



Número: **0001012-47.2019.4.03.6181**

Classe: **APELAÇÃO CRIMINAL**

Órgão julgador colegiado: **5ª Turma**

Órgão julgador: **Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW**

Última distribuição : **28/01/2021**

Processo referência: **0001012-47.2019.4.03.6181**

Assuntos: **Crimes contra a Ordem Tributária, Sonegação de contribuição previdenciária**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
AGNALDO JORGE DOS SANTOS (APELANTE)	BRUNO MIOTTO JOSE (ADVOGADO) GUILHERME LUIZ MARTINS (ADVOGADO) DANILO CAMPAGNOLLO BUENO (ADVOGADO) RAFAEL ADRIANO DORIGAN (ADVOGADO)
MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP (APELADO)	

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
23584 8722	17/12/2021 13:42	Acórdão	Acórdão



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
5ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0001012-47.2019.4.03.6181

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE: AGNALDO JORGE DOS SANTOS

Advogados do(a) APELANTE: BRUNO MIOTTO JOSE - SP430817-A, GUILHERME LUIZ MARTINS - SP334558-A, DANILO

CAMPAGNOLLO BUENO - SP248080-A, RAFAEL ADRIANO DORIGAN - SP419706-A

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

p{text-align: justify;}

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0001012-47.2019.4.03.6181

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE: AGNALDO JORGE DOS SANTOS

Advogados do(a) APELANTE: BRUNO MIOTTO JOSE - SP430817-A, GUILHERME LUIZ MARTINS - SP334558-A, DANILO

CAMPAGNOLLO BUENO - SP248080-A, RAFAEL ADRIANO DORIGAN - SP419706-A

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por Aginaldo Jorge dos Santos contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara Criminal de São Paulo (SP) que o condenou a 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 14 (catorze) dias de reclusão e 34 (trinta e

quatro) dias-multa pela prática dos delitos dos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, na forma do art. 71, todos do Código Penal. Regime inicial semiaberto. Inadmitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Alega-se, em apelação, o que segue:

- a) absolvição por inexigibilidade de conduta diversa (CPP, art. 386, VI), à vista dos documentos juntados aos autos e declarações de testemunhas que comprovam as dificuldades financeiras enfrentadas por Fundalloy Comércio de Metais Ltda., da qual o recorrente era sócio-gerente, em especial a falência decretada em 2010;
- b) o apelante reside com a mãe e tem na aposentadoria sua única fonte de renda;
- c) natureza formal do crime de apropriação indébita previdenciária, de modo que a consumação do delito ocorre com o vencimento do prazo para recolhimento, o que impõe a conclusão de que, considerada a pena aplicada e computado o lapso temporal entre os fatos e o recebimento da denúncia, deve ser reconhecida a prescrição no que concerne às competências de 2006 a 2008;
- d) caso afastada a absolvição, deve ser reconhecida a continuidade delitiva, uma vez que os arts. 168-A e 337-A do Código Penal têm como bem jurídico a seguridade social;
- e) inaplicabilidade da agravante da reincidência, à míngua de certidão de inteiro teor da sentença condenatória proferida nos Autos n. 0005782.04.2001.8.26.0050;
- f) compensação entre a circunstância atenuante da confissão e a agravante da reincidência, pouco importando o peso que a primeira teria para a elucidação dos fatos;
- g) fixação do regime inicial aberto (Id n. 151996233).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Hermes D. Marinelli, manifestou-se pelo não provimento do recurso da defesa (Id n. 152451200).

É o relatório.

Encaminhem-se os autos ao revisor, nos termos regimentais.

p{text-align: justify;}



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
5ª Turma

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0001012-47.2019.4.03.6181

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE: AGNALDO JORGE DOS SANTOS

Advogados do(a) APELANTE: BRUNO MIOTTO JOSE - SP430817-A, GUILHERME LUIZ MARTINS - SP334558-A, DANILO CAMPAGNOLLO BUENO - SP248080-A, RAFAEL ADRIANO DORIGAN - SP419706-A

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

V O T O

De início, ressalto a admiração que nutro pelo E. Relator do presente feito, MM. Desembargador Federal *André Nekatschalow*.

Peço *venia* ao eminente colega para, dele divergindo, de forma respeitosa, dar parcial provimento ao recurso da defesa.

Trata-se de apelação criminal interposta por *Agnaldo Jorge dos Santos* contra sentença proferida pelo Juízo Federal da 4.ª Vara Criminal de São Paulo/SP, que o condenou a 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 14 (catorze) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 34 (trinta e quatro) dias-multa pela prática dos delitos dos artigos 168-A, §1.º, inciso I, e 337-A, inciso I, na forma do artigo 71, todos do Código Penal.

Em seu apelo, a defesa pugna pela absolvição por inexigibilidade de conduta diversa; sustenta a natureza formal do crime de apropriação indébita previdenciária, devendo ser reconhecida a prescrição no que concerne às competências de 2006 a 2008. Subsidiariamente, quanto à dosimetria da pena, pugna pelo reconhecimento da continuidade delitiva entre os

delitos; inaplicabilidade da agravante da reincidência; compensação entre a circunstância atenuante da confissão e a agravante da reincidência e fixação do regime inicial aberto (Id 151996233).

O Exmo. Sr. Procurador Regional da República, *Dr. Hermes D. Marinelli*, manifestou-se pelo desprovimento do recurso da defesa (Id 152451200).

O voto do Relator foi no sentido de rejeitar a preliminar de prescrição e dar parcial provimento à apelação de *Agnaldo Jorge dos Santos*, para reduzir para 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 28 (vinte e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo, a pena pela prática dos delitos dos artigos 168-A, §1º e 337-A do Código Penal.

Passo à análise do recurso.

De início, quanto à alegação de prescrição da pretensão punitiva e extinção da punibilidade de *Agnaldo Jorge dos Santos*, concordo com o voto do Relator, Desembargador Federal *André Nekatschalow*, que não acolheu a alegação da defesa.

A defesa requereu, preliminarmente, a extinção da punibilidade do réu por força da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Vejamos.

A ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal constitui matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício, em qualquer tempo, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal.

O Supremo Tribunal Federal assentou que o exaurimento da via administrativa é condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, uma vez que tais delitos são materiais ou de resultado, e que, enquanto pendente o procedimento administrativo, fica suspenso o curso da prescrição (Súmula Vinculante nº 24).

