 dias de reclusão e 16 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por pena de prestação de serviço à comunidade em entidade a ser designada pelo Juízo da Execução Penal e por outra pena pecuniária de idêntico valor a que foi fixada, tudo em face da infringência ao art. 168-A do Código Penal, na forma do art. 71 do mesmo diploma legal.

O patrono do acusado apelou, sustentando, liminarmente, cerceamento do direito de defesa e, no mérito, a dificuldade financeira da empresa ("tão claramente demonstrada que a empresa encerrou suas atividades") e a dívida da Previdência Social com o apelante, pelo que requereu a conversão do julgamento em diligência ou a decretação da absolvição do réu.

A 4ª Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente a pretensão punitiva, com base no art. 386, IV, do CPP.

A preliminar de cerceamento da defesa foi rejeitada, mas a questão de mérito foi acolhida. O Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES comprovou, através da prova testemunhal – inclusive da testemunha arrolada pelo MPF – a inexigibilidade da conduta diversa do acusado, decorrente da dificuldade financeira.

Da 5ª Turma, o HC nº 2002.02.01.020338-6, publicada no DJ de 02/09/2002:

5ª TURMA - TRF 2ª RG

Habeas Corpus

Processo nº: 2002.02.01.020338-6

Publicação: DJ de 02/09/2002, págs. 77/80

Relator: Des. Fed. IVAN ATHIÉ

Ementa: *HABEAS CORPUS*. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

I. A denúncia não descreve a conduta do paciente, tampouco dos demais denunciados. Necessidade, em face do disposto no artigo 41 do CPP, e conforme atual jurisprudência do STF.

II. Com a edição da Lei nº 9.983/2000, que introduziu o artigo 168-A no Código Penal, exige-se dolo específico em apropriar-se indevidamente de valores, para configurar-se o crime de que trata, mesmo que os fatos tenham ocorrido anteriormente.

III. Ordem concedida.

Em favor de membro do Conselho Extraordinário de Administração da Companhia Industrial Santa Matilde foi impetrado *habeas corpus*. O paciente, juntamente com outras pessoas, foi denunciado como incurso no artigo 168-A, § 1º, combinado com o artigo 71, ambos do Código Penal, porque a fiscalização do INSS apurou que a referida empresa deixou de recolher à Previdência Social os valores descontados dos salários de seus empregados, a título de contribuição previdenciária.

A alegação utilizada para a recusa jurídica é que a denúncia e o aditamento pelo qual nela foi incluído o paciente são ineptos, porque tipifica os fatos, ocorridos em 1998, em disposição de lei editada em 14/07/2000 (Lei nº 9.983), e ainda porque, mesmo considerando que o possível tipo seria o do artigo 25, "d", da Lei nº 8.212/91, não há descrição de conduta. O paciente foi denunciado apenas por ter sido membro do Conselho Extraordinário de Administração da Companhia Industrial Santa Matilde desde 24/07/98. A denúncia não faz menção a qualquer fato que seja capaz de embasar a suposição de que a ele caberia determinar ou não o desconto das contribuições e o respectivo recolhimento, nem como, quando ou com que intenção teria deixado de fazer os recolhimentos; tampouco uma só circunstância ou indício que autorize estabelecer-se nexo causal entre a suposta ação delituosa e o comportamento voluntário do denunciado. E ainda por estar a denúncia apoiada em mera presunção de que a falta dos recolhimentos teria importado desvio ou apropriação, sem apontar em proveito de quem quer que seja.

Por unanimidade, o *habeas corpus* foi concedido pela 5ª Turma. Fundamentou o Relator, Des. Fed. IVAN ATHIÉ:

"Tradicionalmente, o entendimento dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça direcionava-se no sentido de atenuar a regra contida no artigo 41 do Código de Processo Penal, nas hipóteses de crimes societários, sustentando não ser necessária a descrição individualizada da conduta de cada um dos acusados. Entretanto, vislumbro a possibilidade de alteração deste panorama, em razão da importante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

'HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA GENÉRICA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INÉPCIA.

NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA A AÇÃO PENAL É PÚBLICA. QUANDO SE TRATA DE CRIME SOCIETÁRIO, A DENÚNCIA NÃO PODE SER GENÉRICA. ELA DEVE ESTABELECE O VÍNCULO DO ADMINISTRADOR AO



ATO ILÍCITO QUE LHE ESTÁ SENDO IMPUTADO. É NECESSÁRIO QUE DESCREVA, DE FORMA DIRETA E OBJETIVA, A AÇÃO OU OMISSÃO DO PACIENTE. DO CONTRÁRIO, OFENDE OS REQUISITOS DO CPP, ART. 41, E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE O TEMA, IGUALMENTE, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. A DENÚNCIA QUE IMPUTA CO-RESPONSABILIDADE NÃO DESCREVE A RESPONSABILIDADE DE CADA AGENTE É INEPTA. O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PENAL ADOTADO PELO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO É PESSOAL (SUBJETIVO). A AUTORIZAÇÃO PRETORIANA DE DENÚNCIA GENÉRICA PARA OS CRIMES DE AUTORIA COLETIVA NÃO PODE SERVIR DE ESCUDO RETÓRICO PARA A NÃO-DESCRIÇÃO MÍNIMA DE PARTICIPAÇÃO DE CADA AGENTE NA CONDUTA DELITIVA. UMA COISA É A DESNECESSIDADE DE PORMENORIZAR. OUTRA É A AUSÊNCIA ABSOLUTA DE VÍNCULO DO FATO DESCRITO COM A PESSOA DO DENUNCIADO.

HABEAS DEFERIDO.

(HABEAS CORPUS Nº 80.549/SP, MIN. NELSON JOBIM, DJ DE 24/08/2001, PÁG. 00949).

Após citar Damásio de Jesus, Hugo de Brito Machado, Afrânio Silva Jardim e Frederico Marques, o Relator transcreveu a ementa do Recurso Criminal nº 2001.02.01.010383-1, relatado na 4ª Turma pelo Des. Fed. ROGÉRIO VIEIRA DE CARVALHO, com publicação no DJ de 28/08/2001, e cuja decisão corrobora o entendimento do Relator.

Da 5ª Turma, o RCCR nº 2001.02.01.0472058, publicado no DJ de 26/06/2002:

5ª TURMA - TRF 2ª RG

Recurso Criminal
Processo nº: 2001.02.01.047205-8
Publicação: DJ de 26/06/2002, pág. 295
Relator: Des. Fed. RALDÊNIO BONIFACIO COSTA

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - LEI Nº 9.964/2000 - REFIS - SUSPENSÃO DA

PRETENSÃO PUNITIVA - PRAZO PRESCRICIONAL - INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE.

I - Várias controvérsias na seara jurídica têm sido geradas pela Lei nº 9.964/2000 que, ao instituir o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, possibilitou às pessoas jurídicas o parcelamento de seus débitos com a Receita Federal e com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

II - Observa-se que o REFIS, ao facultar ao contribuinte devedor do Fisco a oportunidade de saldar seus débitos, concedendo um especial parcelamento, tem por escopo a proteção das receitas públicas, e, em contrapartida, ofereceu, como medida de política criminal, a suspensão da pretensão punitiva do contribuinte, enquanto estiver reparando o dano, e, ao final, quando totalmente reparado há a extinção da punibilidade.

III - Na verdade, este Programa criou mecanismos jurídicos para débitos para com a Fazenda Pública, muito deles atingindo cifras astronômicas, praticamente incobráveis.

IV - Desta forma, buscando-se obter uma maior arrecadação com estas receitas, que serão revertidas em benefícios para toda a sociedade, tal situação se coaduna inteiramente à moralidade administrativa.

V - A Lei nº 9.964/2000 não cria hipótese de crime imprescritível, porquanto, ainda que o lapso prescricional possa ficar suspenso por um longo período – enquanto a pessoa jurídica estiver incluída no REFIS – o fato é que, em caso de descumprimento do acordado, o prazo voltará a correr (*in* Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 2001.71.00030635-3/RS, TRF 4ª Região, Turma Especial, Rel. Des. Federal FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA, DJ de 23/01/2002).

VI - A apreciação do conjunto das disposições contidas no art. 15, *caput*, e § 1º, da Lei do REFIS, em que pese à sua natureza mista, apresenta benefício ao réu, possibilitando a sua aplicação retroativamente, quando a opção por este Programa deu-se antes do recebimento da denúncia.

VII - Da análise dos autos, a empresa CAO ENGENHARIA LTDA. aderiu ao Programa de Recuperação Fiscal em 11/12/2000, e a denúncia ofertada pelo *Parquet* Federal em 03/07/2001.

