

AÇÃO PENAL Nº 5000923-89.2011.404.7118/RS
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU : MARLENE ELAINE NINOW
ADVOGADO : Antonio José Vilanova Audino

SENTENÇA

1. Relatório

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** ajuizou ação penal contra **MARLENE ELIANE NINOW**, já qualificada nos autos, dando-a como incurso nas sanções previstas nos arts. 168-A, §1º, inciso I, e 337-A, inciso I, c/c art. 71, todos do Código Penal Brasileiro:

FATO 1

A denunciada MARLENE ELIANE NINOW, na condição de proprietária e gerente da empresa PEDRO NINOW-ME (CNPJ nº 03.821.344/0001-50), estabelecida na Rua Getúlio Vargas, s/n, ao lado do nº 393, cidade de Não-Me-Toque/RS, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, deixou de repassar, no prazo legal, à Previdência Social, as contribuições previdenciárias descontadas dos pagamentos da empregada ADELAIDE CLACI STUMM GROSS, referentes às competências de 01/2004 a 11/2007.

Tais irregularidades foram verificadas nos autos de reclamatória trabalhista, processo nº 00342-2008-561-04-00-4 (fls. 95 e 98/100).

Apurou-se que os valores retidos pela supracitada empresa sobre as remunerações devidas, pagas ou creditadas à segurada empregada a título de contribuição previdenciária entre os meses de janeiro de 2004 a novembro de 2007 não foram recolhidos aos cofres do Previdência Social.

Em 31/08/08, tal montante, atualizado, perfazia a quantia de R\$ 2.010,68 (dois mil e dez reais e sessenta e oito centavos), conforme 'CONTA DO INSS' (fls. 98/100 da reclamatória trabalhista nº 00342-2008-561-04-00-4).

FATO 2

A denunciada MARLENE ELIANE NINOW, na condição de proprietária e gerente da empresa PEDRO NINOW-ME (CNPJ nº 03.821.344/0001-50), estabelecida na Rua Getúlio Vargas, s/n, ao lado do nº 393, cidade de Não-Me-Toque/RS, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, suprimiu contribuições previdenciárias, omitindo a empregada ADELAIDE CLACI STUMM GROSS da folha de pagamento da empresa, referentes ao período de 01/2004 a 11/2007.

Tais irregularidades foram verificadas nos autos de reclamatória trabalhista, processo nº 00342-2008-561-04-00-4 (fls. 95 e 98/100).

Em 31/08/08, tal montante, atualizado, perfazia a quantia de R\$ 5.782,70 (cinco mil, setecentos e oitenta e dois reais e setenta centavos), conforme 'CONTA DO INSS' (fls. 98/100).

A denúncia foi recebida em 05/08/2011 (evento 4).

A ré foi citada e apresentou resposta à acusação (evento 16).

Ante a ausência de causa para absolvição sumária, foi determinado o prosseguimento do feito (evento 19). Nessa mesma decisão, foi afastada a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, e referido que a competência para a constituição e execução dos créditos tributários apurados em demandas trabalhistas é do próprio Juiz do Trabalho.

Em seguida, a ré noticiou o parcelamento do débito (evento 26). Com vistas, o MPF postulou a solicitação de informações à autoridade fazendária, medida essa deferida no evento 42.

Com esclarecimentos prestados pela autoridade fazendária no evento 46, o *Parquet* posicionou-se pelo prosseguimento da demanda (evento 49). Em atendimento a esse pedido, foi designada audiência de instrução e julgamento no evento 52.

Testemunha de acusação inquirida no evento 32 (degravação no evento 40).

A ré prestou depoimento no evento 69 (degravação no evento 71).

Nada requerido no prazo de diligências.

Intimadas, as partes apresentaram memoriais.

O Ministério Público aduziu que a materialidade do crime se faz presente, apontando os documentos alusivos. Depois, destaca a confissão da ré em juízo no tocante ao gerenciamento da sociedade e da falta de repasse dos tributos. Pede o afastamento da alegação de crise financeira e da aplicação princípio da insignificância, por entender inaplicável o artigo 20 da Lei nº 10.522/02 ao caso.