Destarte, segundo entendimento das nossas Cortes Superiores e deste Tribunal, os delitos previstos nos artigos 168-A e 337-A ambos do Código Penal, da mesma forma que o artigo 1.º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, consumam-se com o lançamento definitivo do débito.

Desse modo, nos crimes de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do CP), sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A do CP) e sonegação fiscal (artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90), por se tratarem de crimes materiais, o termo inicial do prazo prescricional corresponde ao término do processo administrativo fiscal, momento em que restará definitivamente constituído o crédito tributário.

In casu, o crédito fazendário foi definitivamente constituído em 12 de março de 2015 e não foi pago ou parcelado segundo o que consta nos autos.

De outro lado, a denúncia foi recebida em 5 de fevereiro de 2019 (Id 151995849, fls. 7/9) e a sentença condenatória foi publicada em 10 de fevereiro de 2020 (Id 151995849, fls. 251/267).

Além disso, durante o transcurso daquele interregno não está noticiada nos autos a ocorrência de nenhuma das causas arroladas nos artigos 116 e 117, ambos do Código Penal, que, respectivamente, impedem e interrompem o fluxo da prescrição da pretensão punitiva.

Destaque-se que a Lei nº 12.234/2010, de 05 de maio de 2010, que revogou o §2.º do artigo 110 do Código Penal, para excluir a prescrição na modalidade retroativa, vedando o seu reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa é inaplicável ao caso, uma vez que configura novação legislativa em prejuízo dos réus, o que fere a vedação constitucional da retroatividade em desfavor do réu (*cf.* artigo 5.º, inciso XL, da Constituição Federal).

Tendo em vista que não houve recurso da acusação em relação à condenação do acusado, considera-se a pena aplicada para cada delito para fins de análise da prescrição (CP, art. 110, § 1º), sem o acréscimo pela continuidade delitiva (STF, Súmula nº 497).

Desse modo, fixada a pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, para cada crime, sem o acréscimo pela continuidade delitiva, a que corresponde o prazo prescricional de 8 (oito) anos, conforme o artigo 109, inciso IV, do Código Penal.

Por conseguinte, verifica-se que não ocorreu para cada crime, o lapso prescricional entre a data da constituição dos débitos (12 de março de 2015) e o recebimento da denúncia (5 de fevereiro de 2019), nem entre a data do recebimento da denúncia (5 de fevereiro de 2019) e a publicação da sentença (10 de fevereiro de 2020), nem entre a publicação da sentença (10 de fevereiro de 2020) e os dias atuais.

Rejeito, pois, a preliminar suscitada pela defesa.

No que se refere à materialidade e à autoria delitiva, também voto em conformidade com o entendimento do Relator.

De acordo com a denúncia, na condição de sócio gerente da empresa FUNDALLOY COMÉRCIO DE METAIS LTDA., o réu deixou de recolher contribuição previdenciária descontada dos prestadores de serviços nas competências de julho a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, janeiro a julho de 2008 e outubro de 2008 e, ainda, de incluir todos eles em guias de recolhimento do FGTS, nos mesmos períodos, causando, com isso, prejuízo de R\$ 1.510.162,24 (um milhão, quinhentos e dez mil, cento e sessenta e dois reais e vinte e quatro centavos) aos cofres previdenciários.

A materialidade encontra-se amplamente comprovada pelo processo fiscal, que foi devidamente instruído pelo Mandado de Procedimento Fiscal (fl. 08 da mídia de fl. 16); Termo de Início de Procedimento Fiscal (fls. 09/12); Notificação (fl. 13); Auto de Infração (fls. 47/76) e Termo de Encerramento (fl. 39).

Quanto à autoria, também restou demonstrada.

Com efeito, os documentos existentes à época trazem o réu como responsável pela empresa, conforme fichas cadastrais enviadas pela Junta Comercial do Estado de São Paulo (cf. mídia de fl. 16 e cópias das Declarações de IRPJ às fls. 275/303).

Não bastasse tal fato, as testemunhas ouvidas confirmaram que o réu era o único responsável pela administração da empresa.

Sendo assim, os elementos de prova carreados aos autos do processo criminal demonstram a materialidade e a autoria delitivas.

Entretanto, ousou divergir quanto à existência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de não-repasse de contribuições previdenciárias (artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP).

O E. Relator, Desembargador Federal *André Nekatschalow*, em seu voto afastou a mencionada excludente, com fundamento em que:

"(...) A mera existência de dificuldades financeiras, as quais, por vezes, perpassam todo o corpo social, não configura, ipso facto, causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de sonegação fiscal. O acusado tem o ônus de provar que, concretamente, não havia alternativa ao não repasse dos tributos (TRF da 3ª Região, ACr n. 98030965085, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 14.09.04; ACr n. 200203990354034, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 26.06.07; ACr n. 20056118007918, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 15.09.08).

Anote-se que a concordata (ou a recuperação judicial) favorece a empresa devedora quanto ao pagamento de seus credores, os quais, porém, não fazem jus a receber seus créditos mediante o desvio de recursos destinados à Receita Federal. Nesse sentido, a isolada circunstância de a empresa ter-se beneficiado com a concordata (ou com o plano de recuperação judicial) não oblitera a caracterização do delito (TRF da 3ª Região, ACr n. 199961810073570, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 25.07.05).

Por sua vez, a falência nada mais é do que uma execução coletiva que se instaura em razão de uma crise de liquidez ou desequilíbrio patrimonial. Embora ela usualmente ocorra num quadro de dificuldades financeiras, não exclui a culpabilidade do agente que deixa de recolher tributos descontados dos salários dos empregados, em especial no período anterior à quebra:(...)

Do caso dos autos. Os documentos juntados aos autos, assim como as declarações prestadas em Juízo, não são suficientes à conclusão de que Fundalloy Comércio de

Metais Ltda. passava por dificuldades financeiras que não faziam parte do risco inerente à atividade empresarial. O uso de recursos destinados à Previdência Social não é admissível como meio para a viabilização da atividade empresarial.

Contudo, penso não ser essa a melhor exegese.

O apelante alega que, enfrentando uma situação financeira difícil, optou por pagar os salários e as dívidas trabalhistas que tinham com os empregados da empresa em detrimento do pagamento das contribuições sociais ao INSS.

