



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Paraná
5ª Vara Federal de Londrina

Avenida do Café, 543 - Bairro: Aeroporto - CEP: 86038-000 - Fone: (43)3315-6282 - www.jfpr.jus.br -
Email: prlon05@jfpr.jus.br

AÇÃO PENAL Nº 5010322-95.2017.4.04.7001/PR

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: MARCO ANTONIO BOMTEMPO

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu a seguinte denúncia em face de **MARCO ANTONIO BOMTEMPO**, já qualificado nos autos:

1. Da Apropriação Indébita Previdenciária (artigo 168-A, § 1º, inc. I, do Código Penal)

De acordo com a Representação Fiscal para Fins Penais nº 11634.720311/2014-62, em ação fiscal desenvolvida pela Receita Federal do Brasil no ano de 2014, constatou-se que o denunciado MARCO ANTONIO BOMTEMPO, na condição de sócio-proprietário e administrador da empresa JUMBO TRATAMENTO TÉRMICO E INDÚSTRIA MECÂNICA LTDA. (CNPJ nº 72.087.703/0001-00), sediada em Assaí/PR, deixou de recolher aos cofres da Previdência Social, no prazo legal, as contribuições previdenciárias descontadas dos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço, relativas aos períodos de setembro/2011 a dezembro/2013.

Em razão dessa constatação, foi lavrado o seguinte Auto de Infração (evento 18.1, pág.30):

Processo Administrativo Fiscal n.	Auto de Infração/ DEBCAD n.	Valor Total Consolidado	Período
11634.720310/2014-18	51.059.269-4	R\$ 5.564.180,02	09/2011 a 12/2013

Considerando que a conduta criminosa acima narrada perdurou por aproximadamente três anos-calendário (entre 2011 e 2013), verifica-se, ainda, a ocorrência da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).

2. Da Sonegação de Contribuições Previdenciárias (artigo 337-A, inciso s I e III, do Código Penal)

O denunciado MARCO ANTONIO BOMTEMPO, na qualidade de administrador da pessoa jurídica JUMBO TRATAMENTO TÉRMICO E INDÚSTRIA MECÂNICA LTDA. suprimiu/reduziu o pagamento de contribuições devidas à Seguridade Social, mediante a conduta de não declarar, nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIPs), todos os fatos geradores, bases de cálculo e valores devidos da contribuição patronal, no tocante ao período de setembro/2011 a dezembro/2013.

Dessa forma, considerando que o denunciado pagou salários aos segurados empregados e contribuintes individuais e não recolheu as contribuições devidas à Seguridade Social a cargo da empresa, foi lavrado o seguinte Auto de Infração para apurar e constituir o crédito relativo às referidas contribuições (evento18.1, págs.7):

Processo Administrativo Fiscal n.	Auto de Infração/ DEBCAD n.	Valor Total Consolidado	Período
11634.720310/2014-18	51.059.268-6	R\$ 9.726.264,05	09/2011 a 12/2013

Considerando que a conduta criminosa acima narrada perdurou por três anos-calendário (entre 2011 a 2013) verifica-se, ainda, a ocorrência da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).

3. Do crime contra a ordem tributária (artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90)

Ainda na qualidade de administrador da pessoa jurídica JUMBO TRATAMENTO TÉRMICO E INDÚSTRIA MECÂNICA LTDA., o denunciado MARCO ANTONIO BOMTEMPO suprimiu/reduziu o pagamento de contribuições sociais destinadas a terceiros – entidades e fundos: FNDE, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE -, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas e/ou creditadas em folhas de pagamento de salários, mediante a conduta de não declarar, em GFIPs, as remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais, no tocante ao período setembro/2011 a 12/2013.

Em razão dessa constatação, foi lavrado o seguinte Auto de Infração, constituindo o crédito tributário devido (evento18.1, pág.50):

Processo Administrativo Fiscal n.	Auto de Infração/ DEBCAD n.	Valor Total Consolidado	Período
11634.720310/2014-18	51.059.270-8	R\$ 3.446.367,97	09/2011 a 12/2013

Considerando que a conduta criminosa acima narrada perdurou por três anos-calendário (entre 2011 e 2013) verifica-se, ainda, a ocorrência da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal).

4. Do Crédito Tributário

A Receita Federal do Brasil apurou os créditos tributários acima mencionados que, somados, totalizaram R\$ 18.736.812,04 (dezoito milhões setecentos e trinta e seis mil oitocentos e doze reais e quatro centavos), aí incluídos juros e multas, montante calculado em julho de 2014.

Conforme informação constante do evento18.3, pág. 20, o Auto de Infração nº 11634.720310/2014-18 foi integralmente mantido pela DRJ e parte dos débitos apurados foi, à época, objeto do parcelamento instituído pela Lei nº 12.996/2014, de modo que os demais débitos foram transferidos para o Processo Administrativo Fiscal nº 16370.720017/2015-01 e encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para inscrição em dívida ativa da União.

Ressalte-se que a constituição definitiva dos créditos tributários apurados no Processo Administrativo Fiscal nº 11634.720310/2014-18 ocorreu em 20/03/2015, conforme Ofício DRF/LON/SACAT nº 311/2017 da Delegacia da Receita Federal em Londrina/PR.

Segundo a Procuradoria da Fazenda Nacional, nas informações contidas no evento5, pág.3 e nos evento9, pág.4, os débitos relativos ao PAF 16370.720017/2015-01 e ao PAF 11634.72310/2014-18 não se encontram parcelados nem foram objeto pagamento integral, sendo que o valor atualizado (11/2015) do primeiro é de R\$ 476.209,09 e do segundo (06/2016) é de R\$ 26.698.531,52.

5. Da Responsabilidade do denunciado

Analizando-se o contrato social da pessoa jurídica JUMBO TRATAMENTO TÉRMICO E INDÚSTRIA MECÂNICA LTDA. a partir de sua sexta alteração (evento18.1, págs.171/182), verifica-se que o denunciado MARCO ANTONIO BOMTEMPO, à época dos fatos, era o sócio administrador da referida empresa, fato este confirmado pelo denunciado (evento7, pág.4 e evento13, pág.34) e pelo sócio Moisés Grosso à autoridade policial (evento7, pág.6).

6. Conclusão

A materialidade e autoria dos delitos emergem da Representação Fiscal para Fins Penais, das declarações de MARCO ANTONIO BOMTEMPO e dos demais documentos constantes dos autos, especialmente os citados nesta denúncia.

Dessa forma, em sendo objetiva e subjetivamente típicas as reprováveis condutas de MARCO ANTONIO BOMTEMPO, não havendo quaisquer discriminantes a justificá-las, estão eles incursos nas penas dos seguintes dispositivos legais:

a) artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, na forma do art. 71 do Código Penal (continuidade delitiva em razão dos três anos-calendário em que ocorreram as condutas delitivas);

b) artigo 337-A, incisos I e III, do Código Penal, na forma do artigo 71 do Código Penal (continuidade delitiva em razão dos três anos-calendário em que ocorreram as condutas delitivas);

c) artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, na forma do artigo 71 do Código Penal (continuidade delitiva em razão dos três anos-calendário em que ocorreram as condutas delitivas).

Por ocasião da denúncia, o Ministério Público Federal arrolou duas testemunhas (ev. 1).

A denúncia foi recebida em 03/08/2017 (ev. 3).

O réu foi devidamente citado (ev. 16) e apresentou resposta à acusação. Arrolou duas testemunhas, além de uma testemunha em comum com a acusação (ev. 17).

Não vislumbrados os fundamentos para a absolvição sumária, o recebimento da denúncia foi mantido e aberta a instrução (ev. 21).

Durante a instrução criminal foram ouvidas 3 testemunhas. A defesa desistiu da oitiva de uma testemunha e o réu foi interrogado (ev. 66, 91, 92/95).

Na fase procedimental do artigo 402 do CPP as partes nada requereram (ev. 92).

Em suas alegações finais, o Ministério Público Federal pleiteou o desfecho condenatório do réu aduzindo, em síntese, estarem presentes provas suficientes de materialidade, autoria e dolo, inexistindo qualquer causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Alegou que restou configurado o concurso material entre os crimes e a continuidade delitiva em cada conduta (ev. 98).

A defesa técnica, em suas alegações finais, requereu a absolvição do réu. Referiu-se a impossibilidade de imputação objetiva, não podendo ser imputada ao réu a conduta criminosa apenas por ser sócio da empresa. Contou que o réu não participava efetivamente das decisões de cunho financeiro da empresa e atuava restritamente no setor de vendas, na parte comercial. Pugnou pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*, uma vez que não restou comprovada a autoria nem o dolo. Alegou que o réu priorizou o pagamento dos funcionários, uma vez que a empresa estava em grandes dificuldades financeiras e pugnou pelo reconhecimento do estado de necessidade e inexigibilidade de

conduta diversa. Explicou que não houve fraude, mas a ausência de impressão das guias GFIP, pois não havia como efetuar o pagamento. Todavia, as guias foram encaminhadas e impressas no curso da fiscalização e anexadas aos autos, não se mostrando razoável a aplicação de pena por descumprimento de formalidades. Afirmou ser possível a persecução cível da questão e explicou sobre a vedação de prisão por dívidas, sendo desnecessária a criminalização da dívida, e conseqüentemente, a inexistência de crime. Sustentou a inexistência de continuidade delitiva e concurso material, uma vez que não existe crime. Explicou que houve mudança no entendimento do crime do art. 168-A, sendo considerado omissivo material e não simplesmente formal, e que não foi demonstrado o dolo do réu. Mencionou os bons antecedentes e idoneidade do réu (ev. 106).

Dessa forma, estando o processo em ordem, vieram os autos conclusos para a sentença.

2 - FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Preliminarmente

Cabe mencionar que as teses sobre competência e prescrição aventadas pela defesa na resposta preliminar já foram analisadas na decisão do evento 21.

2.1.1. Da prestação de informações no processo administrativo

A defesa alegou que a ausência de algumas GFIPs, constatada em diligência, se deu somente pela não impressão dos documentos, pois o pagamento não seria efetuado por ausência de fundos. Explicou que a empresa efetuou a regularização; as guias foram encaminhadas, impressas e apresentadas durante o procedimento administrativo, mas não foram analisados pelo auditor fiscal, não se mostrando razoável a aplicação de pena por descumprimento de formalidades. Juntou documentos (ev. 94 e 17).

O processo criminal não é a via adequada para a impugnação de eventuais nulidades ocorridas no Procedimento Administrativo Fiscal de lançamento do crédito tributário, considerando a independência das esferas administrativa e criminal, devendo o pedido ser formulado, caso assim entenda o réu, diretamente ao Órgão Fazendário ou então deduzir sua pretensão perante o Juízo Federal Cível competente.