A ré apresentou memoriais no evento 78. Inicialmente, alega que a dívida não foi formalmente constituída, vez que inexistente procedimento administrativo para tanto, aduzindo inexistir prova da efetiva retenção do tributo. Pede a aplicação do princípio da insignificância, citando precedente do STF em seu favor, cuja aplicação deve incidir tomando-se por base a dívida 'crua', sem a incidência de multas e juros.

Atualizados os antecedentes criminais e certificada consulta ao rol de culpados da Justiça Federal da 4ª Região, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relato. **Decido.**

2. Fundamentação

2.1. 1º Fato - Artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal

A doutrina e a jurisprudência estão cristalizando, pela reiterada aplicação, o entendimento de que se excluem do tipo os fatos de mínima perturbação social, e de que a adequação social leva à impunidade dos comportamentos normalmente admitidos, ainda que formalmente realizem a letra de algum tipo legal. É o chamado Princípio da Insignificância.

Na análise da tipicidade da conduta, deve ser verificado se foram ou não atingidos de forma relevante os bens jurídicos tutelados pela norma penal. Isto porque o Direito Penal deve ir somente até o necessário para a proteção do bem jurídico, não devendo se preocupar com bagatelas. Ademais, para a doutrina penal moderna, calcada nos ensinamentos de Roxin, não basta a mera tipicidade formal para que o fato seja típico, mister se faz também a presença da tipicidade material, a qual exige, como um dos seus requisitos, que o resultado da conduta do agente seja juridicamente relevante.

A jurisprudência do TRF da 4ª Região firmou entendimento de ser aplicável o princípio da insignificância, afastando a tipicidade da conduta, ao crime de apropriação indébita previdenciária:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. INSIGNIFICÂNCIA. 1. O parâmetro utilizado para a aferição da tipicidade material da conduta, no valor de R\$ 10.000,00, tinha por base o art. 20 da Lei nº 10.522/2002 e a Portaria nº 49 do Ministério da Fazenda, de 1º/04/2004, e foi modificado pela Portaria nº 75 do Ministério da Fazenda, de 26/03/2012, que alterou para R\$ 20.000,00 o valor para arquivamento das execuções fiscais, patamar que deve ser observado para os fins penais, nos termos da referida orientação jurisprudencial. 2. Consoante o entendimento firmado por ambas as Turmas integrantes da 4ª Seção deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é aplicável o princípio da insignificância ao crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, previsto no art. 168-A do Código Penal. (TRF4, ACR 0000451-26.2008.404.7201, Sétima Turma, Relator Luiz Carlos Canalli, D.E. 14/11/2013)

O parâmetro considerado é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme Portaria nº 75/2012, do Ministério da Fazenda, pelo que se deve analisar, no caso concreto, a sentença homologatória do acordo na seara trabalhista, considerando especificamente os períodos de omissão de recolhimento imputáveis à ré e os valores originários dos débitos. Isso porque, para a averiguação da relevância penal dos crimes de natureza tributária, não se computam juros de mora e multas tributárias:

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MULTA E JUROS. DESCONSIDERAÇÃO. VALOR ILUDIDO INFERIOR A R\$ 10.000,00. INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. As multas tributárias e os juros de mora devem ser desconsideradas tanto para efeito da mensuração das consequências do delito, como para aferição da lesividade e da adequação típica da conduta. Precedentes. 2. Aplica-se o princípio da insignificância jurídica, como excludente da tipicidade do delito de sonegação fiscal (artigo 1º da Lei n.º 8.137/90), quando, para fins de persecução penal, o valor dos tributos iludidos é inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), montante estabelecido pela Administração como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

(TRF4, QUESTÃO DE ORDEM NA ACR Nº 2007.72.07.000057-9, 8ª Turma, Juiz Federal ARTUR CÉSAR DE SOUZA, POR UNANIMIDADE, D.E. 30/07/2010)

Não desconheço, inclusive, que o magistrado que presidiu o feito anteriormente rechaçou a possibilidade de aplicação deste instituto com a seguinte colocação (evento 19):

Quanto ao Princípio da Singeleza, tenho que não merece guarida a tese defensiva, pois há informação da Fazenda Nacional (fl. 75/6 do IPL 200871180013406), dando conta de uma dívida que remonta em R\$12.050,79, valor este apurado aos 08/2008.