A alegação de que a empresa passava por dificuldades financeiras corresponde à tese embasada na suposta impossibilidade do recolhimento dos tributos, que diz respeito à configuração ou não da inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal excludente de culpabilidade.

Como sabido, a inexigibilidade de conduta diversa exclui a culpabilidade nos casos em que o agente não tem condições de se comportar conforme a lei, de tal modo que sua ação não é considerada reprovável naquela situação concreta.

Trata-se, pois, de causa excludente de cunho excepcional, na medida em que as hipóteses de exigibilidade de conduta diversa já se encontram tipificadas no Código.

Com efeito, para o reconhecimento da exculpante em referência, faz-se imprescindível a prova inequívoca dos fatos - que não de ser excepcionais, frise-se - que lhe dão suporte, não se afigurando suficientes, por razões de ordem intuitiva, meras declarações prestadas pelo réu e pelas testemunhas de defesa.

Destarte, a mera existência de dificuldades financeiras, as quais, por vezes, perpassam todo o corpo social, não configura *ipso facto* causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de apropriação indébita de contribuições previdenciárias.

O acusado tem o ônus de provar que, concretamente, não havia alternativa ao não repasse das contribuições.

Na hipótese, foram trazidos aos autos pela defesa, diversos documentos capazes de comprovar todas as dificuldades enfrentadas durante a administração da empresa. Inclusive, apresentou aos autos o processo que tramitou na 1ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível, na qual a pedida a falência da empresa no ano de 2010 (autos sob o nº 0020105-43.2010.8.26.0100 - fls. 152/162).

No mesmo sentido, anexou os balancetes e imposto de renda da empresa que comprovam os prejuízos; relação das ações trabalhistas decorrentes da impossibilidade de pagamento de todas as obrigações com os funcionários da época; e, por fim, apresentou a relação de diversas ações cíveis dos fornecedores da empresa.

Com efeito, os fatos geradores dos débitos tributários objeto do crime de apropriação indébita previdenciária, ocorridos de julho a dezembro de 2006; janeiro a dezembro de 2007; janeiro a julho de 2008 e outubro de 2008, são contemporâneos ao pedido de recuperação judicial, demonstrando que a situação financeira da empresa era precária à época dos fatos.

Nesse contexto, cumpre destacar o entendimento da jurisprudência pátria: PENAL. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO PAGAMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PATRONAL. AUTORIA. CRIME SOCIETÁRIO. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ESTADO DE NECESSIDADE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DOSIMETRIA DA PENA. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE.

1. A mera ausência de pagamento das denominadas "contribuições patronais", por si só, representa simples irregularidade tributária, sanável mediante os meios legais de execução judicial postos à disposição do Estado, não implicando a incidência da figura típica prevista no artigo 168-A do Código Penal.

2. "Em se tratando de crimes societários, a responsabilidade pela prática do ilícito deve recair sobre todos os diretores da empresa, tanto os que participaram ativamente da prática delituosa, quanto os que se omitiram, não agindo para evitar que o delito fosse perpetrado, devendo-se entender por "diretor" aquele sócio com efetiva participação na administração da empresa, e não aquele que apenas formalmente consta no contrato social como tal, sem real ingerência na empresa. Aplicação da teoria do domínio do fato.: (TRF4R, EINACR , 4ª Seção, Relator: José Luiz B. Germano da Silva, DJU 08.10.2003) .

3. A dificuldade financeira apta a excluir a ilicitude e a culpabilidade deve ser contemporânea à omissão do recolhimento, precisa ser objetiva e racionalmente explicada e demonstrada com documentos pelos quais se possa evidenciar que não decorreram elas de mera inabilidade, imprudência ou temeridade na condução dos negócios, e, principalmente, tem de resultar de um conjunto de circunstâncias imprevisíveis ou invencíveis que tenham comprometido ou ameaçado inclusive o patrimônio pessoal do sócio-gerente ou administrador.

4. O exame das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Estatuto Criminal regula a fixação da pena-base, devendo a variação correspondente partir do mínimo legal .

5. O fato de o delito de omissão de recolhimento de contribuições previdenciária conter, intrinsecamente, ofensa aos princípios constitucionais reguladores da Seguridade Social, dentre eles o da solidariedade humana, não autoriza uma valoração negativa a título de personalidade do agente, vez que representa elemento já considerado pelo legislador penal quando da fixação das reprimendas mínima e máxima .

(TRF-4 - ACR: 10449 SC 2002.72.00.010449-0, Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, Data de Julgamento: 30/06/2004, OITAVA TURMA, Data de Publicação: DJ 14/07/2004 PÁGINA: 564) .

De fato, a falência é posterior às competências objeto desta ação penal, porém, as dificuldades financeiras narradas pelo réu se perpetuaram ao longo do tempo.

Destarte, não se pode ignorar que a falência é o ato que encerra uma situação de penúria da empresa que se verifica ao longo do tempo, e não uma questão instantânea que resulta de imediato na quebra da empresa.

Desta feita, a omissão dos recolhimentos das contribuições previdenciárias pelo réu, resultou de um conjunto de circunstâncias imprevisíveis e/ou invencíveis, incidindo a excludente da ilicitude.

Em conclusão, o conjunto probatório sinaliza que o réu agiu sob o manto da inexigibilidade de conduta diversa ou do estado de necessidade, sendo imperiosa sua absolvição com relação ao delito previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I, do Código Penal.

Nesse sentido, anoto precedentes da Corte Superior e desta Corte Regional que seguem no sentido do entendimento ora adotado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA . AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO NO MONTANTE AUFERIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DOLO GENÉRICO. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. ÔNUS PROBATÓRIO DA DEFESA. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO JUSTIFICADO PELO NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. (. . .)

3. O crime de apropriação indébita previdenciária tem sido entendido como crime omissivo próprio (ou omissivo puro), isto é, aquele em que não se exige necessariamente nenhum resultado naturalístico, esgotando-se o tipo subjetivo apenas na transgressão da norma incriminadora, no dolo genérico, sem necessidade de comprovação do fim especial de agir, ou dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de ter a coisa para si (animus rem sibi habendi).