VIII - *In casu*, consoante o art. 15, *caput*, da Lei nº 9.964/2000, está suspensa a pretensão punitiva do Estado contra o ora recorrido, isto é, enquanto a empresa CAO ENGENHARIA LTDA. estiver incluída no REFIS, uma vez que a opção no referido Programa ocorreu antes do



recebimento da denúncia, não poderá ser iniciada a ação penal, sob pena de configurar constrangimento ilegal.

IX - Neste contexto, o REFIS, ao conceder a suspensão da pretensão punitiva estatal, tem o condão de, por si só, afastar o Estado do direito de punir concretamente o ilícito já praticado, eis que tal suspensão retira uma das condições para o exercício da ação penal, o legítimo interesse processual.

X - Não obstante, caso o contribuinte seja excluído do mencionado Programa, conseqüentemente, retorna ao ente estatal a possibilidade de voltar a exercer a pretensão punitiva.

XI - A adesão pelo contribuinte ao REFIS enseja a suspensão da pretensão punitiva do Estado (artigo 15, Lei nº 9.964/2000), mesmo quando os fatos tiverem ocorrido antes da sua vigência (artigo 2º, Código Penal); e não a extinção da punibilidade prevista no artigo 34 da Lei n.º 9.249/95) (*in* HC 2001.04.01.049776-0/RS, TRF 4ª Região, 7ª Turma, Rel. Juiz Federal JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA, DJ de 29/08/2001).

XII - Assim sendo, é um despropósito promover a ação penal de sonegação ou de apropriação indébita de contribuição previdenciária contra quem já está de boa-fé pagando as parcelas pactuadas pelo REFIS ou quem nada mais deve ao Fisco.

XIII - Recurso criminal em sentido estrito não provido.

O Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito contra sentença monocrática que, com fundamento no art. 43, III, do CPP, c/c o art. 15, *caput*, da Lei nº 9.964/2000, rejeitou a denúncia oferecida contra Albano do Prado Franco. O recorrido foi denunciado como incurso no art. 168-A, § 1º, inciso I, c/c o art. 71, todos do Código Penal.

O MPF sustentou, em sua inconformidade, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.964/2000, em seu art. 15, à luz do Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa, porquanto não se estabelece qualquer prazo máximo de suspensão da pretensão punitiva, e a irretroatividade da mencionada lei. Aduziu, ainda, a inconstitucionalidade no estabelecimento de suspensão da prescrição, na medida em que não se fixa um prazo máximo.

O Juízo de Primeiro Grau manteve a decisão recorrida.

A 5ª Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. O Relator alinhou seus argumentos da seguinte forma:

“Primeiramente, não se pode acolher a alegação de inconstitucionalidade do art. 15 do referido diploma legal por ofensa ao Princípio da Moralidade Administrativa previsto no art. 37 da Carta Magna, pois observa que o REFIS, ao facultar ao contribuinte devedor do Fisco a oportunidade de saldar seus débitos, concedendo um especial parcelamento, tem por escopo a proteção das receitas públicas e, em contrapartida, ofereceu, como medida de política criminal, a suspensão da pretensão punitiva do contribuinte, enquanto estiver reparando o dano, e, ao final, quando totalmente reparado, há a extinção da punibilidade.

Ora, na verdade, o REFIS criou mecanismos jurídicos para resgatar débitos para com a Fazenda Pública, muitos deles atingindo cifras astronômicas, praticamente incobráveis.

Desta forma, buscando-se obter uma maior arrecadação com estas receitas, que serão revertidas em benefícios para toda a sociedade, tal situação se coaduna inteiramente à moralidade administrativa.

Igualmente não procede o argumento recursal de que a Lei nº 9.964/2000 cria uma hipótese de crime imprescindível, porquanto, ainda que o lapso prescricional possa ficar suspenso por um largo período – enquanto a pessoa jurídica estiver incluída no REFIS – o fato é que, em caso de descumprimento do acordado, o prazo voltava a correr (in Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 2001.71.030635/RS, TRF 4ª Região, Turma Especial, Rel. Des. Fed. FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA, DJ de 23/01/2002).