Assim, não cabe ao Juízo Criminal a reanálise do procedimento administrativo, em razão da independências das esferas. Cite-se, neste sentido, as ementas obtidas junto ao egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ART. 144, § 1, DO CTN. LANÇAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. 1. *A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei Complementar n. 105/2001, de 10 de janeiro de 2001, que é norma procedimental, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no art. 144, § 1º, do CTN, segundo orientação jurisprudencial prevalente neste Regional e no âmbito da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.* 2. Inexistindo flagrante ilegalidade não cabe ao Juízo criminal o exame do mérito do procedimento administrativo fiscal que redundou no lançamento do crédito tributário, em razão da presunção de legitimidade do ato administrativo. (TRF4, HC 5014128-34.2013.404.0000, SÉTIMA TURMA, Relator JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, juntado aos autos em 21/08/2013)

EMENTA: PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SERVIDOR PÚBLICO. UNIVERSIDADE. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. PENA ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. ELEMENTOS DO DELITO CARACTERIZADOS. DOLO. ERRO DE PROIBIÇÃO. AFASTAMENTO. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE. AFASTAMENTO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. 1. *Sendo assente a independência das esferas administrativa e penal, eventual condenação naquela instância não é óbice à persecução penal.* 2. *Demonstrado que o réu exercia o magistério em instituição de ensino particular e prestava serviços odontológicos em consultório particular, juntamente com a dedicação exclusiva à universidade federal, configurado o delito do Art. 171, § 3º, do Código Penal.* 3. *Não há como se cogitar do erro de proibição, uma vez que o agente tinha plena consciência do seu agir proibido.* 4. *Afastadas as vetoriais da conduta social e da personalidade do agente, bem como reconhecida a atenuante da confissão, redimensiona-se a dosimetria.* (TRF4, ACR 5008409-71.2014.404.7102, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 31/08/2017)

O procedimento fiscal teve início aos 26/02/2014 e encerramento aos 08/07/2014. Consoante §§ dos arts. 168-A e 337-A, seria possível a extinção de punibilidade e deixar de aplicar a pena nos seguintes casos:

Art. 168-A. *Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:*

(...)

§ 2º *É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as 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.

Art. 337-A. *Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:*

(...)

§ 1º *É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.*

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

I - (VETADO)

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.

Para que possa ser declarada a extinção da punibilidade do agente da sonegação de contribuição previdenciária há que se observar a existência de dois requisitos: i) *declaração do valor devido* e ii) *confissão da prática delituosa*, i.e. *a admissão de ter omitido dados da folha de pagamento ou de documento de informações, de ter deixado de lançar nos títulos próprios as quantias descontadas ou de ter omitido receitas e lucros auferidos, entre outras fontes geradoras de contribuição* (NUCCI, Código Penal Comentado, 14ª ed. p. 1351).

José Paulo Baltazar Junior esclarece que "(...) o dispositivo (...) somente tem aplicação quando a declaração se der antes do início da ação fiscal, ou seja, antes da formalização do ato de fiscalização com a lavratura do auto respectivo. O termo mencionado não guarda relação com o início da ação de execução fiscal. O dispositivo se aproxima da denúncia espontânea do direito tributário (CTN, art. 138)." (Crimes Federais, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, página 434).

A jurisprudência acompanha:

DIREITO PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 337-A, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. PENA IDEAL. DESCABIMENTO. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PARCELAMENTO. LEI Nº 10.684/2003. 1. Imputação de condutas que se amoldariam ao descrito no artigo 337-A, do Código Penal, visto que a agente, na qualidade de sócia-gerente da sociedade empresária MPA RECURSOS HUMANOS LTDA., deixou de informar nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP e nas Guias de Recolhimento Rescisório do FGTS e Informações à Previdência Social – GRFP parte das remunerações pagas aos segurados empregados, bem como a totalidade das remunerações pagas aos segurados contribuintes individuais (sócio-gerente e autônomo) pelos serviços prestados à empresa no período de 01/1999 a 12/2001, no prazo legal. 2. Rejeição da denúncia, ante a ausência de interesse processual na persecução penal, ao verificar o magistrado a extinção da punibilidade pela prescrição da pena ideal, por não possuírem os fatos e demais elementos de convicção o poder de determinar pena privativa de liberdade em patamar elevado, a fixar o lapso prescricional em quatro anos. Considerando o decurso de cinco anos entre o último evento danoso e o exame da questão, concluiu-se pela ocorrência do fenômeno prescricional. 3. Inconformismo do Ministério Público Federal que se acolhe, porquanto não há previsão legal para o reconhecimento da prescrição, com conseqüente declaração da extinção da punibilidade. Inadequada antecipação de juízo que deve ser formado após regular instrução criminal, ou seja, na prolação da sentença, quando apreciadas todas as questões, inclusive as circunstâncias judiciais. Providências despenalizadoras desse jaez devem ser utilizadas com parcimônia, além sobressair a manifesta contrariedade ao disposto no artigo 43, do Código de Processo Penal, pois tem o Estado ineresse na persecução penal. 4. Contribuições previdenciárias em questão são aquelas nomeadas patronais, não atingidas pela restrição oriunda do veto presidencial ao § 2º do artigo 5º, do mesmo diploma legal, como tampouco pelas restrições contidas no artigo 7º da Lei nº 10.666/03 e no artigo 168-A, § 2º, do Código Penal. Parcelamento do débito a acarretar a suspensão da pretensão punitiva, com o reconhecimento da extinção da punibilidade após o pagamento integral do devido. 5. Não incidência do disposto no § 1º, do artigo 337-A, do Código Penal, visto que a agente só intentou as providências ali arroladas após a deflagração da ação fiscal. 6. Não honrado o parcelamento, deverá a denúncia ser recebida, afastada a tese da prescrição, inclusive por força do disposto no artigo 9º, § 1º, da Lei nº 10.684/2003, atentando-se para o prescrito no Enunciado nº 709, da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 7. Recurso em sentido estrito parcialmente provido. (RSE 200651015325120, Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::21/11/2007 - Página::138.)

E M E N T A H A B E A S C O R P U S Q U E O B J E T I V A T R A N C A M E N T O D A A Ç Ã O P E N A L E E X T I N Ç Ã O D A P U N I B I L I D A D E . A L E I Nº 10.684/2003 ESTABELECE QUE A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE OCORRE COM O PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO, FEITO A QUALQUER TEMPO. NÃO

*DEMONSTRADO O EFETIVO PAGAMENTO DA DÍVIDA. ORDEM DENEGADA. - Habeas corpus que objetiva a declaração da extinção da punibilidade e o trancamento da ação penal. - A extinção da punibilidade, de acordo com o art. 34 da Lei n. 9.429/1995, somente se verifica com pagamento integral do tributo e seus acessórios antes do recebimento da denúncia. Já o § 2º do art. 168-A e o § 1º do art. 337-A do CP, acrescentados pela Lei n. 9.983/2000, estabelecem que o pagamento integral dos débitos, inclusive acessórios, deve ser feito antes do início da ação fiscal. A Lei nº 10.684/2003 deu novo tratamento a matéria, pois não estabeleceu o momento de sua realização e, assim, pode ser feito a qualquer tempo. - A norma que instituiu o PAES, ao estatuir a extinção do jus puniendi pelo pagamento integral do débito, remete-se ao caput do art. 9º, no qual há menção expressa aos delitos descritos nos arts. 168-A e 337-A do CP. Não parece que a lei quis conceder favor maior a quem faz o parcelamento (ao final do qual se extingue a punibilidade) em detrimento daqueles que optaram por efetuar, num ato único, a quitação total do débito e seus acessórios. Precedentes do STJ e do STF. - In casu, não ficou demonstrado o efetivo pagamento do tributo. O impetrante não demonstrou com prova segura que tenha liquidado os débitos referentes à NFLD nº 35.565.289-7. Os documentos acostados, além de serem cópias não autenticadas e de difícil leitura, não tornam certa a liquidação dos débitos. Não foi providenciada a juntada de documento do INSS que comprovasse o pagamento efetivo. Nada se disse acerca de eventual quitação do débito relativo à NFLD nº 35.565.288-9 e, assim, permanece intacto o delito de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP). - **Não é o caso de se invocar o § 1º do art. 337-A do CP, pois, conforme o ofício do Instituto Previdenciário, os fatos geradores foram declarados em GFIP após o início da ação fiscal.** De acordo com o § 2º do art. 9º da Lei n. 10.684/2003, somente o pagamento integral do débito e seus acessórios é que proporciona a extinção da punibilidade. - Ordem denegada. (PROC. : 2005.03.00.028211-6 HC 19109 ORIG. : 200461080051401/SP IMPTE : JULIANO ARCA THEODORO PACTE : MARIA TEREZA CONEGLIAN CICCONI PACTE : PAULO HENRIQUE CICCONE ADV : RENATO CÉSAR VEIGA RODRIGUES IMPDO : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE BAURU Sec Jud SP RELATOR : DES.FED. ANDRE NABARRETE / QUINTA TURMA)*

De acordo com os documentos juntados, as informações foram prestadas após o início do procedimento fiscal, e não antes. No caso da pena, para deixar de aplicá-la, além dos demais requisitos, o valor deveria ser menor do que o mínimo para ajuizamento das execuções fiscais, o que também não ocorreu.

Assim, em que pese a empresa tenha procurado regularizar as informações, tais declarações foram posteriores ao início da ação fiscal, não sendo possível o reconhecimento da extinção de punibilidade do réu.

2.1.2. Da emendatio libelli

Convém dar a correta classificação jurídica aos fatos narrados na denúncia, com base no art. 383 do Código de Processo Penal, sem qualquer prejuízo à defesa, uma vez que o réu se defende dos fatos efetivamente narrados na denúncia, sendo a tipificação dela constante meramente provisória.

Na denúncia e em alegações finais, o Ministério Público Federal requer a condenação do réu nas penas do art. 168-A, § 1º, I, c/c art. 71; art. 337-A, I e III, c/c art. 71; todos do Código Penal e art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, na forma do art. 71, do CP; todos em concurso material (artigo 69 do Código Penal).

Em relação ao crime da Lei n. 8.137/90, narra a denúncia:

Ainda na qualidade de administrador da pessoa jurídica JUMBO TRATAMENTO TÉRMICO E INDÚSTRIA MECÂNICA LTDA., o denunciado MARCO ANTONIO BOMTEMPO suprimiu/reduziu o pagamento de contribuições sociais destinadas a terceiros – entidades e fundos: FNDE, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE -, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas e/ou creditadas em folhas de pagamento de salários, mediante a conduta de não declarar, em GFIPs, as remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais, no tocante ao período setembro/2011 a 12/2013.

Pelo que se depreende da denúncia, a conduta do réu foi a de não informar em GFIP as remunerações, embora constasse em folhas de pagamento. Assim, sua conduta não se subsume ao inciso II, mas se enquadra no inciso I, conforme lição de José Paulo Baltazar Junior (em Crimes Federais, Crimes contra a Ordem Tributária, Saraiva, 9ª Edição, 2014, p. 837):

A diferença entre as modalidades dos incs. I e II está no objeto, uma vez que no primeiro a omissão ou falsidade recai sobre a declaração entregue à autoridade fiscal, enquanto no segundo o objeto do crime são os documentos mantidos em poder da empresa, a sua escrituração fiscal.