4. A impossibilidade de repasse das contribuições previdenciárias em decorrência de crise financeira da empresa constitui, em tese, causa supralegal de exclusão da culpabilidade - inexigibilidade de conduta diversa -, e, para que reste configurada, é necessário que o julgador verifique a sua plausibilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, não bastando para tal a referência a meros indícios de insolvência da sociedade. (. . .)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido." - Grifei. (STJ - REsp 1113735/RS - 5ª Turma - rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 02/03/2010, v.u., DJe 29/03/2010)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA . ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DATA DA OMISSÃO. CRIME FORMAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ESTADO DE NECESSIDADE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUDENTES. AUSÊNCIA DE PROVA. ÔNUS DA DEFESA. DOSIMETRIA. REFORMA. CONFISSÃO QUALIFICADA. ATENUANTE RECONHECIDA. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1- O crime tipificado no artigo 168-A do Código Penal é delito de natureza formal, que se consuma com o não repasse, à Previdência Social, das contribuições descontadas dos

segurados empregados, não havendo necessidade de inversão da posse e utilização do montante em proveito pessoal pelo agente para sua configuração.
(. . .)

9- *A existência de dificuldades financeiras na empresa pode, em determinados casos, configurar causa de exclusão da ilicitude, por estado de necessidade, como entendem alguns, ou em causa de exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, como entendem outros.*

10- *Para que caracterizem a excludente, as adversidades devem ser de tal ordem que coloquem em risco a própria existência do negócio, sendo certo que apenas a impossibilidade financeira devidamente comprovada nos autos poderia justificar a omissão nos recolhimentos. Ônus que compete à defesa (art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal) e do qual não se desincumbiu.*
(. . .)

17 - *Apelos parcialmente providos." - Grifei. (TRF3 - ACR 55102 (Proc. 00155162420074036102) - 11ª Turma - rel. Des. Fed. JOSÉ LUNARDELLI, j. 25/11/2014, v.u., e-DJF3 Judicial 1 09/12/2014)*

"PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA . ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO STF. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO CONFIGURADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.
(. . .)

4. *A jurisprudência pátria admite a inexigibilidade de conduta diversa para a figura típica do art. 168-a do Código Penal apenas em casos em que são verificadas dificuldades financeiras insuperáveis, isto é, em cenários nos quais o recolhimento dos valores descontados da folha salarial relativos às contribuições previdenciária s colocaria em risco a própria continuidade da atividade da pessoa jurídica ou o pagamento de verbas alimentares de seus empregados, configurando a impossibilidade de escolha diversa por parte do sócio-gerente. Excludente de culpabilidade não c o n f i g u r a d a .*

5. *Apelação defensiva desprovida." - Grifei. (TRF3 - ACR 520099 (Proc. 00082995220054036181) - 2ª Turma - rel. Des. Fed. COTRIM GUIMARÃES, j. 25/11/2014, v.u., e-DJF3 Judicial 1 04/12/2014)*

Ante o exposto, merece reforma a sentença para absolver o réu quanto ao delito previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do CPP, em face da excludente ora reconhecida.

Sendo assim, acompanho o E. Relator no que tange à manutenção da condenação do apelante quanto à prática do delito previsto no artigo 337-A, inciso I, do CP, porquanto há provas suficientes da materialidade e autoria delitivas, como bem demonstrado no seu voto.

No que se refere à dosimetria da pena do crime do artigo 337-A, inciso I, do Código Penal, acompanho o E. Relator em seu entendimento que fixou a pena definitiva cominada ao réu em 3 (três) anos de reclusão e 14 (catorze) dias-multa.

Mantido o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

Todavia, diante da absolvição do réu quanto ao delito previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP e da consequente readequação da pena privativa de liberdade definitiva, modifico para aberto o regime de cumprimento da pena.

Com efeito, nos moldes do art. 33, §2º, "c", do Código Penal, e não havendo circunstância que torne recomendável a fixação em regime mais gravoso, estabeleço o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Presentes os requisitos dos incisos I, II e III, do art. 44 do Código Penal, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que se apresenta recomendável para a recomposição ético-social do acusado.

Desta forma, substituo a reprimenda corporal imposta ao réu por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade pelo período da condenação, na forma do art. 46, §3º, do Código Penal, e prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos, ambas as penas em favor de entidade com destinação social a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais.

Com tais considerações, após detida análise dos autos, dirijo parcialmente do E. Relator para dar parcial provimento à apelação da defesa, em maior extensão, absolvendo o réu delito previsto nos artigos 168-A, § 1º, inciso I, do CP, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do CPP, mantida a condenação do réu pela prática do delito previsto no artigo 337-A, inciso I, do CP, redimensionando a pena definitiva cominada ao réu para 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo período da condenação, na forma do art. 46, §3º, do Código Penal, e prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos, ambas as penas em favor de entidade com destinação social a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais e, pagamento de 14 (catorze) dias-multa, mantido o valor unitário em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Acompanho, no mais, o Relator.

É o voto.

p{text-align: justify;}

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0001012-47.2019.4.03.6181

RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW

APELANTE: AGNALDO JORGE DOS SANTOS

Advogados do(a) APELANTE: BRUNO MIOTTO JOSE - SP430817-A, GUILHERME LUIZ MARTINS - SP334558-A,

DANILO CAMPAGNOLLO BUENO - SP248080-A, RAFAEL ADRIANO DORIGAN - SP419706-A

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Imputação. Agnaldo Jorge dos Santos foi denunciado pela prática do delito do art. 168-A, § 1º, I, c. c. o art. 337-A, I, do Código Penal.

Sustenta-se na denúncia que na condição de administrador de Fundalloy Comércio de Metais Ltda., Agnaldo Jorge dos Santos reduziu contribuições previdenciárias ao omitir em guia de recolhimento (GFIP) segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviço, nas competências de julho a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, janeiro a julho de 2008 e outubro de 2008. Ainda, deixou de recolher, no prazo legal, contribuições sociais devidas à Previdência Social, descontadas dos pagamentos efetuados a empregados e contribuintes individuais nas referidas competências.

Houve lançamento de crédito tributário no valor de R\$ 1.510.162,24 (um milhão, quinhentos e dez mil, cento e sessenta e dois reais e vinte e quatro centavos), o qual foi definitivamente constituído em 12.03.15 (Id n. 151995849, pp. 3/6).

Do processo. A denúncia foi recebida em 05.02.19 (Id n. 151995849, pp. 7/9).