*Além disso, certamente, o ponto de maior divergência da Lei nº 9.964/2000 é referente à aplicabilidade ou não do disposto no art. 15 a fatos ocorridos antes da vigência e eficácia da mencionada lei, visto que se trata de uma norma de natureza mista, ou seja, o *caput* daquele dispositivo (suspensão da pretensão punitiva do Estado) possui caráter nitidamente processual, enquanto o respectivo parágrafo primeiro (suspensão da prescrição) apresenta conteúdo material.*

Sustentou o Parquet Federal a não-incidência desta norma, pois, sendo a suspensão da prescrição prejudicial ao réu, não pode, em conformidade com o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, ser aplicada retroativamente, mas apenas e tão-somente às infrações perpetradas após a edição da Lei nº 9.964/2000.

No entanto, comunga-se do posicionamento majoritário de que é possível a aplicação retroativa



das disposições contidas no art. 15, caput, e § 1º, da Lei do REFIS, quando a opção por este Programa se deu antes do recebimento da denúncia."

Em apoio à sua fundamentação, o Relator citou os três acórdãos seguintes:

- ⇒ RCCR/SE 2001.71.00.030635-3/RS, DJ de 23/01/2002, TRF 4ª Região, Turma Especial, decisão unânime)
- ⇒ RHC 12057/RS (DJ de 04/03/2002) – STJ (5ª Turma)
- ⇒ HC 2001.4.01.049776-0/RS (DJ de 29/08/2001) – TRF 4ª Região (7ª Turma)

Finalmente, do Órgão Especial, o INQ nº 2001.02.01.0332789, publicado no DJ de 23/08/2002:

ÓRGÃO ESPECIAL - TRF 2ª RG

Inquérito

Processo nº: 2001.02.01.0332789

Publicação: DJ de 23/08/2002, pág. 671

Assunto: Des. Fed. CARREIRA ALVIM

Ementa: PENAL - INQUÉRITO - APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - ART. 168-A, § 1º, I, CP - PREFEITO - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

I – Inquérito instaurado visando a apurar crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, do CP) praticado, em tese, por prefeitos de Paraíba do Sul/RJ, permanecendo nos autos somente o Sr. Rogério Onofre de Oliveira, ainda prefeito daquele município.

II - A partir de informações prestadas pelo INSS, verifica-se que não mais subsiste débito que caracterize o tipo da apropriação indébita previdenciária, vez que o valor residual de R\$ 2,90 (dois reais e noventa centavos) não enseja justa causa suficiente a ensejar a implementação da ação penal, aplicando-se, no presente caso, o Princípio da Insignificância.

III - Inquérito que se arquiva.

O curto voto do Relator historia e deslinda a questão:

"O presente inquérito visava a apurar crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A,

§ 1º, do CP) praticado, em tese, por prefeitos de Paraíba do Sul/RJ, no período de 01/89 a 12/98, quais sejam, Ronaldo de Oliveira Santos (1/89 a 12/92), Celso de Motta Barros (01/93 a 12/96) e Rogério Onofre de Oliveira (01/97 a 12/98).

Nesta Corte, o Ministério Público Federal (fls. 259/261), após diligências empreendidas junto à prefeitura de Paraíba do Sul em que se apurou que o Sr. Rogério Onofre de Oliveira ainda é prefeito daquele município e, por força de decisão que revogou a Súmula nº 394 do STF, transferindo a competência para julgar ex-prefeito do Órgão Colegiado para as varas federais, requereu fossem extraídas cópias dos autos e encaminhadas à Seção Judiciária Federal competente para persecução criminal quanto a Ronaldo de Oliveira Santos e Celso de Motta Barros.

A partir de informações prestadas pelo INSS, anexadas ao parecer ministerial de fls. 277/280, vê-se que, relativamente à gestão do prefeito, Sr. Rogério Onofre de Oliveira, referente à NFLD nº 32.806.117-4, restou um resíduo de R\$ 2,90 (dois reais e noventa centavos) (fls. 290), pelo que manifestou-se o Ministério Público Federal através do seguintes fundamentos, verbis:

'Das informações trazidas se verifica que não mais subsiste débito que caracterize o tipo da apropriação indébita previdenciária, pois, na verdade, o valor residual é de R\$ 2,90 (dois reais e noventa centavos) e não enseja justa causa suficiente a ensejar a implementação de ação penal, sendo o caso, inclusive, de se ressaltar o Princípio da Insignificância no caso presente. Diante do exposto, requer o Ministério Público Federal o ARQUIVAMENTO do presente.'