Nesse sentido, o entendimento do TRF4:

DIREITO PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A, DO CP) E CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISO I DA LEI 8.137/90). CRIME ÚNICO. MATERIALIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. ATENUANTE. ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL. 1. Ao declarar ser optante pelo Simples Nacional em GFIP, a pessoa jurídica presta declaração falsa à autoridade fazendária como instrumento para a supressão de contribuições previdenciárias, de forma que a conduta se subsume ao art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/90. 2. Sonegadas contribuições, previdenciárias ou não, quando as condutas não se subsumirem integralmente àquelas descritas nos incisos do art. 337-A do CP, resta tipificado o art. 1º, I, da Lei 8.137/90, como crime único. 3. A discussão pormenorizada acerca de vícios eventualmente existentes na

constituição do crédito tributário não deve ser realizada na esfera criminal. Materialidade demonstrada. 4. O elemento subjetivo do tipo para configuração do crime do art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/90 é o dolo genérico, ou seja, basta que o agente pretenda, mediante sua conduta fraudulenta, suprimir ou reduzir tributos dos cofres públicos. Não há necessidade de configuração de qualquer especial fim de agir para que a conduta seja considerada típica, antijurídica e culpável. 5. A circunstância prevista no art. 66 do CP deve ser relevante e significativa, não se justificando a sonegação de tributos em razão da carga tributária. (TRF4, ACR 5052788-40.2013.4.04.7100, OITAVA TURMA, Relator LEANDRO PAULSEN, juntado aos autos em 11/07/2017)

No que se refere às condutas dos delitos previstos nos arts. 168-A, § 1º, I e 337-A, I e III, ambos do CP, conforme narrado na denúncia, devem ser tomadas como em continuidade delitiva e não em concurso, seja ele formal ou material. Isso porque se trata de delitos da mesma espécie (tutelam o mesmo bem jurídico, qual seja, a arrecadação previdenciária) e foram praticados em condições semelhantes de tempo (foram perpetrados cada um deles no período de 09/2011 a 12/2013), lugar (Assaí/PR) e modo de execução (pelo mesmo administrador mediante condutas omissivas).

Ressalte-se que não se afigura necessária a identidade absoluta dessas condições, inclusive quanto ao modo de execução, seja porque o art. 71 do CP enfatiza a possibilidade de existirem condições "semelhantes", seja porque em se tratando de crime continuado atinente a tipos penais distintos, como no presente caso, certamente haverá modos de execução diversos.

Todavia, em não havendo identidade, como no presente caso, mas apenas semelhança quanto ao modo de execução, deve estar suficientemente preenchido o requisito subjetivo da unidade de desígnios, ou seja, deve ficar comprovado que ao dar início às infrações penais o agente tinha a intenção de cometer todas elas, agindo com um intuito único, com uma intenção global, o que, em tese, restou demonstrado no presente caso, vez que pelo que consta na denúncia, o réu agiu com o intuito de não declarar todos os fatos geradores nem pagar as contribuições devidas, incidente sobre a folha de salários a cargo da empresa (art. 337-A, I e III, do CP), bem como de não repassar ao INSS daquelas a cargo dos segurados, mas cuja obrigação de retenção e repasse é do administrador da empresa (art. 168-A, § 1º, I, do CP).

Nesse sentido é a jurisprudência do TRF4 e do STJ:

EMENTA: PENAL. ARTS. 168-A E 337-A DO CP. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E APROPRIAÇÃO INDÉBITA DA MESMA NATUREZA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA. COMPROVADAS. CONDUTA DOLOSA. EVIDENCIADA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. AUSÊNCIA DE PROVAS OBJETIVAS. CONTINUIDADE DELITIVA. TUTELA DO MESMO

BEM JURÍDICO. ART. 71 DO CP. APLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PENA DE MULTA X PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.1. [...] 6. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte tem entendido, embora sejam tipos penais distintos, possuindo características próprias, mostra-se cabível a aplicação do crime continuado para as condutas tipificadas nos artigos 168-A, §1º, I, e 337-A, III, ambos do CP, tendo em vista que tutelam o mesmo bem jurídico.[...]. (TRF4, ACR 0000316-65.2009.404.7108, Sétima Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 20/03/2014).

RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. SONEGAÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. POSSIBILIDADE. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA PRATICADA EM EMPRESAS DIVERSAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO EMPRESARIAL. CRIME CONTINUADO. POSSIBILIDADE. 1. É possível o reconhecimento de crime continuado em relação aos delitos tipificados nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, porque se assemelham quanto aos elementos objetivos e subjetivos e ofendem o mesmo bem jurídico tutelado, qual seja, a arrecadação previdenciária. 2. A prática de crimes de apropriação indébita previdenciária em que o agente estiver à frente de empresas distintas, mas pertencentes ao mesmo grupo empresarial, não afasta o reconhecimento da continuidade delitiva. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 859.050/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013)

Por outro lado, no entendimento deste julgador, é aplicável o concurso de crimes referentes à arrecadação previdenciária com o delito previsto no art. 1º, da Lei n. 8.137/90, pois são crimes distintos. Todavia, entendo tratar-se de concurso formal e não material, dada a unidade de conduta.

A omissão do réu, que não declarou as informações em GFIP, foi elemento necessário em ambos os delitos. O crime previsto na Lei 8.137/90 trata de delito que tutela a ordem tributária em geral, e não apenas a previdenciária, além do fato de estar previsto em norma especial, ou seja, trata-se de tipo penal diverso inserido em diploma penal diverso (lei extravagante). Já o art. 337-A, do Código Penal, protege especificamente a ordem tributária previdenciária.

Portanto, presente a continuidade delitiva entre os tipos penais dos arts. 168-A e 337-A pelos anos-calendário e competências reiteradas, e aplicável o concurso formal entre estes delitos com o art. 1º, da Lei n. 8.137/90.

Ainda, analisando a denúncia, verifico que o valor sonegado no crime contra a ordem tributária é de mais de 3 milhões de reais, podendo ser aplicável a causa de aumento constante do art. 12, da Lei n. 8.137/90.

Desse modo, considerando que o réu se defende dos fatos efetivamente narrados na denúncia, sendo a tipificação dela constante meramente provisória (TRF4, ACR 2004.71.01.003459-4, Sétima Turma, Relator Néfi Cordeiro, D.E. 23/04/2008), este Juízo recapitula a ocorrência penal imputada ao réu MARCO ANTONIO BOMTEMPO para aquela dos arts. 168-A § 1º, I, e 337-A, I e III, do CP, em continuidade delitiva (art. 71 do CP); e estes em concurso formal (art. 70, do CP) com o art. 1º, inciso I, c/c art. 12, ambos da Lei n. 8.137/90, em continuidade delitiva em razão dos sucessivos anos-calendário.

2.2. Mérito

Com a *emendatio libelli*, resta a imputação ao réu MARCO ANTONIO BOMTEMPO pela prática dos crimes dos arts. 168-A § 1º, I, e 337-A, I e III, ambos do CP, em continuidade delitiva (art. 71 do CP); e estes em concurso formal (art. 70, do CP) com o art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, *in verbis*:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

(...)

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

O crime previsto no artigo 1º, da Lei 8.137/90, tem como objeto jurídico a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins. Trata-se de crime próprio, somente podendo ser sujeito ativo o contribuinte ou o substituto tributário, sem prejuízo de terceiros envolvidos no fato delitivo (art. 29 do Código Penal). O sujeito passivo será a pessoa jurídica titular do direito de cobrar o respectivo tributo, podendo ser a União, os Estados ou o Município. Tipo objetivo: O núcleo contém dois verbos: suprimir ou reduzir tributo, contribuição social ou qualquer acessório. Essa é a primeira parte do crime, sendo complementada por uma das condutas fraudulentas previstas nos incisos. O crime de sonegação de tributos é composto pela soma da supressão ou redução de tributo com a presença de fraude prevista em pelo menos um dos incisos. A supressão do tributo acontece quando o agente não paga nada. A redução do tributo acontece quando o agente recolhe parcialmente o valor devido. Tipo subjetivo: É o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório. O art. 1º da Lei 8137/90 é um tipo múltiplo e nenhum dos seus incisos descreve elemento subjetivo do tipo. Logo, a prática de qualquer das condutas descritas em seus incisos, com decorrente supressão ou redução de tributo, subsume a figura típica, sem se indagar se houve intenção especial de reduzir tributo. Consumação: por ser crime material ou de resultado, sua consumação ocorre com o lançamento definitivo para a sua consumação, uma

vez que o STF decidiu que antes da constituição definitiva do crédito tributário pelo fisco não há tipicidade, nos termos da Súmula Vinculante 24. No caso do art. 1º, inciso I, o objeto do crime é a declaração omitida ou prestada de maneira fraudulenta à autoridade fazendária. Omitir informação é não declarar, constituindo-se em crime omissivo. Cuida-se de fraude caracterizada pelo silêncio contraposto à exigência legal de declarar a ocorrência do fato gerador. Se o agente declara um valor menor do que realmente percebe, a conduta é a da parte final do inciso.

Sonegação de contribuição previdenciária

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

(...)

III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

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

(...)

O crime do art. 337-A do Código Penal é omissivo próprio ou de pura omissão e tem como bem jurídico a arrecadação tributária. O objeto material é a contribuição social previdenciária. A conduta é a supressão ou redução, associada à fraude nas modalidades dos incisos I a III. Pode ser sujeito ativo qualquer pessoa, mas no caso de empresa responderá o responsável pela administração. O sujeito passivo é a União e, secundariamente, o segurado. Tipo subjetivo: é constituído pelo dolo consistente na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir contribuição previdenciária por meio de uma das condutas descritas em seus respectivos incisos. Consumação: é crime material e exige a efetiva supressão ou redução da contribuição social previdenciária.

Apropriação indébita previdenciária

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as 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 deixar 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;

(...)

O crime do art. 168-A, do Código Penal é omissivo material (*próprio ou de pura omissão*) e tem como objeto jurídico a seguridade social, tanto no aspecto patrimonial quanto aos seus fins. O objeto material é a contribuição arrecadada e não recolhida. A conduta é deixar de recolher, que significa deixar de depositar o valor já descontado dos contribuintes. Apresenta quatro formas distintas, sendo a mais usual a modalidade do inciso I do § 1º. Pode ser sujeito ativo qualquer pessoa. O sujeito passivo é a União e, secundariamente, o segurado. Tipo subjetivo: é constituído pelo dolo consistente na vontade livre e consciente de não recolher a contribuição previdenciária arrecadada dos empregados, sendo desnecessário o ânimo de apropriação. Consumação: ocorre com a constituição definitiva do crédito tributário, nos termos da Súmula Vinculante 24.

2.3. Materialidade

A materialidade dos delitos emerge dos documentos constantes do Inquérito Policial n. 5014042-41.2015.404.7001, em especial: a Representação para Fins Penais n. 11634.720311/2014.62, que contém os Autos de Infração n. 51.059.268-6, 51.059.269-4 e 51.059.270-8, relacionados respectivamente aos delitos de sonegação de contribuição previdenciária, apropriação indébita previdenciária e crime contra a ordem tributária mencionados na denúncia; cópia do Contrato Social e alterações (ev. 18, ANEXO1, p. 116 a 182, do IPL); depoimento do réu na fase policial (ev. e do IPL); Ofício PSFN/LDN/Nº 560/2015 (ev. 5, do IPL); Ofício PSFN/LDN/Nº 195/2016 (ev. 9, p. 4, do IPL); Ofício DRF/LON/SACAT n.º 311/2017 (ev. 19, p. 6, do IPL); depoimento das testemunhas e interrogatório do réu na ação penal (ev. 66, 91, 92/95).

A defesa alegou que não existe crime, que os débitos poderiam ser cobrados na esfera cível.

O inadimplemento constitui infração administrativa que não se tipifica como crime. Verificada sua ocorrência, tem como consequência a cobrança do tributo (incluídos multa e juros), via execução fiscal. Já a sonegação implica responsabilização penal, uma vez que há emprego de fraude. A fraude consiste em negar ao Fisco o conhecimento do surgimento da obrigação tributária e, conseqüentemente, o contribuinte deixa de pagar os tributos devidos.