Tal valor, indubitavelmente, não pode ser considerado singelo.

Reforço, contudo, que o entendimento externado naquele momento não reflete o posicionamento deste Juízo. Em primeiro lugar, porque tenho a convicção da aplicação do limite de R\$ 20.000,00, conforme já deliberado, o que sustentaria a declaração de atipicidade da conduta com base nos próprios valores declarados. Em segundo lugar, porque, respeitando-se posicionamentos diversos, entendo que os valores efetivamente constituídos pela sentença trabalhista são aqueles decorrentes do próprio acordo homologado.

Entretanto, mesmo que não se tomasse esse montante como parâmetro, e sim os citados R\$ 12.050,79, deve ser destacado que estes englobam multa e juros, o que é vedado pela jurisprudência. Assim, o pior cenário para a ré redundaria na consideração do montante de R\$ 7.793,38 (fl. 18, inq2, evento 10), valor ainda assim muito abaixo do parâmetro tido por este Juízo como justificador da criminalização.

Na situação em comento, verifico da página 27 do arquivo inq3 (evento 1) que o Juízo trabalhista determinou 'os recolhimentos previdenciários incidentes sobre R\$ 3.672,00'. Já na folha 30, a contadoria daquele juízo apresentou a quantia de R\$ 1.051,66 como sendo devida a título de contribuição previdenciária ao INSS, valor esse que torna a conduta da ré irrelevante para a seara penal.

Diante disso, reconhecida a aplicação do princípio da insignificância, mister seja a Ré absolvida, com base no art. 386, III, do CPP.

2.3.2 2º Fato - Art. 337-A, inciso I, do Código Penal

À acusada é imputada, também, a prática da conduta capitulada no artigo 337-A, inciso I, do CP:

Código Penal

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;

(...)

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

No caso dos autos, friso que o MPF atribuiu à ré a seguinte conduta na denúncia:

A denunciada MARLENE ELIANE NINOW, na condição de proprietária e gerente da empresa PEDRO NINOW-ME (CNPJ nº 03.821.344/0001-50), estabelecida na Rua Getúlio Vargas, s/n, ao lado do nº 393, cidade de Não-Me-Toque/RS, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, suprimiu contribuições previdenciárias, omitindo a empregada ADELAIDE CLACI STUMM GROSS da folha de pagamento da empresa, referentes ao período de 01/2004 a 11/2007. (grifei)

Já em sede de alegações finais, destacou o autor que (fl. 8):

Assim, o que houve não foi a omissão de empregados na folha de salários, como denunciado (art. 337-A, I, do Código Penal), mas, sim, a omissão de remuneração paga a um desses empregados, o que configura tipo penal próprio vez que os documentos trazidos pela representante quando da lavratura do boletim de ocorrência (dados do CNIS, antes mencionados) e pela própria ré quando do seu pedido de suspensão do feito (evento 35) demonstram a existência, ao menos em parte do período do vínculo laboral, da informação pela empresa ao INSS da existência de Adelaide como uma das suas empregadas, porém com 'base de cálculo para Previdência Social', ou seja, respectiva remuneração, zerada (evento 35, OUT2 e OUT3, pp. 1/5). (grifei)

Ainda que aparente ser mera alteração nas expressões empregadas, o Parquet faz uso, por linhas transversas, do instituto da *mutatio libelli*.

Com efeito, embora haja proximidade entre as condutas narradas, é fato que se tratam de ações distintas. Como bem salientado pelo próprio MPF, enquanto a omissão de empregados da folha da empresa enseja a capitulação no inciso I, a omissão da remuneração ensejaria a capitulação no inciso III.

Ocorre que, por se tratar de ações plenamente diferenciáveis entre si, não bastaria ao MPF apontar esse equívoco em sede de alegações finais, mas aditar sua denúncia, dando azo ao reinício da ação penal, e garantindo-se à ré todos os meios de defesa inerentes ao procedimento. Nesse sentido, cumpre destacar o teor do art. 384, do Código de Processo Penal:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no

prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

No presente caso, é inegável o prejuízo sofrido pela ré, que se defendeu expressamente quanto ao fato que lhe foi imputado na inicial (2º fato - omissão da empregada Adelaide Claci Stumm Gross da folha de pagamento da empresa), rechaçando a conduta que lhe foi atribuída em sede de interrogatório:

JUIZ: A senhora não assinava a carteira da dona Adelaide?