Houve oitiva de testemunhas e interrogatório do réu (Ids ns. 151995849, 151996176, 151996177 e 151996178).

Em 10.02.20, o Juízo *a quo* condenou Agnaldo Jorge dos Santos a condenou a 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 14 (catorze) dias de reclusão e 34 (trinta e quatro) dias-multa pela prática dos delitos dos arts. 168-A, § 1º, I, e 337-A, na forma do art. 71, todos do Código Penal. Regime inicial semiaberto. Ausentes os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (Id n. 151995849, pp. 251/267).

Agnaldo Jorge dos Santos interpôs apelação em 27.02.20 (Id n. 151995849, p. 274).

A sentença transitou em julgado para a acusação em 18.02.20 (Id n. 151996234).

Apropriação indébita previdenciária. Conclusão do procedimento administrativo. Exigibilidade. Resta pacificado nos Tribunais Superiores o entendimento de que o delito tipificado no art. 168-A do Código Penal é de natureza material, uma vez que para sua consumação exige-se a efetiva frustração à arrecadação da Seguridade Social, razão pela qual é exigível o encerramento do procedimento administrativo (STF, Tribunal Pleno, Inq n. 2.537 AgR-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 28.08.08; STJ, RHC n. 36.704/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 18.02.16; 6ª Turma, HC n. 186.200, Rel. Min. Og Fernandes, j. 14.05.13). Também é nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, Ação Penal n. 0000767-76.2005.4.03.6003, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 10.07.13; 1ª Seção, unânime, EIFNU n. 0003559-56.2003.4.03.6105, Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro, j. 04.08.16).

Do caso dos autos. Sustenta o apelante a natureza formal do crime de apropriação indébita previdenciária, de modo que a consumação do delito ocorreria com o vencimento do prazo para recolhimento. Assim, considerada a pena aplicada e computado o lapso temporal entre os fatos e o recebimento da denúncia, deveria ser reconhecida a prescrição no que concerne às competências de 2006 a 2008.

O delito tipificado no art. 168-A do Código Penal é de natureza material, razão pela qual é exigível o encerramento do procedimento administrativo. A constituição definitiva do crédito tributário ocorreu em 12.03.15 e a denúncia foi recebida em 05.02.19 (Id n. 151995848, p. 116, n. 151995849, pp. 7/9), antes do decurso do prazo prescricional de 8 (oito) anos (CPP, art. 109, IV).

Assim, rejeito a preliminar de prescrição deduzida pela defesa.

Materialidade. A materialidade delitiva está demonstrada pelos seguintes elementos de convicção:

a) Representação fiscal para fins penais referente à apuração de sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária em face de Fundalloy Comércio de Metais Ltda. (Id n. 151995853, pp. 3/7);

b) Auto de Infração DEBCAD n. 37.302.618-8 e respectivo discriminativo de débito, consolidado em 25.03.11, valor de R\$ 936.982,47 (novecentos e trinta e seis mil, novecentos e oitenta e dois reais e quarenta e sete centavos), que acrescido de multa e juros de mora totaliza R\$ 1.510.162,24 (um milhão, quinhentos e dez mil, cento e sessenta e dois reais e vinte e quatro centavos (Id n. 15195853, pp. 60/98);

c) Relatório fiscal (Id n. 151995853, p. 99, n. 15199584, pp. 1/11);

d) Ofício da Secretaria da Receita Federal do Brasil em que informa a constituição definitiva do crédito tributário em 12.03.15 (Id n. 151995848, p. 116).

Autoria. A autoria delitiva está comprovada nos autos.

A testemunha Eliana Aparecida Câmara Ramos declarou em Juízo que Agnaldo Jorge dos Santos era sócio-administrador de Fundalloy. Trabalhou no departamento pessoal da empresa, que passou por dificuldades financeiras nos anos de 2006 a 2009. Quando ingressou na empresa, em 2007, já havia comentários sobre isso. A empresa tinha mais de 100 (cem) funcionários e quando saiu, em 2015, não havia mais nenhum empregado. Segundo soube, a empresa tinha problemas com fornecedores e por conta disso foi perdendo clientes. Deixava de pagar tributos ou recolhia apenas parte dos tributos dos segurados, atrasava salários. A depoente trabalhava na parte burocrática da empresa, inclusive como representante em processos trabalhistas. Não sabe dizer se Agnaldo vendeu imóvel de propriedade particular para pagar débitos da empresa. Rosa Maria dos Santos era mulher de Agnaldo e também constava no contrato social como sócia, mas nunca a viu na empresa. Ouviu dizer que o casal separou-se e que um dos motivos foi a crise financeira da empresa. Não sabe dizer se a empresa pagava funcionários por fora (Id n. 151996176).

A testemunha Arnaldo Barbosa Lima afirmou em Juízo ter sido convidado a ingressar na Fundalloy, oportunidade em que veio a conhecer Agnaldo. O depoente conhecia muitos fornecedores e por conta disso a empresa prosseguiu operando por mais tempo. Não prestava mais serviços quando Fundalloy teve sua falência decretada. O término das atividades deve ser ocorrido por volta do ano de 2012. A empresa não tinha débitos em bancos, mas com *factorings*. Houve diversas penhoras de bens e maquinários por conta de processos na Justiça Federal e Estadual. Foi ameaçado por fornecedores que não foram pagos. A empresa também lhe deve. Agnaldo assinava como avalista em diversos contratos de empréstimo, teve seu nome negativado. Conhece apenas de nome Rosa Maria dos Santos, ex-esposa de Agnaldo (Id n151996177).