Assim, utilizando-me da fundamentação acima como razões de decidir, determino o arquivamento do inquérito."

Este painel ficaria incompleto sem a abordagem do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), de grande importância para o assunto focalizado nesta publicação, tendo em vista as hipóteses de aplicação do art. 15 da Lei nº 9.964, de 2000, que prevê a suspensão da pretensão punitiva do Estado quando a empresa devedora tenha sido incluída no REFIS antes do recebimento da denúncia. Tal dispositivo legal refere-se aos crimes de sonegação fiscal e não-recolhimento das contribuições previdenciárias.

Em seqüência, ementas de julgados relacionados com o tema, procedentes de diversos órgãos julgadores:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus nº 17.823/SP

Órgão Julgador: Quinta Turma

Relator: Ministro EDSON VIDIGAL

Decisão: unânime

Publicação: DJ de 11/03/2002, pg. 266

Ementa: PENAL. DÉBITO TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO ANTERIOR AO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. SUSPENSÃO. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.

1 - O acordo de parcelamento do débito tributário, efetivado antes do recebimento da denúncia, não enseja, por si só, a extinção de punibilidade prevista na Lei nº 9.249/95, art. 34. Ressalva da posição vencida do Relator.

2 - Como o suposto cometimento do crime ainda está sendo investigado, mostra-se impertinente o pedido de suspensão da pretensão punitiva do Estado, a teor da Lei nº 9.964/2000, art. 15.

Habeas Corpus nº 15.326/RS

Órgão Julgador: Quinta Turma

Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI

Decisão: unânime

Publicação: DJ de 18/11/2002, pg. 242

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL - CRIME DE NÃO-RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E EVASÃO DE DIVISAS - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE.

- No âmbito deste Colegiado, tem-se consagrado que o trancamento de ação penal por falta de justa causa, pela via estreita do *writ*, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do débito pelo paciente. Hipótese não ocorrente.

- Por outro lado, o delito de evasão de divisas não se inclui nas hipóteses de aplicação do art. 15 da Lei nº 9.964/2000, que prevê a suspensão da pretensão punitiva do Estado quando a empresa devedora tenha sido incluída no REFIS antes do recebimento da denúncia. Tal dispositivo legal refere-se apenas aos crimes de sonegação fiscal e não-recolhimento das contribuições previdenciárias.

- Precedentes.

- Ordem denegada.

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 11.230/PR

Órgão Julgador: Sexta Turma

Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO

Decisão: por maioria

Publicação: DJ de 25/02/2002, pg. 443

Ementa: DIREITO PENAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 9.964/2000 (ARTIGO 15). *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. DESCARACTERIZAÇÃO.

1 - O que caracteriza a norma penal, enquanto norma jurídica, própria do sistema positivo de direito ou vigor, é a generalidade do preceito, em nada se confundindo com as disposições concretas e particulares de certas determinações pessoais.

2 - Não há, assim, que se falar em incidência do Estatuto da Retroatividade Penal, que tem sede na Constituição da República (art. 5º, inciso XL) e no Código Penal (art. 2º), pertinente à eficácia temporal da norma penal e, certamente, estranha à *indulgentia principis*, cujos atos têm destinatários certos e determinados, subordinada que está, por inteiro, ao poder discricionário do Estado.

3 - Esta, a natureza da disposição inserta no artigo 15 da Lei nº 9.964/2000, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, que tem o poder do indulto (Constituição da República, artigos 61, inciso II, alínea "b", e 84, inciso VII) e produzida em lei pelo Congresso Nacional, que tem o poder de anistia (Constituição da República, art. 48, inciso VIII).

4 - Somente os contemplados pela *indulgentia principis* podem invocá-la, entre os quais não se inclui aquele, cuja denúncia, que contra ele se ofertaram delitos contra a ordem tributária, foi recebida antes da vigência da Lei nº 9.964/2000.

5 - Recurso improvido.

Habeas Corpus nº 16.878/RS

Órgão Julgador: Sexta Turma

Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES

Decisão: unânime

Publicação: DJ de 24/09/2001, pág. 352

Ementa: PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ART. 15 DA LEI Nº 9.964/2000. REFIS. DÚVIDAS ACERCA DA QUANTIDADE E DA QUALIDADE DA DÍVIDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. *HABEAS CORPUS*. VIA IMPRÓPRIA.