Os Autos de Infração foram lavrados contra a empresa em razão da verificação de omissão de informações em GFIP. Foi apurado o desconto de contribuições na remuneração, que não foram repassadas, além de ausência de

recolhimento de contribuições da parcela patronal, bem como ausência de recolhimento de contribuições destinadas a terceiros, mas os registros de pagamentos constavam nos livros da empresa, conforme tabela abaixo:

	Auto de Infração/DEBCAD n.	Valor Total Consolidado
Art. 337-A	51.059.268-6	R\$ 9.726.264,05
Art. 168-A	51.059.269-4	R\$ 5.564.180,02
Art. 1º, Lei n. 8.137	51.059.270-8	R\$ 3.446.367,97

Os débitos foram divididos em dois procedimentos, conforme despacho de encaminhamento constante na fl. 1878 (ev. 18 - ANEXO3, p. 20, do IPL):

O auto de infração 11634.720310/2014-18 foi integralmente mantido pela DRJ. O contribuinte optou pelo parcelamento instituído pela Lei 12996 entretanto o referido parcelamento abrange apenas débitos vencidos até 31/12/2013. Os débitos vencidos após esta data foram transferidos para o processo 16370.720017/2015-01 e não foram pagos ou parcelados até a presente data, tendo sido enviados à PFN para inscrição em DAU. Em razão deste fato, deve o presente processo ser enviado ao Gabinete para remessa ao MPF.

De acordo com os ofícios encaminhados pela PSFN, **os débitos foram definitivamente constituídos em 20/03/2015**. Consta também a informação de que todos os créditos tributários, tanto do processo 11634.720310/2014-18 e 16370.720017/2015-01, foram encaminhados para inscrição em dívida ativa da União em razão da falta de pagamento/parcelamento.

Assim, está provada a materialidade da conduta narrada na denúncia.

2.4. Autoria e dolo

A autoria é certa e recai sobre o réu.

Nos crimes tributários respondem pelos fatos delituosos, a princípio, os administradores das pessoas jurídicas por intermédio dos quais são praticados, tendo em vista serem eles os dirigentes da prática empresarial, decidindo dia-a-dia sobre os rumos e políticas a serem adotadas pela sociedade, aí incluído o não pagamento de tributos, a prática de atos tendentes à redução (lícita ou ilícita) da carga tributária, os novos investimentos, etc.

O réu e a testemunha Moisés foram ouvidos na fase policial e ambos afirmaram que o réu MARCO ANTONIO BOMTEMPO era o responsável legal da empresa.

Em Juízo, a testemunha Hiroci explicou como realizou a fiscalização. Moisés explicou que fez parte do conselho administrativo em certo período, mas na época dos fatos o administrador era o réu MARCO ANTONIO. Disse que cada setor da empresa tinha um responsável, mas todos eram coordenados pelo réu. Já Dernival explicou que contabilizavam todas as informações nos livros da empresa, mas não informavam nas guias GFIP, uma vez que não estavam conseguindo efetuar o recolhimento:

TESTEMUNHA: HIROCI SHIMOMURA

(...)

Testemunha: - (...). E, verificando essa documentação e fiscalizando, nós constatamos que houve, não houve recolhimento de todas as contribuições previdenciárias, além de não ter declarado todos os empregados na GFIP, né. Aí, ne, ne, aí foi levantado débito referente a parte segurados que não foi repassado para a Previdência, foi descontado na folha e não foi repassado para a Previdência.

Ministério Público Federal: - Hum.

Testemunha: - A parte patronal, né, a que, da, da, da parte pertencente à empresa e a entidade de fundos terceiros. São três contribuições que foram levantadas, né.

(...)

Defesa: - Entendi. É, existe algum meio da, da empresa quando efetua o seu, a sua fa, a sua folha de pagamento, ela, é, deixar de reter o, o, o valor que, que é devido pelo segurado?

Testemunha: - Não, a emp, esse, esse, po, é, depende da empresa. Ela vai tá, para nós não interessa se a empresa fez a retenção ou não, tá.

Defesa: - Aham.

Testemunha: - Subentende-se que foi feita a retenção. Desde que tenha sido pago o salário, tá...

(...)

Testemunha: - No caso específico dessa empresa, ela omitiu vários valores, vários funcionários. Entendeu?

(...)

Testemunha: - Mas como está como segurado, empregado na folha de pagamento está como segurado, empregado, é, a gente acredita que estava como, é, registrado.

(...)

Defesa: - Então contabilmente foi lançado.

Testemunha: - Então, tranquilo que foi lançado.

TESTEMUNHA: MOISÉS GROSSO

(...)

Ministério Público Federal: - Certo. É, durante os anos de 2011 a 2013 o responsável pela empresa, o dono, o proprietário, quem que era?

Testemunha: -Marco Antônio.

Ministério Público Federal: - O senhor Marco Antônio. É, ele exercia de fato a administração da empresa? Na época?

Testemunha: -É, sim. Por setor. A admin, a, no geral, né?

Ministério Público Federal: - Uhum.

Testemunha: -É, ele como dono. E aí os setores, cada um, respons, responde por sua, por suas áreas. Mas sempre coordenado...

(...)

Defesa: - É, uma das a, das acusações que pendem sobre, é, o senhor Marcos é, é desrespeito e sonegação de contribuição previdenciária de algumas GEFIPS que não teriam sido declaradas. É, a minha pergunta é se essas informações, elas contam, constam do balanço da, da empresa?

Testemunha: -Sim. Todas elas estão registradas. É, nenhum momento a empresa teve o intuito de...

(...)

TESTEMUNHA: DERNIVAL GONÇALVES TERRENAS FILHO

(...)

Defesa: - Ah sim. Em, uma, uma das, das acusações que pende são, é que não teriam sido declaradas algumas informações, é, nas GFIPS. É, a minha pergunta para o senhor é a seguinte: É, nos balanços da empresa, é, esses pagamentos e essas informações estão todas contabilizadas?

Testemunha: - Nesses anos, todos contabilizados.

(...)

Defesa: - Estava contabilizado, mas não...

Testemunha: - Estava contabilizado, é, não foi declarado devido, como não, não tinha sido, não foi, duas informações, a GFIP informação para fundo de garantia...

(...)

Juiz Federal: - Então entre 2011 e 2013 era o senhor que estava à frente, né?

Testemunha: - Sim. Sim.

Juiz Federal: - E dos recolhimentos de tributos era o senhor também que faz, providenciava a documentação?

Testemunha: - Ah, sim. Os, as contabilizações sim. Isso. É, porque o, a fiscalização da Receita que concluiu é que a GFIPS não estava com todos os lançamentos devidos. **Foram valores de contribuições devidos à Seguridade Social, o INSS, né, que não foram lançados na GFIP como devidos para recolher.**

(...)

Juiz Federal: - Mas era lançado todo mês?

Testemunha: - Todo mês na contabilidade sim. Só na...

Juiz Federal: - E constava na, na guia GFIP?

Testemunha: - Só não estava sendo informado na, na GFIP.

Juiz Federal: - Mas por que não estava sendo?

Testemunha: - Oi?

Juiz Federal: - Por que que não estava sendo?

Testemunha: - Por que não estava sendo feito o pagamento.

(...)

Juiz Federal: - Mas enquanto o senhor não pagava, o senhor, a empresa decidiu por não lançar na GFIP?

Testemunha: - Não estava fazendo informação.

Juiz Federal: - Só quando fosse pagar que ia lançar?

Testemunha: - Ia lançar, mas na contabilidade está sendo feito todos os lançamentos mês a mês.

Juiz Federal: - E tá, estava sendo feito o recolhimento? Não né? Só depois.

Testemunha: - Só depois.

Em Juízo, o réu confirmou que era o responsável pela empresa no período e disse que não tinha condições de recolher as contribuições. Explicou que as partes burocráticas eram recebidas e cumpridas pelos funcionários da empresa, e que não acompanhava os detalhes. Asseverou que não pagava as contribuições por falta de dinheiro, que sua função prioritária era comercial, no setor de vendas e que normalmente não está na empresa. Também afirmou:

Réu: MARCO ANTONIO BOMTEMPO

(...)

JUIZ FEDERAL: - ... e o senhor confirma que o senhor era o administrador...

INTERROGADO: - Isso.

JUIZ FEDERAL: - ...dessa empresa nesse período?

INTERROGADO: - Exato.

JUIZ FEDERAL: - Então, especificamente quanto a esse período, são 03 tipos de tributos que não foram recolhidos, mas que também não foram declarados em guias próprias, foi omitido, eu lhe pergunto houve o recolhimento ou não de contribuição do empregado, é a primeira parte, do empregado, que desconta do INSS do empregado?

INTERROGADO: - Doutor, eu não paguei nenhum imposto.

(...)

JUIZ FEDERAL: - Quem fazia nessa época a contabilidade fiscal da empresa, era empregado da empresa ou...

INTERROGADO: - Dentro da empresa, são funcionários.

JUIZ FEDERAL: - E houve uma orientação sua para não recolher diante dessas dificuldades ou não?

INTERROGADO: - Não é orientação, é escolha de prioridade.

(...)

JUIZ FEDERAL: - É, o que consta aqui é justamente a omissão dos lançamentos devidos nesse período, os fatos geradores, as bases de cálculo, isso tudo vai lançado ali na guia, que é a GFIP, é a guia própria, isso que eu estou lhe perguntando?

INTERROGADO: - Nós temos RAIS, tem toda essa parte aí que todo mês é declarado. Então eu acredito que já por conta, os tributos incidentes sobre isso já por conta deve constar de declaração de alguma forma, se foi GFIP, qualquer tipo de guia não sei. Honestamente não posso eu não posso lhe dizer, mas que nós não somos sonegadores não, de forma nenhuma.

(...)

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: - É assim, veja só, não pagar tributo não é crime, o que constitui o crime, é a conduta fraudulenta de declarar falsamente à Receita Federal ou de omitir informações à Receita Federal e nesse caso aqui o que a Receita constatou é que não foram declaradas nessas GFIPs todos os fatos geradores, todas as bases de cálculo e os valores devidos de contribuição patronal nesse período da autuação. O senhor tem conhecimento disso?

INTERROGADO: - Como eu disse, eu não tenho conhecimento de detalhes, pode ter acontecido de ser, não ter sido feito lançamento porque eu não tenho o dinheiro para pagar, vai fazer o lançamento de uma coisa que eu não tenho como pagar.

(...)

DEFESA: - E as decisões que são tomadas na empresa quanto ao andamento dela são tomadas só quando o senhor está presente ou as pessoas tem autonomia de seguir adiante e ir tomando as decisões necessárias?

INTERROGADO: - Nós damos abertura para as pessoas tomarem decisões porque se eu ficar dependendo 100% de mim a empresa acaba parando.

(...)

DEFESA: - O balanço da empresa consta essas informações? Vocês têm uma documentação que acompanha todo o...

INTERROGADO: - Sim, a evolução patrimonial todinha. Toda, toda.

DEFESA: - E as declarações (ininteligível)?

INTERROGADO: - As declarações todas, evidente.

Pelo depoimento do réu, não houve determinação para que não prestasse as informações e não efetuasse os pagamentos, alegando que foi uma escolha de prioridades e que tinha setor específico que cuidava da contabilidade dentro da empresa. A defesa explicou que não foi informada em GFIP, mas todas as informações foram contabilizadas nos livros da empresa.

Sem razão a defesa.

Certamente os setores técnicos efetuam lançamentos e pagamentos sem necessidade de supervisão ostensiva e permanente de seus administradores - essa é a *praxis* da maior parte das empresas, mas não isenta o gestor de suas ações ou omissões, ainda que praticadas por terceiros, à frente da sociedade que comanda.