Em interrogatório judicial, Agnaldo Jorge dos Santos admitiu não ter havido devido recolhimento de tributos entre 2006 a 2008, período referido na denúncia. Mesmo

com diversas dificuldades acumuladas, a empresa mantinha um parcelamento pelo REFIS, por conta de débito de INSS. Era a única dívida que a empresa conseguia pagar. Fundalloy fazia peças de alumínio, fundição e, em 2006, tinha entre 105 (cento e cinco) e 120 (cento e vinte) funcionários. A maioria realizava trabalho manual, não havia muitos equipamentos. A sede de Fundalloy era no bairro de Santo Amaro, em São Paulo (SP). Era um prédio alugado do qual foram despejados. O prejuízo mensal, entre 2005 a 2009, era de 25% (vinte e cinco por cento) a 30% (trinta por cento), mas a empresa foi prosseguindo com suas atividades, “empurrava”. Com 14 (catorze) anos, ingressou como funcionário na empresa. Assim trabalhou durante 20 (vinte) anos. Em 1992, comprou a empresa pelo valor de 10% (dez por cento), porque 90% (noventa por cento) era dívida tributária. Ele e mais 2 (dois) funcionários. Em 1997, seus sócios retiraram-se da empresa. Foi quando vendeu o único imóvel que tinha para poder ajudar a empresa. Começou a administrar sozinho a Fundalloy, acreditava que conseguiria resolver todos os problemas. Anos bons, anos ruins, acumulava coisas dos anos ruins para resolver à frente. Na época, a maioria da dívida era tributária. Em 2006, também havia um REFIS de IPI, que posteriormente deu origem a uma ação penal, com sentença condenatória. Só de REFIS, pagava parcelas mensais de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Nos anos de 2006 e 2008, houve meses em que descontou a contribuição dos segurados e não as repassou. Priorizava o pagamento da folha, a compra de matéria-prima e insumos. Houve greve por atraso de pagamento, mas era preciso produzir o pouco possível para dar continuidade às atividades. Para tentar resolver a situação, negociar com fornecedores e *factorings*, contratou Arnaldo Barbosa Lima. Ocorre que equipamentos penhorados foram a leilão, a produtividade diminuiu. Não houve meios de atender aos clientes. Já não tinha bem próprio cuja venda pudesse ajudar a quitar as dívidas da empresa. Entre 2008 e 2009, perderam todos os clientes, sofreram diversas execuções, pedido de falência e despejo. Alugou uma sala na Avenida Jangadeiro, de onde Eliana Aparecida Câmara Ramos cuidava das reclamações trabalhistas, pedidos de aposentadoria de funcionários etc. Em 2010, quando houve a fiscalização que deu origem ao presente processo, as atividades estavam encerradas, embora o escritório na Avenida Jangadeiro tenha sido mantido até 2015, para tratar de ações e acordos trabalhistas, papelada de aposentadoria de funcionários. Eliana Aparecida acompanhou a fiscalização, ele apenas assinava. Atualmente tem restrição de crédito, há várias dívidas em seu nome, consta como avalista em dívidas da Fundalloy. A ex-esposa Rosa Maria não administrava a empresa. Reside com a mãe e a irmã, em imóvel de propriedade da primeira. Não tem bens em nome próprio. É formado em administração, porém sua única renda advém da aposentadoria, no valor de R\$ 3.330,00 (três mil trezentos e trinta reais). Foi processado anteriormente, condenado em março de 2017. Cumpre pena pela prática do delito do art. 1º da Lei n. 8.137/90 (prestação de serviço comunitário até maio de 2020). Houve outra condenação em 2002, com pena já cumprida. Ambas as condenações referem-se à Fundalloy (Id n. 151996178).

Aginaldo Jorge dos Santos era sócio-administrador de Fundalloy Comércio de Metais Ltda. à época dos fatos (Id n. 151995855, pp. 93/102). Os documentos que instruem o processo administrativo, assim como a prova testemunhal e as declarações prestadas pelo réu em Juízo são suficientes à comprovação de que o réu era o responsável pela prática de atos de gestão e que, nessa condição, reduziu contribuições

previdenciárias ao omitir em guia de recolhimento segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviço nas competências de julho a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, janeiro a julho de 2008 e outubro de 2008. Ainda, deixou de recolher, nas referidas competências, contribuições sociais devidas à Previdência Social, descontadas dos pagamentos efetuados a empregados e contribuintes individuais .

Dificuldades financeiras. Improcedência. A mera existência de dificuldades financeiras, as quais, por vezes, perpassam todo o corpo social, não configura, *ipso facto*, causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de sonegação fiscal. O acusado tem o ônus de provar que, concretamente, não havia alternativa ao não repasse dos tributos (TRF da 3ª Região, ACr n. 98030965085, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 14.09.04; ACr n. 200203990354034, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 26.06.07; ACr n. 20056118007918, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 15.09.08).

Anote-se que a concordata (ou a recuperação judicial) favorece a empresa devedora quanto ao pagamento de seus credores, os quais, porém, não fazem jus a receber seus créditos mediante o desvio de recursos destinados à Receita Federal. Nesse sentido, a isolada circunstância de a empresa ter-se beneficiado com a concordata (ou com o plano de recuperação judicial) não oblitera a caracterização do delito (TRF da 3ª Região, ACr n. 199961810073570, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 25.07.05).

Por sua vez, a falência nada mais é do que uma execução coletiva que se instaura em razão de uma crise de liquidez ou desequilíbrio patrimonial. Embora ela usualmente ocorra num quadro de dificuldades financeiras, não exclui a culpabilidade do agente que deixa de recolher tributos descontados dos salários dos empregados, em especial no período anterior à quebra:

PROCESSUAL PENAL E PENAL: APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP (...). DIFICULDADES FINANCEIRAS. NÃO-COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. ESTADO DE NECESSIDADE. ART. 24, DO CP. PERIGO ATUAL (...). RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NÃO PROVIMENTO.

(...)

VIII - Mesmo no que diz respeito a eventual decreto de falência da empresa no período final da reiterada prática dos atos delituosos, considerando que o apelante deixou de recolher as contribuições descontadas dos salários de seus empregados desde a constituição da empresa trata-se de conduta pelo mesmo sempre adotada, que não é afastada pela quebra, ao contrário, a sua forma de administração poderá até mesmo ter contribuído sobremaneira para tal desfecho. Precedentes do STJ.

(...)

XXII - Recurso do réu improvido. De ofício, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva retroativa dos fatos referentes aos períodos de julho/1988 a setembro de 1988; novembro de 1988 a janeiro de 1989 e março de 1989.

(TRF da 3ª Região, ACr n. 200203990386734, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, j. 06.11.07)

Do caso dos autos. Os documentos juntados aos autos, assim como as declarações prestadas em Juízo, não são suficientes à conclusão de que Fundalloy Comércio de Metais Ltda. passava por dificuldades financeiras que não fariam parte do risco inerente à atividade empresarial. O uso de recursos destinados à Previdência Social não é admissível como meio para a viabilização da atividade empresarial. Nessa linha de ideias, não merece reparo a sentença na parte em que após detida análise documental, rejeitou a alegação de inexigibilidade de conduta diversa nos seguintes termos:

Os fatos se deram em agosto de 2006 e outubro de 2008.