1 - Se, pela prova carreada aos autos, há fundada dúvida de que a dívida relacionada na denúncia,



gênese do processo por sonegação fiscal, é a mesma, em qualidade e quantidade, daquela que teria sido incluída no REFIS, a aplicação do art. 15 da Lei nº 9.964/2000 (suspensão da pretensão punitiva) não se impõe *prima ictu oculi*, apresentando-se, em tal contexto, imprópria a via do *habeas corpus* para a consecução de intento deste jaez, cuja aferição somente poderá ser levada a cabo sob o crivo do contraditório, durante a instrução criminal.

2 - Ordem denegada, com cassação da liminar.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Apelação Criminal nº 2000.35.00.018298-2

Órgão Julgador: Quarta Turma

Relator: Des. Fed. MARIO CESAR RIBEIRO

Decisão: unânime

Publicação: DJ de 16/07/2002, pág. 15

Ementa: PROCESSUAL PENAL. PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS - OPÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. LEI Nº 9.964/2000 (ART. 15). DENÚNCIA. RECEBIMENTO.

1 - A Lei nº 9.964, de 11/04/2000, introduziu no ordenamento jurídico o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administradas pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com vencimentos até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos, cujo ingresso, conforme dispõe o artigo 2º, "dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º".

2 - Preceitua o artigo 15 da Lei nº 9.964/2000 que ficam suspensas a pretensão punitiva do Estado e o prazo prescricional com o ingresso da pessoa jurídica no REFIS e esse ingresso, nos termos do artigo 2º da mesma norma legal, se efetiva com a formalização do pedido de parcelamento dos débitos da empresa, opção de termos e condições do Programa de Recuperação Fiscal, antes do oferecimento da denúncia, obstando, inclusive, o

ajuizamento da ação penal, enquanto estiver honrando o compromisso assumido, com o pagamento regular das parcelas ajustadas. Precedentes do STJ.

3 - A homologação da opção pelo Comitê Gestor do REFIS, prevista no Decreto nº 3.431, de 24 de abril de 2000, consiste em confirmar os termos da opção, retroagindo os efeitos daquela decisão à data da formalização do pedido. Precedente do STJ.

4 - Hipótese em que a denúncia foi recebida em 01/03/2001 e o apelado apresentou a Confirmação do Recebimento do Termo de Opção acusando a recepção desse termo em 18/11/2000, antes, portanto, de oferecimento da denúncia.

5 - Recurso de apelação improvido.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Habeas Corpus nº 2001.02.01.008191-4

Órgão Julgador: Quarta Turma

Relator: Des. Fed. VALMIR PEÇANHA

Decisão: unânime

Publicação: DJ de 09/08/2001

Ementa: HABEAS CORPUS - NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 95, "D", LEI Nº 8.212/91) - ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS - SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO (ART. 15, LEI Nº 9.964/2000).

1 - A inclusão do condomínio, de que é o paciente síndico, no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS (Lei nº 10.002/2000) visou à regularização de uma situação irregular perante a Previdência, não se vislumbrando, desde logo, qualquer intuito de lesar a coletividade.

2 - Em casos em que se pode constatar um pequeno potencial de lesividade na conduta, e havendo o próprio legislador facultado ao devedor de tributos ou contribuições um prazo maior para regularização de sua situação fiscal, apresenta-se como atentatório ao bom senso permitir o prosseguimento de uma ação penal para se apurar acerca de uma conduta, cujo pequeno potencial de lesividade está sendo sanado.

3 - Ordem parcialmente concedida para, consoante o disposto no art. 15 da Lei nº 9.964/2000, suspender a pretensão punitiva do Estado enquanto o débito do condomínio gerido pelo paciente estiver sendo satisfeito.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA 3ª REGIÃO**

Recurso em Sentido Estrito nº 98.03.76182-0
Órgão Julgador: Quinta Turma
Relator: Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE
Decisão: unânime
Publicação: DJ de 26/03/2002, pág. 395

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO QUE SUSPENDEU A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 15 DA LEI Nº 9.964/2000. OPÇÃO PELO REFIS INDEFERIDA. PROVIDO O RECURSO MINISTERIAL.