Houve, ainda, ausência de informação e o não pagamento das contribuições por mais de dois anos. Embora contabilizasse nos livros, tais registros são particulares e somente foram analisados em razão do procedimento administrativo. Ainda, somente após o início do procedimento fiscal é que a empresa procurou regularizar as declarações.

As testemunhas afirmaram que a empresa estava em dificuldades, mas há grande diferença entre ter conhecimento da situação financeira da empresa e deixar de informar e recolher as contribuições. Destarte, havia determinação de um superior hierárquico, no caso, o réu, para que deixassem de

informar os dados na GFIP nos meses respectivos e informar somente no momento de demissão ou saída de funcionário.

Igualmente, não importa se o réu comparecia à empresa diariamente, pois ao administrador cabem as decisões que serão acatadas, sendo desnecessária sua presença física. É inverossímil a tese de que o réu somente cuidava do setor de vendas. No caso dos autos, é impossível não perceber financeiramente a diferença que ocasionou a ausência de informações e o não pagamento. Ademais, na fase policial, a testemunha Moisés explicou que foi criado um Conselho para ajudar na administração formal e de documentos, *"todavia quem administrava de fato a empresa era MARCO ANTONIO BOMTEMPO, que sempre repassou ordens ao Declarante e a outros empregados"*.

Por fim, o réu afirmou em seu interrogatório que não efetuava o recolhimento porque não tinha condições, mesmo no caso de valores descontados dos seus funcionários e que não lhe pertenciam.

As provas coligidas demonstram que era o réu quem efetivamente gerenciava os rumos a serem tomados pela pessoa jurídica.

Colaciono aos autos a lição de José Paulo Baltazar Junior (em Crimes Federais, Crimes contra a Ordem Tributária, Saraiva, 9ª Edição, 2014, p. 823):

"(...) Em tais casos, quem será considerado autor? Para essa pergunta, tem-se dado a seguinte resposta: nesses delitos, autor é quem detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio final da ação, de acordo com a teoria do domínio do fato (Damásio:17) ou domínio da organização (TRF4, AC 20040401025529-6, Eloy Justo, 8ª T. m. 13.6.07), porque é este quem decide se o fato vai acontecer ou não, independentemente de essa pessoa ter ou não realizado a conduta material de falsificar a nota fiscal. Isso é muito importante, porque geralmente não é o administrador quem pratica a conduta, embora tenha o domínio final sobre a decisão de praticar ou não a conduta delituosa. Assim, autor será sempre o administrador, que pode ser o sócio-gerente, diretor, administrador por procuração de sócio; administrador de fato que se valha de um laranja figurando formalmente como administrador, mas que não tem nenhuma relação com a empresa, a quem apenas emprestou o nome.

Nessa linha: *"A responsabilidade penal dos administradores pode resultar tanto de haverem praticado o fato delituoso quanto de haverem permitido que ele ocorresse, se tinham a obrigação e a possibilidade concreta de evitá-lo - é dizer, se tinham o domínio do fato, como acontece, de regra, nas empresas familiares em que todos os sócios detêm amplos poderes de administração" (TRF4, AC 20000401010487-9, Amir Sarti, DJ 27.6.01)."*

Não restam dúvidas sobre a condição de administrador do réu MARCO ANTONIO e em seu poder de decisão para determinar que não fosse devidamente informadas e pagas as contribuições, o que resultou na supressão das contribuições patronais e contribuições sociais de terceiros, além de retenção de contribuições sociais, no período mencionado na denúncia.

No ensejo, longe está de se levantar sequer suspeita de responsabilização objetiva aventada pela defesa, razão pela qual rejeito a tese.

Quanto ao dolo, no crime de sonegação de contribuição previdenciária, não se exige elemento subjetivo do tipo, i.e., especial fim de agir do sujeito ativo.

O crime de apropriação indébita previdenciária consuma-se pelo simples fato de o responsável tributário deixar de recolher os valores descontados dos segurados empregados à Previdência Social.

O tipo penal do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, também não exige qualquer especial fim de agir, bastando, para a perfectibilização do delito, que o sujeito ativo, com consciência e vontade e empregando fraude (omitindo informações ou prestando declaração falsa), suprima ou reduza tributo.

Tem decidido o E. TRF da 4ª Região:

"A jurisprudência deste Tribunal pacificou que o tipo penal do artigo 1º da Lei 8.137/90 tem no dolo genérico o seu elemento subjetivo, o qual prescinde de finalidade específica, isto é, desimportam os motivos pelos quais o réu foi levado à prática delitativa, sendo suficiente para a perfectibilização do tipo penal, que o agente queira não pagar, ou reduzir, tributos, consubstanciado o elemento subjetivo em uma ação ou omissão voltada a este propósito, incompatível, portanto, com a forma culposa" (TRF4, ACR 0003896-91.2004.404.7201, Oitava Turma, Relator Guilherme Beltrami, D.E. 04/10/2011).

"A responsabilidade penal dos administradores pode resultar tanto de haverem praticado o fato delituoso quanto de haverem permitido que ele ocorresse, se tinham a obrigação e a possibilidade concreta de evitá-lo - é dizer, se tinham o domínio do fato, como acontece, de regra, nas empresas familiares em que todos os sócios detêm amplos poderes de administração" (TRF4, AC 20000401010487-9, Amir Sarti, DJ 27.6.01)."

"É entendimento consolidado nas duas Turmas Criminais deste Regional que, para a configuração do delito do artigo 337-A do Estatuto Repressivo, basta o dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir contribuição previdenciária e qualquer acessório, mediante as condutas previstas nos incisos I a III." (TRF4, ACR 0014830-96.2004.404.7108, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 03/10/2013)

Em delitos desse jaez, *"a responsabilidade penal pelo cometimento do crime do art. 1º, da Lei 8.137/90 pressupõe a identificação do agente que detinha o domínio do fato, ou seja, que deliberadamente voltou sua conduta para o cometimento de fraude destinada à supressão ou redução de tributo (dolo direto) ou, na condição de administrador, assentiu com o resultado (dolo eventual)"* (TRF4, ACR 0001129-54.2007.404.7208, Oitava Turma, Relator Leandro Paulsen, D.E. 10/07/2014).

O réu estava ciente de suas obrigações legais como representante legal e efetivo administrador da empresa e dirigiu sua conduta no sentido de suprimir as contribuições devidas mediante conduta omissiva de não informar ao Estado os segurados, por meio de Guias GFIP, ficando caracterizado o dolo na conduta do réu. A mencionada regularização somente no momento de saída do empregados ocasionou grande diferença entre os valores pagos e aqueles que deveria pagar em razão de elevada folha salarial, reforçando o acervo probatório acerca da conduta dolosa do réu.

2.5. Das demais teses da defesa

2.5.1. Da alegação de prisão civil por dívida

A defesa sustentou que o réu está sendo responsabilizado por dívida, a qual poderia ser resolvida administrativamente.

Sem razão a defesa.

Trata-se de tema há tempos tratado pela jurisprudência e doutrina, inclusive com edição de Súmula pelo E. TRF4:

Súmula 65: A pena decorrente do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não constitui prisão por dívida.

Não se confunde prisão civil com prisão decorrente de infração penal. Esclarece José Paulo Baltazar Junior em seu *Crimes Federais*:

Discute-se a constitucionalidade do tipo em questão frente ao disposto no inc. LXVII do artigo 5º da CF, que veda a prisão civil por dívida, com exceção do inadimplemento involuntário e inescusável de obrigação alimentar (Dobrowolski: 461; Clève: 503; Dariva: 77-82; Slomp: 139-152). O primeiro argumento que poderia ser oposto à tese está na circunstância de que a CF proíbe a prisão civil por dívida, de modo que a imposição de pena criminal privativa de liberdade não ofenderia o texto constitucional. O argumento foi adotado em decisão liminar no HC 77.631-SC, na qual se discutia a constitucionalidade do inciso II do art. 2º da Lei 8.137/90. Na oportunidade, o Relator, Min. Celso de Mello, indeferiu a liminar "tendo presente a relevante circunstância de que a norma legal cuja constitucionalidade está sendo questionada incidenter tantum, definiu hipótese

de sanção penal (pena criminal), por delito contra a ordem tributária, e considerando que o art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, por isso mesmo, nenhuma prescrição veicula sobre o instituto da prisão civil por dívida”. Posteriormente, examinando hipótese em que se discutia especificamente o delito de omissão do recolhimento de contribuições descontadas dos empregados, o STF asseverou cuidar-se de “Figura de caráter criminal inconfundível com a da prisão por dívida” (HC 78.234, Gallotti, 1ª T., u., DJ 2.2.99). No mesmo sentido: STF, RE 391996 AgR, Ellen Gracie, 2ª T., u., 25.11.03; STF, AI 366390 AgR, Jobim, 2ª T., u., 6.8.02; STF, HC 91704, Joaquim Barbosa, 2ª T., u., 6.5.08; STF, AI 675619 AgR, Cármen Lúcia, 1ª T., u., 9.6.09; STJ, REsp 244462, Fischer, 5ª T., u., 15.6.00; STJ, REsp 433830, Dipp, 5ª T., u., 18.3.03; STJ, AGREsp 610389, 6ª T., u., 21.10.04; Rocha: 67; Decomain: 93). Em sentido contrário, Clèmerson Clève, no texto citado, para quem se o menos – a prisão civil – está proibido, com muito mais razão também está interdito o mais, ou seja, a prisão criminal (Machado, 1999: 57). Nessa linha, seria inconstitucional a norma penal que criminalizasse a conduta dever. Esse verbo foi subtraído das condutas passíveis de criminalização pelo legislador ordinário. Ocorre que no caso em questão o que está criminalizado não é a conduta dever, mas sim a conduta consistente em deixar de recolher a contribuição descontada ou cobrada, o que gera uma dívida. Vários tipos penais podem ser cometidos no bojo de uma relação lícita ou podem gerar uma dívida, como no dano e na apropriação indébita. O delito de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos, por exemplo, constitui uma dívida, mas também aí o que se criminaliza não é a dívida, mas a emissão do cheque sem a suficiente provisão de fundos em poder do sacado. Do mesmo modo, no crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, o que se criminaliza não é a omissão no pagamento da contribuição do empregador, mas sim a conduta de deixar de recolher a contribuição previamente descontada (Decomain: 93; Andrade Filho: 64 e Eisele: 161). Aliás, o inciso X do artigo 7º da CF estabelece como direito do trabalhador a “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”, em verdadeira indicação constitucional criminalizadora.

A mesma compreensão se aplica aos demais delitos tributários em análise. Novamente, a palavra é de José Paulo Baltazar Junior:

Desde logo, é importante deixar claro que a conduta de deixar de pagar tributo, por si só, não constitui crime. Assim, se o contribuinte declara todos os fatos geradores à repartição fazendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, cumpre todas as obrigações tributárias acessórias e tem escrita contábil regular, mas não paga o tributo, não há crime algum, mas mero inadimplemento (STJ, AgRg no REsp 1158834, Maria Thereza, 6ª T., u., 19.2.13; TRF4, AC 200771100020007, Márcio Rocha, 7ª T., u., 31.5.11). O crime contra a ordem tributária, com exceção da apropriação indébita, como será visto no exame do inc. II do art. 2º, pressupõe, além do inadimplemento, alguma forma de fraude, que poderá estar consubstanciada na omissão de alguma declaração, na falsificação material ou ideológica de documentos, no

uso de documentos material ou ideologicamente falsos, na simulação etc. As condutas fraudulentas estão descritas nos incisos dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137. Eis aí a distinção entre inadimplência e sonegação: a fraude. Não procede, portanto, o argumento de que a incriminação da sonegação fiscal recai sobre o mero inadimplemento, configurando incriminação por dívida. Na verdade, a sonegação pressupõe, além do inadimplemento total ou parcial da obrigação tributária, também a fraude (TRF3, HC 20030300024407-6, Suzana Camargo, 5ª T., u., 2.3.04). Sem um ou outro desses elementos, a saber, supressão ou redução no pagamento de tributo e fraude, não há sonegação fiscal. Assim, se todas as operações financeiras de uma empresa foram devidamente lançadas e declaradas, sem omissão ou fraude, não há falar em sonegação, mas em simples inadimplemento (TRF4, AC 19980401039324-1, Beltrami [Conv.], 1ª T., u., DJ 19.7.00).