Note-se que o réu afirmou em seu interrogatório e defesa escrita já ter adquirido a empresa com dívidas (mídia audiovisual de fl. 208).

Os documentos juntados às fls. 214/267 afirmam que a empresa operava com déficit, por exemplo, o Balancete de fl. 217 que indica prejuízo de cerca de dois milhões de reais no ano de 2005 em relação ao lucro líquido (período no qual, contudo, as contribuições não deixaram de ser repassadas à Previdência Social, ou, pelo menos, não geraram os fatos tratados nestes autos). Mesmo assim, o ativo circulante contabilizado como disponível à empresa em dezembro de 2006 (saldo exercício disponível) era superior a três milhões de reais (fl. 218).

A empresa movimentou, no ano de 2006, valor superior a trinta e três milhões de reais em custos e despesas (fl. 220), o que indica porte razoável. Ainda, se o réu adquiriu a empresa com muitas dívidas, pode-se afirmar que assumiu risco maior de obter prejuízos, sendo que possíveis déficits tenham ainda decorrido de erros na gestão.

As cópias das Declarações de Imposto de Renda igualmente comprovam que a empresa funcionou com lucro líquido negativo nos anos de 2006 a 2008, o que, como já dito, não configura a inexigibilidade de conduta diversa.

Não há provas de que o réu tenha tentado resolver a má situação da empresa de outra forma, como contraindo empréstimos e desfazendo-se de seu patrimônio pessoal. Pelo contrário. Conforme será valorado na dosimetria da pena, nos anos relativos aos fatos desta ação penal o réu já havia sido condenado por cometimento de crime contra a ordem tributária, relativo aos anos de 1998, 1999 e, MESMO ASSIM, continuou reiterando na prática delitiva.

Deve-se ressaltar que o art. 156 do CPP determina à parte o ônus de provar o que alega, circunstância não ocorrida nos autos sequer para pôr em dúvida o julgamento condenatório.

Assim, reputo descaracterizada a excludente da culpabilidade invocada. (Id n. 151995849, pp. 259/260).

Dosimetria (CP, arts. 168-A e 337-A). Na primeira fase de dosimetria da pena, o Juízo *a quo* considerou comuns à espécie delitiva a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do réu, assim como os motivos e as consequências do crime. Registrou que o réu foi condenado nos Autos n. 007037-62.2008.403.6181, que tramitaram perante a 9ª Vara Criminal Federal de São Paulo (Id n. 151995847). Majorou a pena-base do delito do art. 168-A do Código Penal, fixando-a em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa. A pena-base do delito do art. 337-A do Código Penal foi majorada nos mesmos termos.

Na segunda fase da dosimetria da pena, houve incidência da agravante da reincidência (CP, art. 61, I), tendo em vista a condenação do réu nos Autos n. 0005782-04.2001.8.26.0050, que tramitaram perante o Juízo Estadual da 12ª Vara Criminal de São Paulo (Id n. 151995849, pp. 262/263).

Em face da reincidência, as penas dos delitos dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal foram fixadas em 3 (três) anos de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

O Juízo *a quo* reconheceu a incidência da atenuante da confissão (CP, art. 65, III, *d*). No entanto, “tendo a confissão pouco contribuído para o esclarecimento dos fatos, não trazendo elementos elucidativos”, reduziu a pena de ambos os delitos em 3 (três) meses, fixando-as em 2 (dois) anos e 9 (três) meses de reclusão e 14 (catorze) dias-multa cada uma.

Ausentes causas de diminuição e de aumento de pena.

Tendo em vista a a continuidade delitiva que se estendeu pelo período de 26 (vinte e seis) meses, o Juízo *a quo* majorou ambas as penas em 1/5 (um quinto), fixando-as definitivamente em 3 (três) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa.

Presente o concurso material, a soma de penas totalizou 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 14 (catorze) dias de reclusão e 34 (trinta e quatro) dias-multa.

O valor do dia-multa foi arbitrado em 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Regime inicial semiaberto.

Inadmitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Razoável a majoração em 1/4 (um quarto) das penas-bases dos delitos dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, tendo em vista os maus antecedentes do réu, que foi condenado pela prática do delito do art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90, por fatos ocorridos

entre janeiro e dezembro de 1999, decisão transitada em julgado 14.06.16 (cf. certidão dos Autos n. 0007037-62.2008.403.6181, Id n. 151995847, pp. 17/18).

Na segunda fase da dosimetria das penas, deve ser mantida a agravante da reincidência, que se caracteriza "quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior" (CP, art. 63). Nos presentes autos, a conduta delitiva deu-se entre julho de 2006 e outubro de 2008. Por outro lado, o réu foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão nos Autos n. 0005782-04.2001.8.26.0050, que tramitaram perante o Juízo Estadual da 12ª Vara Criminal de São Paulo, por crime previsto na Lei n. 8.137/90. Os fatos ocorreram nos anos de 1998 e 1999, a sentença condenatória foi proferida em 29.04.04, o trânsito em julgado ocorreu em 10.10.07, após recurso ao Superior Tribunal de Justiça que foi inadmitido em 30.08.06 (cf. certidão em Id n. 151995847, p. 7).

Anote-se que para o reconhecimento da reincidência é desnecessária certidão de inteiro teor da sentença condenatória transitada em julgado (STF, HC n. 118380, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.02.14 e STJ, HC n. 349578, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 16.06.16).

A circunstância atenuante da confissão (CP, art. 65, III, *d*) incide sempre que fundamentar a condenação do acusado, pouco relevando se extrajudicial ou parcial, mitigando-se ademais a sua espontaneidade (STJ, HC n. 154544, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.10; HC n. 151745, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.03.10; HC n. 126108, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 30.06.10; HC n. 146825, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17.06.10; HC n. 154617, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.04.10; HC n. 164758, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19.08.10). A oposição de excludente de culpabilidade não obsta o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (STJ, HC n. 283620, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 20.02.14; AgReg em REsp n. 1376126, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 04.02.14; Resp n. 1163090, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 01.03.11). Por fim, na segunda fase da dosimetria da pena, é possível a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência (STJ, REsp n. 1.341.370, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 10.04.13, para os fins do art. 543-C do CPC).