RÉ: Sim, ela tinha a carteira assinada.

JUIZ: Chegou a ter algum período sem carteira assinada?

RÉ: Não. Ela não.

JUIZ: A senhora confirma que o nome dela não estava na folha de pagamento da empresa?

RÉ: Como assim?

JUIZ: A senhora... Existe um segundo fato. Um fato é que a senhora descontava as contribuições... A empresa descontava as contribuições do salário dela...

RÉ: Sim.

JUIZ: E não recolhia para os cofres do INSS. O segundo fato é que era omitido da previdência social a condição de empregada a dona Adelaide.

RÉ: Não. Ela tinha a carteira assinada.

JUIZ: E ela constava na folha de pagamentos da empresa?

RÉ: Sim. 'incompreensível' saía folha de pagamento.

JUIZ: O INSS diz que não. Por isso que a senhora está sendo acusada de sonegação. Por isso são dois fatos. Não é um crime só, são dois crimes.

RÉ: Mas ela tinha folha de pagamento. E tinha registro na carteira também.

JUIZ: A senhora... E quanto é que a senhora pagava para ela de salário?

RÉ: Na época era piso de salário de costureira.

JUIZ: De quanto era?

RÉ: Eu não lembro valores agora. Mas era sempre valor de época. Que 'incompreensível' era o contador que fazia.

Penso, assim, não ser admissível que o órgão acusador, finda a instrução, postule a condenação por fato e fundamento jurídico diverso daquele contido na inicial. O equívoco se deu na descrição dos fatos, e não na mera capitulação da denúncia, mormente considerando que os documentos hábeis à formação da convicção já estavam à disposição do autor muito antes do encerramento da instrução processual, como o próprio MPF admite em suas alegações finais.

Não descuro, aliás, que compete tanto ao Ministério Público quanto ao próprio magistrado velar pelo correto andamento do feito, notadamente no que se refere à capitulação jurídica dos fatos. Assim, caso noticiado fato novo, teria cabimento intimação específica do órgão acusador para efetivação da *mutatio libelli*, sendo esse o procedimento adequado, via de regra, porque idealizado pelo Código de Processo Penal.

Entretanto, a peculiaridade que emerge desse caso é que o fato determinante para a alteração da descrição da conduta da ré, perpetrada pelo MPF, foi o depoimento defensivo da Sra. Marlene, que esvaiu a denúncia ao

refutar os argumentos tecidos pelo *Parquet* em sua inicial. Somado a isso, tem-se que não surgiram, de fato, elementos novos no processo.

Toda a prova já se encontrava suficientemente posta nos autos, e sobre ela pairou o convencimento do órgão acusador, não sendo o caso, assim, de aceitar-se a alteração da descrição dos fatos nesse momento conclusivo do processo. Com efeito, deveria o MPF, ao invés de apresentar alegações finais, ter requerido a aplicação do instituto da *mutatio libelli*, o que, entretanto, não ocorreu.

Por essa razão, a Ré merece ser absolvida novamente, desta vez com base no art. 386, II, do CPP.

3. Dispositivo

ISSO POSTO,

a) **ABSOLVO** a ré **MARLENE ELIANE NINOW**, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, da imputação relativa ao delito do artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP;

b) **ABSOLVO** a ré **MARLENE ELIANE NINOW**, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, da imputação relativa ao delito do artigo 337-A, do CP.

Em caso de interposição de recurso, e positivo o juízo de admissibilidade, subam os autos à Superior Instância.

Publicação e registro autuados eletronicamente. Intimem-se.

Carazinho, 31 de março de 2014.

STEFAN ESPIRITO SANTO HARTMANN
Juiz Federal Substituto

Documento eletrônico assinado por **STEFAN ESPIRITO SANTO HARTMANN, 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.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **10911534v19** e, se solicitado, do código CRC **378CA6DD**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Stefan Espirito Santo Hartmann

Data e Hora: 02/04/2014 16:09