Rejeito a tese.

2.5.2. Da alegação de estado de necessidade, legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa

A defesa explicou que o réu agiu em razão de grave crise, priorizando despesas mais básicas e indispensáveis.

Embora a defesa tenha apontado acerca da legítima defesa, não teceu qualquer fundamentação acerca do tema, notadamente porque não se aplica o instituto no caso em tela, ao menos em tese.

Como primeira causa de exclusão da ilicitude, arrolada no inciso I do artigo 23 do Código Penal, o estado de necessidade se configura quando a prática de determinado ato, descrito como crime, é voltado à defesa de direito do autor ou de outrem, motivado por situação de fato que ele não provocou e que também era inevitável. A doutrina exige a existência de um efetivo perigo ao bem jurídico do autor ou de terceiro, que pode advir de uma força da natureza, como um desastre natural ou outra situação de perigo, eventualmente também decorrente da atuação de outrem. Contudo, ele não pode ter sido causado pelo próprio autor e deve ser atual (não se admite sequer o perigo iminente).

O estado de necessidade está previsto no art. 24 do Código Penal:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Trata-se de uma das excludentes de ilicitude, as quais afastam um dos elementos do crime, qual seja a contrariedade ao direito.

Consoante ensinamento de NUCCI (em Código Penal Comentado, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 252):

117. Conceito e extensão de atualidade: atual é o que está acontecendo, portanto uma situação presente. Na ótica de Hungria, é o perigo concreto, imediato, reconhecido objetivamente, não se podendo usar a excludente quando se trata de perigo incerto, remoto ou passado (Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, p. 273). Igualmente: Anibal Bruno (Direito Penal, t. I, p. 395). Não se inclui, propositadamente, na lei o perigo iminente, visto ser uma situação futura, sem sempre fácil de ser verificada. Um perigo que está por acontecer é algo imponderável, não autorizando o uso da excludente. Como leciona Enrico Contieri, "o perigo, em sentido próprio, é sempre efetivo; o perigo de um perigo ou perigo futuro não é perigo" (O estado de necessidade, p. 55). (...)

Não vislumbro a excludente de ilicitude como afirmado pela defesa. O STJ já decidiu que "*A dificuldade econômica, inclusive com miserabilidade do agente, não constitui estado de necessidade*" (REsp. 499.442).

Ademais, o estado de necessidade não pode ser caracterizado na ausência de pagamento de tributos por três anos seguidos, utilizando-se de fraude, sem informar corretamente seus funcionários nos documentos pertinentes.

Quanto à inexigibilidade de conduta diversa é um verdadeiro princípio geral de direito penal, trata-se de causa supralegal excludente da culpabilidade e deve ser suficientemente poderosa para ser admitida.

A culpabilidade, para se configurar, exige uma normalidade de circunstâncias que cercam o ato volitivo do agente. Na medida em que estas circunstâncias se apresentam significativamente anormais o juiz deve analisar se, de fato, houve reprovabilidade no caso concreto.

A culpabilidade é construída segundo uma noção de evitabilidade da conduta. Não há como se punir ações que, ante as sérias circunstâncias do caso concreto, não poderiam ser evitadas, o que, entretanto, não se dá no caso em tela.

Não há o que sirva de escusa no caso dos autos a justificar a excepcional inexigibilidade de conduta diversa, porque só tem lugar quando restar plenamente retratada e provada pela defesa situação invencível de dificuldade financeira, a qual, por sua própria natureza, deve ser extraordinária e transitória. Destaque-se, ainda, que presente a mencionada excludente, esta somente pode incidir em delitos não praticados com fraude.

EMENTA: PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME

PREVISTO NO ART. 2º, I, DA LEI Nº 8.137/90. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUDENTE DE ILICITUDE OU CULPABILIDADE. NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. CONTINUIDADE DELITIVA. REDUÇÃO DA EXASPERAÇÃO. 1. Comete crime contra a ordem tributária o agente que suprime o pagamento de tributos, mediante omissão de informações e prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias. 2. O contador pode ser responsabilizado como coautor quando comprovado que contribuiu de forma decisiva, livre e conscientemente, para a fraude perpetrada, atuando em comunhão de desígnios com o sócio administrador da pessoa jurídica. 3. Diferentemente do delito previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, o crime tipificado no art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90 é formal, ou seja, independe da obtenção do resultado. Perfectibilizada a redução ou supressão do tributo, descabida a desclassificação. 4. O fato de estar a pessoa jurídica em situação de dificuldade financeira não é aceito como causa excludente de culpabilidade em se tratando de crimes de sonegação fiscal (art. 1º da Lei nº 8.137/90 e art. 337-A do Código Penal), tendo em vista que tais delitos envolvem não somente a supressão ou redução do pagamento de tributo, mas também - como meio para atingir esse resultado - a prática de conduta fraudulenta. De qualquer modo, a comprovação da situação de inexigibilidade de conduta diversa cabe à defesa. 5. Possível a valoração negativa do vetor consequências do crime e, conseqüentemente, o aumento da pena-base, quando expressivo o valor do débito tributário resultante da infração penal. 6. Tratando-se de supressão de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e tributação reflexa, devem ser considerados os exercícios financeiros, não as sonegações mês a mês, para fins de aplicação da continuidade delitiva. Assim, cabível a redução da exasperação decorrente da continuidade. 7. Apelo do Ministério Público provido, apelo do réu Valmir Antônio Vizzotto parcialmente provido, com efeitos estendidos, de ofício, ao réu Zeferino Araújo Neto, e apelo do réu Zeferino Araújo Neto desprovido. (TRF4, ACR 5004856-50.2013.404.7102, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 08/06/2015) (destaquei)

Ainda que a dificuldade financeira tivesse ocorrido por prazo razoável e fosse devidamente comprovada, igualmente não seria admitida tal alegação, visto que, em delitos movidos pela fraude, torna-se inaplicável a tese, consoante entendem os tribunais.

Vejamos a orientação do TRF4:

EMENTA: PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 337-A, I, DO CÓDIGO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO DEMONSTRADOS. DOMÍNIO DO FATO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INAPLICABILIDADE NOS DELITOS DE SONEGAÇÃO. DOSIMETRIA. MULTA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS DO DEFENSOR DATIVO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO

305/2014 DO CJF. 1. Comprovados materialidade, autoria e dolo dos delitos previstos no art. 337-A, I, do Código Penal, e no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, pela redução de contribuição previdenciária e de contribuições devidas a terceiros pela empresa administrada pelo réu, mediante a omissão de empregados e de fatos geradores nas Guias de Recolhimento de FGTS e Informações à Previdência Social GFIPs 2. Tratando-se de tributo devido pela pessoa jurídica, autor será aquele que efetivamente exerce o comando administrativo da empresa, conforme aplicação da teoria do domínio do fato aos crimes contra a ordem tributária. 3. **O fato de estar a pessoa jurídica em situação de dificuldade financeira não é aceito como causa excludente de culpabilidade em se tratando de crimes de sonegação fiscal (art. 1º da Lei nº 8.137/90 e art. 337-A do Código Penal), tendo em vista que tais delitos envolvem a prática de conduta fraudulenta.** 4. Cabível a fixação de honorários advocatícios ao defensor dativo, de acordo com a Resolução nº 305/2014 do Conselho da Justiça Federal. 5. Apelo parcialmente provido. (TRF4, ACR 5008565-24.2012.404.7201, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 02/07/2015) (grifei)

EMENTA: PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 2º, I, DA LEI Nº 8.137/90. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUDENTE DE ILICITUDE OU CULPABILIDADE. NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. CONTINUIDADE DELITIVA. REDUÇÃO DA EXASPERAÇÃO. 1. Comete crime contra a ordem tributária o agente que suprime o pagamento de tributos, mediante omissão de informações e prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias. 2. O contador pode ser responsabilizado como coautor quando comprovado que contribuiu de forma decisiva, livre e conscientemente, para a fraude perpetrada, atuando em comunhão de desígnios com o sócio administrador da pessoa jurídica. 3. Diferentemente do delito previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, o crime tipificado no art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90 é formal, ou seja, independe da obtenção do resultado. Perfectibilizada a redução ou supressão do tributo, descabida a desclassificação. **4. O fato de estar a pessoa jurídica em situação de dificuldade financeira não é aceito como causa excludente de culpabilidade em se tratando de crimes de sonegação fiscal (art. 1º da Lei nº 8.137/90 e art. 337-A do Código Penal), tendo em vista que tais delitos envolvem não somente a supressão ou redução do pagamento de tributo, mas também como meio para atingir esse resultado - a prática de conduta fraudulenta. De qualquer modo, a comprovação da situação de inexigibilidade de conduta diversa cabe à defesa.** 5. Possível a valoração negativa do vetor consequências do crime e, conseqüentemente, o aumento da pena-base, quando expressivo o valor do débito tributário resultante da infração penal. 6. Tratando-se de supressão de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e tributação reflexa, devem ser considerados os exercícios financeiros, não as sonegações mês a mês, para fins de aplicação da continuidade delitiva. Assim, cabível a redução da exasperação decorrente da continuidade. 7. Apelo do Ministério Público

provido, apelo do réu Valmir Antônio Vizzotto parcialmente provido, com efeitos estendidos, de ofício, ao réu Zeferino Araújo Neto, e apelo do réu Zeferino Araújo Neto desprovido. (TRF4, ACR 5004856-50.2013.404.7102, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 08/06/2015) (destaquei)

Além de não ter incidência em delitos praticados com fraude, acresço, em *obiter dictum*, que sequer restou provada pela defesa situação invencível de dificuldade financeira, a qual, por sua própria natureza, deve ser extraordinária e transitória.

Nesse sentido é a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

"ônus da prova nada mais é senão o encargo, que compete à parte que fizer a alegação, de demonstrá-la. Provar não é obrigação; é simples encargo. (...). Cabe à acusação demonstrar, e isso de modo geral, a materialidade e autoria. Já à defesa incumbe provar eventual alegação de exclusão da antijuridicidade do fato típico (causas excludentes da criminalidade, excludentes da antijuridicidade, causas justificativas ou discriminantes) ou excludentes de culpabilidade. Se o réu invoca um alibi, o ônus da prova é seu. Se argúi legítima defesa, estado de necessidade etc., o onus probandi é inteiramente seu..." ("Código de Processo Penal Comentado". 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 449).

É da defesa o ônus de produzir provas demonstrando sua inocência e a inverossimilhança da tese acusatória (art. 156, do CPP).