Em face da compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, conforme acima explicitado, mantenho as penas dos delitos dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Ausentes causas de diminuição e de aumento de pena.

A prática delitiva estendeu-se pelo período de 26 (vinte e seis) meses, de modo que é razoável a majoração das penas em 1/5 (um quinto), nos termos do art. 71 do Código Penal.

A pena definitiva resulta em 3 (três) anos de reclusão e 14 (catorze) dias-multa para o delito do art. 168-A e do art. 337-A do Código Penal.

As penas devem ser somadas, conforme dispõe o art. 69 do Código Penal, a resultar em 6 (seis) anos de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa.

Mantido o regime inicial semiaberto (CP, art. 33, § 2º, *b*).

Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, à míngua de comprovação de maior capacidade econômica do réu.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade, pois não estão presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **REJEITO** a preliminar de prescrição e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação de Agnaldo Jorge dos Santos, para reduzir para 6 (seis) anos de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, no mínimo valor unitário legal, a pena pela prática dos delitos dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal. Mantidos os demais termos da sentença.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NÃO OCORRIDA. PRELIMINAR REJEITADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOLO GENÉRICO DEMONSTRADO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ART. 168-A, §1º DO CÓDIGO PENAL. FALÊNCIA. OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. INAPLICABILIDADE COM RELAÇÃO AO ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Prescrição da pretensão punitiva. *In casu*, verifica-se que não ocorreu para cada crime o lapso prescricional entre a data da constituição dos débitos (12 de março de 2015) e o recebimento da denúncia (5 de fevereiro de 2019), nem entre a data do recebimento da denúncia (5 de fevereiro de 2019) e a publicação da sentença (10 de fevereiro de 2020), nem entre a publicação da sentença (10 de fevereiro de 2020) e os dias atuais.

2. A materialidade encontra-se amplamente comprovada pelo processo fiscal, que foi devidamente instruído pelo Mandado de Procedimento Fiscal; Termo de Início de Procedimento Fiscal; Notificação; Auto de Infração e Termo de Encerramento.

3. Quanto à autoria, também restou demonstrada. Com efeito, os documentos existentes à época trazem o réu como responsável pela empresa, conforme fichas cadastrais enviadas pela Junta Comercial do Estado de São Paulo. Não bastasse tal fato, as testemunhas ouvidas confirmaram que o réu era o único responsável pela administração da empresa.

4. No que se refere à inexigibilidade de conduta diversa, *in casu*, foram trazidos aos autos pela defesa, diversos documentos capazes de comprovar todas as dificuldades enfrentadas durante a administração da empresa. Inclusive, apresentou aos autos o processo que tramitou na 1ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível, na qual a pedida a falência da empresa no ano de 2010 (autos sob o nº 0020105-43.2010.8.26.0100 - fls. 152/162). No mesmo sentido, anexou os balancetes e imposto de renda da empresa que comprovam os prejuízos; relação das ações trabalhistas decorrentes da impossibilidade de pagamento de todas as obrigações com os funcionários da época; e, por fim, apresentou a relação de diversas ações cíveis dos fornecedores da empresa.

5. Ademais, os fatos geradores dos débitos tributários objeto do crime de apropriação indébita previdenciária, ocorridos de julho a dezembro de 2006; janeiro a dezembro de 2007; janeiro a julho de 2008 e outubro de 2008, são contemporâneos ao pedido de recuperação judicial, demonstrando que a situação financeira da empresa era precária à época dos fatos.

6. De fato, a falência é posterior às competências objeto desta ação penal, porém, as dificuldades financeiras narradas pelo réu se perpetuaram ao longo do tempo. Destarte, não se pode ignorar que a falência é o ato que encerra uma situação de penúria da empresa que se verifica ao longo

do tempo, e não uma questão instantânea que resulta de imediato na quebra da empresa. Sendo assim, a omissão dos recolhimentos das contribuições previdenciárias pelo réu, resultou de um conjunto de circunstâncias imprevisíveis e/ou invencíveis, incidindo a excludente da ilicitude.

7. Sentença reformada para absolver o réu quanto ao delito previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, em face da excludente ora reconhecida.

8. Mantida a condenação do réu pela prática do delito previsto no artigo 337-A, inciso I, do Código Penal.

9. No que se refere à dosimetria da pena do crime do artigo 337-A, inciso I, do Código Penal, pena definitiva cominada ao réu em 3 (três) anos de reclusão e 14 (catorze) dias-multa.

10. Mantido o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

11. Nos moldes do art. 33, §2º, "c", do Código Penal, e não havendo circunstância que torne recomendável a fixação em regime mais gravoso, fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

12. Presentes os requisitos dos incisos I, II e III, do art. 44 do Código Penal, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, que se apresenta recomendável para a recomposição ético-social do acusado. Desse modo, a reprimenda corporal imposta ao réu foi substituída por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade pelo período da condenação, na forma do art. 46, §3º, do Código Penal, e prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos, ambas as penas em favor de entidade com destinação social a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais.

13. Preliminar de prescrição rejeitada.

14. Apelação da defesa a que se dá parcial provimento para absolver o réu delito previsto nos artigos 168-A, §1º, inciso I, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, mantida a condenação do réu pela prática do delito previsto no artigo 337-A, inciso I, do Código Penal.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, decidiu, rejeitar a preliminar de prescrição e, por maioria, decidiu, dar parcial provimento à apelação da defesa, absolvendo o réu do delito previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do CP, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do CPP, mantida a condenação do réu pela prática do delito previsto no artigo 337-A, inciso I, do CP, redimensionando a pena definitiva cominada ao réu para 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo período da condenação, na forma do art. 46, §3º, do Código Penal, e prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos, ambas as penas em favor de entidade com destinação social a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais e, pagamento de 14 (catorze) dias-multa, mantido o valor unitário em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, nos termos do voto do Des. Fed. Paulo Fontes, acompanhado pelo Des. Fed. Mauricio Kato, vencido o Relator que DAVA PARCIAL PROVIMENTO à apelação de Agnaldo Jorge dos Santos, para reduzir para 6 (seis) anos de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, no mínimo valor unitário legal, a pena pela prática dos delitos dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal e mantinha os demais termos da sentença, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.