- O recurso em sentido estrito é o cabível na espécie, à vista do artigo 581, XVI, do CPP. O processo foi suspenso, em virtude de questão prejudicial relativa à inclusão no programa fiscal.

- Os recorridos não podem ser beneficiados com a suspensão do processo, pois o benefício previsto no artigo 15 da Lei nº 9.964/2000 alcança somente a pessoa jurídica que estiver incluída no REFIS. No caso dos autos, a opção pelo REFIS foi indeferida (fls. 407), portanto, não houve a inclusão no Programa.

- Provido o recurso, a fim de que a ação penal tenha seu normal prosseguimento.

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA 4ª REGIÃO**

Habeas Corpus nº 2001.04.01.068579-4
Órgão Julgador: Oitava Turma
Relator: Des. Fed. ELCIO PINHEIRO DE CASTRO
Decisão: unânime
Publicação: DJ de 17/10/2001, pág. 1076

Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. REFIS. INADIMPLÊNCIA COM ALGUMAS PARCELAS DO PROGRAMA. EXCLUSÃO SOMENTE POR AÇÃO DO COMITÊ GESTOR. ART. 5º DA LEI Nº 9.964/2000. DIREITO À SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO E DO PRAZO PRESCRICIONAL.

1 - Enquanto a pessoa jurídica optante pelo REFIS não for excluída do programa por ato do Comitê Gestor, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.964/2000, os acusados podem usufruir dos efeitos previstos no art. 15 da referida lei.

2 - Ordem concedida para determinar a suspensão do processo e do prazo prescricional.

Antes de passarmos à parte final deste INFOJUR ESPECIAL, ressaltaremos alguns pontos divergentes apresentados nos votos vencidos.

Por exemplo, na Apelação Criminal nº 2001.02.01.027632-4, julgada pela 1ª Turma, em seu voto vencido, o Des. Fed. NEY FONSECA, ao discordar da posição do Relator, colocou como ponto nodal na natureza do crime a expressão “deixar de recolher” (dolo genérico), não sendo pressupostos imprescindíveis à caracterização do crime a conduta volitiva e consciente de agir, nem a alegação de dificuldades financeiras.

Por sua vez, o Des. Fed. ROGÉRIO CARVALHO ao emitir seu voto no *Habeas Corpus* nº 2000.02.01.055356-0, julgado pela 4ª Turma, chamou a atenção para o fato de que a dualidade no entendimento estende-se até o STJ, com pronunciamentos dissonantes.

Citou o REsp nº 208.986/AL, relatado na 5ª Turma, pelo Ministro Jorge Scartezzini, e publicado no DJ de 18/12/2000, pág. 225, onde encontramos:

“O delito previsto no art. 95, “d”, da Lei nº 8.212/91, classifica-se como omissivo próprio cuja caracterização verifica-se pela inércia do sujeito ativo que omite ato que a Lei Penal ordena ou obriga seja realizado. Nesse caso, o que o legislador penal criminalizou foi a conduta daquele que, devendo e podendo, deixa de recolher em época o que deveria (conduta omissiva). Na realidade, a consumação do delito efetiva-se, como salientado pelo Parquet, com o não-repasse das contribuições ao INSS pelo empregador.

No tocante à necessidade de individualização da conduta de cada acusado em crimes de autoria coletiva, resalto que não se faz indispensável, bastando a narrativa genérica do delito, sem que se tolha, evidentemente, o exercício de defesa. Este tem sido o posicionamento pacífico desta Egrégia Corte.”

Citou também o REsp nº 165.908/PB, relatado na 6ª Turma pelo Ministro Hamilton Carvalhido, e publicado no DJ de 05/02/2001, pág. 132, onde encontramos:

“Para a configuração do crime disposto no art. 95, alínea ‘d’, da Lei nº 8.212/91, é imprescindível a existência do elemento subjetivo do tipo, qual seja a vontade de fraudar a Previdência, apropriando-se dos valores recolhidos.”

O Dr. Rogério tem o mesmo entendimento do Min. Hamilton Carvalhido.



INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA

COMISSÃO DE
JURISPRUDÊNCIA:
DIVULGANDO O TRABALHO
DO TRF 2ª REGIÃO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO - Comissão de Jurisprudência
Rua Acre, nº 80 - Gabinete do Desembargador Federal Sergio Feltrin
E-mail: jornalinfojur@trf2.gov.br