Nesse sentido, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: PENAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CP. INQUIRIRÇÃO DE TESTEMUNHA. INVERSÃO NA ORDEM. ART. 212 DO CPP. LEI Nº 11.690/08. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUTORIA. MATERIALIDADE. COMPROVADAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAL. VALOR PROBANTE. DOLO. DESCLASSIFICAÇÃO FIGURA PRIVILEGIADA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. ANTECEDENTES. PERSONALIDADE. REDUÇÃO. CONFISSÃO. SÚMULA Nº 231 DO STJ. REGIME PRISIONAL. 1.(...). 3. Com a prisão em flagrante do réu, há uma presunção relativa acerca da autoria do fato, incumbindo à defesa, a teor da regra do art. 156 do CPP, produzir as provas tendentes a demonstrar a sua inocência e a inverossimilhança da tese acusatória. 4. Da mesma forma que incumbe à acusação provar a existência do fato e demonstrar sua autoria, assim como o elemento subjetivo, é ônus da defesa, a teor do art. 156, 1ª parte, do CPP, certificar a verossimilhança das teses invocadas em seu favor. A técnica genérica de negativa de autoria dissociada do contexto probatório não tem o condão de repelir a sentença condenatória.(...) (TRF4, ACR 0006736-

87.2007.404.7001, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 11/06/2010). (grifei)

As menções dando conta da existência de outras execuções fiscais ajuizadas contra a Jumbo (anexadas no ev. 94) não se mostram capazes e suficientes para que se reconheça a dirimente de culpabilidade. Ademais, tanto o réu quanto as testemunhas afirmaram que a empresa continua operando normalmente.

Destarte, rejeito a tese aventada.

2.6. Da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade

Dessa feita, os elementos probatórios existentes são suficientes para embasar o decreto condenatório, inexistindo qualquer causa excludente de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade.

A conduta é ilícita uma vez que não restou comprovada nos autos qualquer situação que implicasse a exclusão da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito).

Observo que o réu possui plena capacidade penal e pode ser responsabilizado por seus atos. É penalmente imputável, maior, além de possuir condições de entender o potencial de ilicitude da conduta praticada e de se determinar de acordo com esse entendimento. Possuía e possui conhecimento suficiente para perceber a ilegalidade da ação, de modo que poderia agir de forma diversa, mas optou pelo ilícito. Dele era exigível outro comportamento.

Caracterizado o fato denunciado como típico, antijurídico e culpável e, inexistindo causas excludentes da ilicitude e culpabilidade, faz-se imperiosa a condenação do réu MARCO ANTONIO BOMTEMPO.

3 - DISPOSITIVO

Posto isso, **julgo parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para o fim de, com a *emendatio libelli*, condenar o réu MARCO ANTONIO BOMTEMPO, nas sanções dos arts. 168-A § 1º, I, e 337-A, I e III, do CP, em continuidade delitiva (art. 71 do CP); e estes em concurso formal (art. 70, do CP) com o art. 1º, inciso I, c/c art. 12, ambos da Lei n. 8.137/90, em continuidade delitiva.**

Passo à individualização da pena, analisando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e observando as diretrizes do artigo 68 do mesmo código.

3.1. Da pena privativa de liberdade

A- Art. 168-A do Código Penal

A.1. Circunstâncias Judiciais – artigo 59 do Código Penal

A **culpabilidade** mostra-se normal. Não há informações de condenações transitadas em julgado, razão pela qual seus **antecedentes criminais** não podem ser valorados negativamente. Nada há nos autos que a desfavoreça quanto à **conduta social**. Quanto à **personalidade**, nada que mereça valoração negativa. No que respeita aos **motivos** do crime, mostram-se comuns à espécie. Quanto às **circunstâncias**, são próprias ao delito. Quanto às **consequências**, são graves, pois o valor consolidado chegou a R\$ 5.564.180,02. Por fim, o **comportamento da vítima** resta prejudicado em razão da natureza do delito.

Em consideração ao conjunto das circunstâncias judiciais acima analisado, fixo a pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão.

Circunstâncias Legais – Agravantes e Atenuantes

Inexistem circunstâncias agravantes a serem consideradas.

Presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal), tendo em vista o teor do interrogatório judicial, pois o réu declarou não ter lançado os valores devidos em GFIP. Considerando o entendimento consolidado na Súmula 231 do STJ ("a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"), mantenho a pena base no mínimo legal, ou seja, 2 anos de reclusão.

Causas de aumento e de diminuição de pena (3a fase)

Inexistem causas de aumento ou de diminuição de pena.

Destarte, **resta fixada a pena em 2 anos de reclusão**.

A.2. Da pena de multa

Na fixação da pena de multa serão levados em conta todos os elementos considerados para mensurar, de forma definitiva, a pena privativa de liberdade. Nessa toada: *TRF4, EINACR 2002.71.13.003146-0, Quarta Seção, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, D. E. 04/06/2007.*

Ressalte-se que no crime em análise a pena privativa de liberdade deve ser fixada entre o mínimo de 2 e o máximo de 5 anos. Já a pena de multa deve obedecer o disposto no art. 49, do Código Penal e ser fixada entre o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias-multa.

Destarte, aplicando-se a pena de multa de forma proporcional à privativa de liberdade, fixo-a em 10 dias-multa.

Nos termos do art. 60, "caput", do Código Penal, fixo o dia-multa em 1/10 do salário mínimo vigente na data dos fatos, atento à situação econômica do réu, que em seu interrogatório judicial afirmou ser industrial e auferir renda mensal de aproximadamente R\$ 8.000,00 (ev. 92). O valor deverá ser atualizado monetariamente até a data do efetivo pagamento, de acordo com o art. 49, § 2º, do Código Penal.

B. Art. 337-A do Código Penal

B.1. Circunstâncias Judiciais – artigo 59 do Código Penal

A **culpabilidade** mostra-se normal. Não há informações de condenações transitadas em julgado, razão pela qual seus **antecedentes criminais** não podem ser valorados negativamente. Nada há nos autos que a desfavoreça quanto à **conduta social**. Quanto à **personalidade**, nada que mereça valoração negativa. No que respeita aos **motivos** do crime, mostram-se comuns à espécie. Quanto às **circunstâncias**, são próprias ao delito. Quanto às **consequências**, são graves, pois o valor consolidado chegou a R\$ 9.726.264,05. Por fim, o **comportamento da vítima** resta prejudicado em razão da natureza do delito.

Em consideração ao conjunto das circunstâncias judiciais acima analisado, fixo a pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão.

Circunstâncias Legais – Agravantes e Atenuantes

Inexistem circunstâncias agravantes a serem consideradas.

Presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal), tendo em vista o teor do interrogatório judicial, pois o réu declarou não ter lançado os valores devidos em GFIP. Considerando o entendimento consolidado na Súmula 231 do STJ ("a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"), mantenho a pena base no mínimo legal, ou seja, 2 anos de reclusão.

Causas de aumento e de diminuição de pena (3a fase)

Inexistem causas de aumento ou de diminuição de pena.

Destarte, **resta fixada a pena em 2 anos de reclusão.**

B.2. Da pena de multa

Na fixação da pena de multa serão levados em conta todos os elementos considerados para mensurar, de forma definitiva, a pena privativa de liberdade. Nessa toada: TRF4, EINACR 2002.71.13.003146-0, *Quarta Seção*, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, D. E. 04/06/2007.

Ressalte-se que no crime em análise a pena privativa de liberdade deve ser fixada entre o mínimo de 2 e o máximo de 5 anos. Já a pena de multa deve obedecer o disposto no art. 49, do Código Penal e ser fixada entre o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias-multa.

Destarte, aplicando-se a pena de multa de forma proporcional à privativa de liberdade, fixo-a em 10 dias-multa.

Nos termos do art. 60, "caput", do Código Penal, fixo o dia-multa em 1/10 do salário mínimo vigente na data dos fatos, atento à situação econômica do réu, que em seu interrogatório judicial afirmou ser industrial e auferir renda mensal de aproximadamente R\$ 8.000,00 (ev. 92). O valor deverá ser atualizado monetariamente até a data do efetivo pagamento, de acordo com o art. 49, § 2º, do Código Penal.

C - Da continuidade delitiva entre os delitos 168-A e 337-A do Código Penal

Está caracterizado, na espécie, o crime continuado. De acordo com a documentação juntada nos autos, foram 30 competências (09/2011 a 12/2013) em cada delito, totalizando 60 competências, nas mesmas condições de tempo, lugar e semelhante maneira de execução, omitindo informações, pelo que os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro, notadamente por serem de mesma espécie, vez que ofendem o mesmo bem jurídico penalmente tutelado.

Em face do reconhecimento de crime continuado, pela prática de conduta idêntica, majoro a pena provisoriamente fixada em 2/3 (dois terços), nos termos do art. 71, *caput*, do Código Penal, devido à quantidade de condutas.

Esclareço que o aumento é condizente com o entendimento do E. TRF4:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A, §1º, INCISO I, C/C ARTIGO 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. FRAUDE. ANIMUS REM SIBI HABENDI. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA E PRÉVIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCINDIBILIDADE. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO E FORMAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINARES REJEITADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO GENÉRICO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS.

VETORIAL NEUTRA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. PENA DE MULTA. MANTIDA CONFORME SENTENÇA. NE REFORMATIO IN PEJUS. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MODALIDADES. VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DO DANO. AFASTAMENTO. (...) 10. Devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, bem assim o dolo dos réus, ausentes causas excludentes de culpabilidade e ilicitude, é de ser mantida a condenação como incursos no delito do artigo 168-A, §1º, inciso I, do Código Penal, em continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal). 11. Considerando que o valor indevidamente apropriado pelos réus, considerando apenas as contribuições previdenciárias (principal) remanescentes não se mostrou excessivo, afasta-se a valoração desfavorável da vetorial consequências do crime na primeira fase do cálculo das reprimendas. Fixação das penas-base no mínimo legal para ambos os réus. 12. A incidência da atenuante da confissão espontânea não permite seja a pena-provisória arbitrada em patamar abaixo do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231 do Egrégio STJ. 13. A aplicação da causa especial de aumento da continuidade delitiva deve levar em conta o número de fatos criminosos praticados, preferencialmente de acordo com os parâmetros já consagrados nessa egrégia Corte para os casos de apropriação indébita previdenciária: até 9 fatos, 1/6; de 9 a 18 fatos, entre 1/5 e 1/4; de 18 a 24 fatos, entre 1/4 e 1/3; de 24 a 30 fatos, entre 1/3 e 1/2; de 30 a 33 fatos, entre 1/2 e 2/3; acima de 33 fatos, 2/3 (EINUL nas ACRs 2000.04.010140654-9 e 2000.04.01.140655-0, 4ª Seção, Rel. Des. Federal Wolkmer de Castilho, DJU 12-3-2003). (...). (TRF4, ACR 0007117-02.2001.404.7100, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 26/11/2015)

Destarte, resta fixada a pena em **3 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa.**

D - Lei n. 8.137/90

D.1. Circunstâncias Judiciais – artigo 59 do Código Penal

A **culpabilidade** mostra-se normal. Não há informações de condenações transitadas em julgado, razão pela qual seus **antecedentes criminais** não podem ser valorados negativamente. Nada há nos autos que a desfavoreça quanto à **conduta social**. Quanto à **personalidade**, nada que mereça valoração negativa. No que respeita aos **motivos** do crime, mostram-se comuns à espécie. Quanto às **circunstâncias**, são próprias ao delito. Quanto às **consequências**, são inerentes ao delito. Por fim, o **comportamento da vítima** resta prejudicado em razão da natureza do delito.

Em consideração ao conjunto das circunstâncias judiciais acima analisado, fixo a pena-base em 2 anos de reclusão.

Circunstâncias Legais – Agravantes e Atenuantes

Inexistem circunstâncias agravantes a serem consideradas.

Presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal), tendo em vista o teor do interrogatório judicial, pois o réu declarou não ter lançado os valores devidos em GFIP. Considerando o entendimento consolidado na Súmula 231 do STJ ("a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"), mantenho a pena base no mínimo legal, ou seja, 2 anos de reclusão.

Causas de aumento e de diminuição de pena (3a fase)

Inexistem causas de diminuição de pena.

É de se reconhecer, no caso presente, a causa de aumento prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/90, pois o montante dos valores sonegados pelo réu é expressivo e indubitavelmente causou grave dano à coletividade.

O entendimento do TRF4 é o de aplicação da causa de aumento quando os valores superam o patamar de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais):

PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROVA PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. PROCEDIMENTO FISCAL. PROVA POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. REVELIA. INTIMAÇÃO. ELEMENTOS DO DELITO CARACTERIZADOS. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 2º, DA LEI Nº 8.137/90. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. AJUSTES. CAUSA DE AUMENTO. ART. 12, INC. I, DA LEI Nº 8.137/90. GRANDES DEVEDORES. CONTINUIDADE DELITIVA. MULTA. PLENAMENTE FAVORÁVEL. REGIME. RESTRITIVAS DE DIRETOS. 1. Mostra-se despicienda a necessidade de provas materiais quanto aos fatos imputados aos réus, uma vez que estão devidamente esclarecidos no procedimento fiscal, não sendo tal diligência necessária quando existem elementos suficientes nos autos para julgamento do feito. 2. Não incorre em nulidade a sentença condenatória por crime de sonegação fiscal que se funda em robusta documentação, oriunda de procedimento administrativo-fiscal, se foi disponibilizado às partes, durante a instrução criminal, o exercício do contraditório diferido, ou postergado, e a ampla defesa. 3. Aquele que, devidamente intimado para interrogatório, por meio de Carta precatória, não comparece, sendo-lhe decretada a revelia, não há falar em qualquer nulidade, uma vez que lhe foi dado ciência de todos os atos processuais, permitindo-se que pleiteasse o que entendia de direito. 4. Estando demonstrados os elementos caracterizadores do delito de sonegação fiscal, impõe-se a manutenção da condenação. 5. Comprovado que o tributo foi efetivamente suprimido ou reduzido, mostra-se inoportuna a desclassificação para o art. 2º, da Lei nº 8.137/90. 6. Acertada a valoração da vetorial maus antecedentes, contudo, mostrando-se exacerbado o percentual, enseja redução. 7. Perfeitamente razoável considerar o patamar de 1/3 (um terço) para os valores entre R\$ 1.000.000,00 (um milhão) e R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), e o patamar de 1/2 (metade) para os casos em que o valor supera os dez milhões de

reais. 8. Deve ser reduzido o percentual aplicado à continuidade delitiva, a fim de que se considere o número de anos-calendários em que a conduta se perpetrou. 9. Sendo a multa plenamente favorável aos réus, resta mantida nos moldes em que fixada na 1ª instância. 10. Considerando que a privativa de liberdade resultou em quantum inferior a 04 (quatro) anos, mostra-se cabível a substituição por prestação de serviços à comunidade e pecuniária. (TRF4, ACR 5001497-60.2011.404.7006, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 01/02/2017)

Desta maneira, considerando que o valor final consolidado foi de R\$ 3.446.367,97 e **ultrapassa um milhão de reais**, nos termos da jurisprudência formada acerca do tema (ementa supratranscrita), aumento a pena em 1/3, e fixo-a em **2 anos e 8 meses de reclusão**.

D.2. Da pena de multa

Na fixação da pena de multa serão levados em conta todos os elementos considerados para mensurar, de forma definitiva, a pena privativa de liberdade. Nessa toada: *TRF4, EINACR 2002.71.13.003146-0, Quarta Seção, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, D. E. 04/06/2007.*

Ressalte-se que no crime em análise a pena privativa de liberdade deve ser fixada entre o mínimo de 2 e o máximo de 5 anos. Já a pena de multa deve obedecer o disposto no art. 8º, da Lei n. 8.137/90 e ser fixada entre o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias-multa.

Destarte, aplicando-se a pena de multa de forma proporcional à privativa de liberdade, fixo-a em 13 dias-multa.

Nos termos do art. 60, "caput", do Código Penal, fixo o dia-multa em 1/10 do salário mínimo vigente na data dos fatos, atento à situação econômica do réu, que em seu interrogatório judicial afirmou ser industrial e auferir renda mensal de aproximadamente R\$ 8.000,00 (ev. 92). O valor deverá ser atualizado monetariamente até a data do efetivo pagamento, de acordo com o art. 49, § 2º, do Código Penal.

E - Da continuidade delitiva do crime contra a ordem tributária

Está caracterizado, na espécie, o crime continuado. De acordo com a documentação juntada nos autos, foram 30 competências (09/2011 a 12/2013), nas mesmas condições de tempo, lugar e semelhante maneira de execução, omitindo informações, pelo que os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro, notadamente por serem de mesma espécie, vez que ofendem o mesmo bem jurídico penalmente tutelado.

Em face do reconhecimento de crime continuado, pela prática de conduta idêntica, majoro a pena provisoriamente fixada em 1/2 (um meio), nos termos do art. 71, *caput*, do Código Penal, devido à quantidade de condutas.

Esclareço que o aumento é condizente com o entendimento do E.
TRF4:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A, §1º, INCISO I, C/C ARTIGO 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. FRAUDE. ANIMUS REM SIBI HABENDI. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA E PRÉVIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCINDIBILIDADE. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO E FORMAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINARES REJEITADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO GENÉRICO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO RECONHECIMENTO. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS. VETORIAL NEUTRA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. PENA DE MULTA. MANTIDA CONFORME SENTENÇA. NE REFORMATIO IN PEJUS. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MODALIDADES. VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DO DANO. AFASTAMENTO. (...) 10. Devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, bem assim o dolo dos réus, ausentes causas excludentes de culpabilidade e ilicitude, é de ser mantida a condenação como incursos no delito do artigo 168-A, §1º, inciso I, do Código Penal, em continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal). 11. Considerando que o valor indevidamente apropriado pelos réus, considerando apenas as contribuições previdenciárias (principal) remanescentes não se mostrou excessivo, afasta-se a valoração desfavorável da vetorial consequências do crime na primeira fase do cálculo das reprimendas. Fixação das penas-base no mínimo legal para ambos os réus. 12. A incidência da atenuante da confissão espontânea não permite seja a pena-provisória arbitrada em patamar abaixo do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231 do Egrégio STJ. 13. A aplicação da causa especial de aumento da continuidade delitiva deve levar em conta o número de fatos criminosos praticados, preferencialmente de acordo com os parâmetros já consagrados nessa egrégia Corte para os casos de apropriação indébita previdenciária: até 9 fatos, 1/6; de 9 a 18 fatos, entre 1/5 e 1/4; de 18 a 24 fatos, entre 1/4 e 1/3; de 24 a 30 fatos, entre 1/3 e 1/2; de 30 a 33 fatos, entre 1/2 e 2/3; acima de 33 fatos, 2/3 (EINUL nas ACRs 2000.04.010140654-9 e 2000.04.01.140655-0, 4ª Seção, Rel. Des. Federal Wolkmer de Castilho, DJU 12-3-2003). (...). (TRF4, ACR 0007117-02.2001.404.7100, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 26/11/2015)

Destarte, resta fixada a pena em 4 anos de reclusão e 19 dias-multa.

F - Do concurso formal

A infração penal da Lei n. 8.137/90 foi praticada em concurso formal com os delitos previstos nos arts. 168-A e 337-A, ambos do CP, pelo que incide a regra do art. 70, do CP. Assim, aplica-se sobre a mais grave das penas (4 anos de reclusão) o aumento de 1/6 diante do número de crimes praticados (dois), passando a 4 anos e 8 meses de reclusão. Quanto à pena de multa, incide na espécie a regra do art. 72, do Código Penal.

Assim, resta fixada ao final a pena de **4 anos e 8 meses de reclusão e 35 dias-multa**.

3.2. Do regime inicial de cumprimento de pena

Considerando a pena acima fixada, determino que o cumprimento da pena privativa de liberdade se dê desde o início em **regime semiaberto**, na forma do que estabelece o art. 33, § 2º, "b" c/c § 3º, do Código Penal.

3.4. DISPOSIÇÕES FINAIS

Direito de apelar em liberdade

Reconheço ao réu o direito de apelar em liberdade, nos termos do artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, levando-se em conta a inexistência dos fundamentos que autorizam a custódia preventiva.

Da fixação de valor mínimo para reparação dos danos

Deixo de fixar o valor mínimo a título de reparação de danos, nos termos do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, em face da ausência de pedido ou de contraditório específico acerca dos danos. Nesse sentido, Súmula 131 do TRF4: *Para que o juiz possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, é necessário que a denúncia contenha pedido expresso nesse sentido ou que controvérsia dessa natureza tenha sido submetida ao contraditório da instrução criminal.*

Das Custas processuais

Com fundamento no art. 804, do Código de Processo Penal, condeno o réu ao pagamento das custas processuais.

Da Eventual Interposição de Apelação

Na hipótese de interposição de apelação e, uma vez verificado o atendimento de seus pressupostos legais, tenha-se desde já por recebida em seus efeitos legais e intime-se a parte para apresentar as razões no prazo legal, caso ainda não tenha feito, e posteriormente a parte contrária para apresentação de contrarrazões, no devido prazo. Após, com a juntada das referidas peças, ou decorrido o prazo legal para o recorrido apresentar contrarrazões, remetam-se os

autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, inclusive na hipótese do art. 600, § 4º, do CPP.

Da Execução

Com a informação do encerramento da jurisdição criminal de segundo grau, mantida a condenação, ainda que haja eventual interposição de recurso especial ou extraordinário, distribua-se o processo de execução penal com as peças necessárias ou encaminhe-se a ficha individual ao Juízo de execução penal competente ou prevento, independentemente de novo despacho.

Cientifiquem-se as partes quando do retorno dos autos do TRF4.

No âmbito da execução penal (Provimento 62/2017), deverá a Secretaria:

a) elaborar conta dos valores devidos a título de custas processuais e/ou multa;

b) expedir ficha individual do condenado, consoante Anexo I do Provimento 62/2017;

c) associar ao executado o defensor constituído/DPU;

d) comunicar ao Instituto Nacional de Identificação e ao Instituto de Identificação do Paraná (INI e IIPR);

e) cumprir as determinações previstas no art. 341 do Provimento n. 62/2017;

A eventual destinação de outros bens ou valores objeto de constrição judicial que aporem futuramente aos autos será analisada pelo Juízo da execução penal.

Não havendo outras providências a serem realizadas, à Secretaria para que proceda as alterações necessárias em relação à situação das partes na ação penal e dar baixa na autuação da ação penal arquivando-a.

Publique-se no Eproc. Intimem-se.

Documento eletrônico assinado por **RICHARD RODRIGUES AMBROSIO, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **700005959384v89** e do código CRC **d6ff52a9**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): RICHARD RODRIGUES AMBROSIO
Data e Hora: 14/12/2018, às 13:18:22
