

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5000923-89.2011.4.04.7118/RS

RELATOR : Juiz Federal MARCELO MALUCELLI

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELADO : MARLENE ELAINE NINOW

ADVOGADO : Antonio José Vilanova Audino

EMENTA

PENAL. CRIMES PREVIDENCIÁRIOS. ART. 168-A. ATIPICIDADE MATERIAL. ART. 337-A, INC. I. *ERROR IN PROCEDENDO*. INAPLICABILIDADE. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. INTIMAÇÃO.

1. Utiliza-se o critério de R\$ 20.000,00, previsto na Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda como limite mínimo para ajuizamento de execuções fiscais, para aplicabilidade do princípio da insignificância na esfera penal e afastar a tipicidade da conduta. 2. Na hipótese, a apropriação previdenciária ficou abaixo deste patamar, ensejando o reconhecimento do princípio bagatelar. 3. Ocorre *error in procedendo* quando o juiz viola norma processual no exercício de sua atividade jurisdicional, no curso procedimental ou na prolação de sentença, o que não se amolda à espécie. 4. Estando os fatos em desacordo com o exposto na denúncia, deveria o Ministério Público, na primeira oportunidade, deixar de ofertar memoriais e aditar a denúncia, nos termos do art. 384 do CPP. 5. Não se constituiria em obrigação do Magistrado intimar o órgão acusatório para que aditasse a denúncia, cabendo ao MP o ato processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sétima Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Porto Alegre, 14 de julho de 2015.

Marcelo Malucelli
Relator

Documento eletrônico assinado por **Marcelo Malucelli, Relator**, 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 **7209049v7** e, se solicitado, do código CRC **F1E8C93E**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Marcelo Malucelli

Data e Hora: 16/07/2015 09:55

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5000923-89.2011.4.04.7118/RS

RELATORA : Des. Federal CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELADO : MARLENE ELAINE NINOW

ADVOGADO : Antonio José Vilanova Audino

RELATÓRIO

O Ministério Público ofertou denúncia em desfavor de Marlene Eliane Ninow, dando-a como incurso na conduta descrita no art. 168-A, §1º, inciso I, art. 337-A, inciso I, c/c art. 71, todos do Código Penal.

A peça acusatória, recebida em 05/08/2011 (evento 04 do processo originário), narrou os fatos nas seguintes letras:

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).

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença (evento 81), publicada em 31/03/2014, julgando improcedente a pretensão punitiva do Estado para absolver Marlene Eliane Ninow de todas as imputações que lhe foram feitas, nos termos do art. 386, inc. II e III, do CPP.

Inconformado, o Ministério Público apelou (evento 84). Em suas razões, pugna pela condenação da acusada, afirmando que a absolvição, com lastro no princípio da insignificância, não encontra amparo na interpretação do ordenamento dada pelos Tribunais. Refere que, com apoio no entendimento da Corte Suprema, não se aplica a bagatela ao delito do art. 168-A, do Código Penal porque *'tutela interesse supraindividual de segurados, além do patrimônio da Previdência Social, não havendo que se falar de reduzido grau de reprovabilidade da conduta de quem retém dos empregados e terceiros as contribuições sociais, delas se apropria e não as recolhe a quem devido'*.

Sustenta que as contribuições sociais apuradas na reclamatória trabalhista alcançam R\$ 12.050,79 (doze mil e cinquenta reais e setenta e nove centavos), atualizados até a competência 08/2008 (Evento 10, INQ2, p. 14), excedendo, portanto, os R\$ 10.000,00 (dez mil reais), previstos como limite para arquivamento das execuções fiscais no art. 20, da Lei nº 10.522/02. Aduz que o novo parâmetro, utilizado pelo juízo para a absolvição da réu e reconhecimento da insignificância, não está previsto em lei, mas em norma infralegal, a Portaria nº 75, de 22/03/2012, do Ministério da Fazenda, que dispôs não haver interesse

fiscal nas execuções de débitos da Fazenda Nacional cujo valor consolidado seja inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Em relação à absolvição da conduta descrita no art. 337-A, inc. I, c/c art. 71, ambos do Código penal, entende que houve equívoco do Magistrado, porquanto *'entendeu tratar-se na espécie de mutatio libelli e deixou de intimar o Ministério Público Federal para que este, assim entendendo, promovesse o aditamento da denúncia ou, então, insistisse na imputação inicial, hipótese em que restaria ao juiz não a absolvição da acusada, mas a aplicação do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal com a remessa dos autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que teria palavra final acerca da imputação pelo órgão de acusação, abrindo-se, então, possibilidade do juízo fazer a análise de mérito pela absolvição ou condenação'*.

Requer a anulação do julgado monocrático, diante da existência de *erro in procedendo* ou, alternativamente, a condenação da acusada, nas sanções do art. 168-A, *caput* e § 1º, inciso I (por 47 vezes), bem como no art. 337-A, III (igualmente por 47 vezes), ambos c/c arts. 69 e 71, todos do Código Penal.

Apresentadas contrarrazões (evento 93).

O douto Procurador Regional da República, oficiando no feito, opinou pelo parcial provimento do recurso (evento 04 deste processo).

É o relatório.

À revisão.

CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI
Relatora

Documento eletrônico assinado por **CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, Relatora**, 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 **7209047v8** e, se solicitado, do código CRC **C0003382**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Cláudia Cristina Cristofani

Data e Hora: 17/06/2015 19:03

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5000923-89.2011.4.04.7118/RS

RELATOR : Juiz Federal MARCELO MALUCELLI

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELADO : MARLENE ELAINE NINOW

ADVOGADO : Antonio José Vilanova Audino

VOTO

Insurge-se o órgão ministerial contra a decisão que absolveu a ré, reconhecendo a insignificância da conduta, nos termos do patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto no art. 20 da Lei n.º 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Com relação à absolvição da conduta inserta no art. 337-I, do CP, requer a anulação do julgado monocrático, diante da existência de *erro in procedendo* ou, alternativamente, a condenação da acusada.

1. Do princípio da insignificância

Apesar da irresignação do Ministério Público, suas considerações não carecem de relevo. Com efeito, tal instituto tem larga utilização para se afastar do direito penal fatos que não produzam relevante lesão a determinado bem jurídico. Assim, exclui-se a tipicidade das condutas consideradas inexpressivas diante do ínfimo dano causado.

Vale destacar que não seria razoável, de um lado, a punição criminal de determinada conduta e, de outro, sua desconsideração em sede administrativa sob o pálio da sua irrelevância, em função da ausência de grave violação ao bem juridicamente tutelado. Em verdade, diante da seletividade do Direito Penal, deve ele abster-se de intervir em condutas irrelevantes e só atuar quando estritamente necessário, mantendo-se subsidiário e fragmentário.

A propósito, não desconheço que os Tribunais Superiores ainda não se manifestaram definitivamente sobre a questão, sequer havendo concordância quanto à aplicação do art. 20 da Lei nº 10.522/02 (R\$ 10.000,00) ou da Portaria nº 75, publicada em 26/03/2012. No entanto, não se trata de adotar critérios matemáticos para fundamentar uma decisão, mas, tão somente, observar a isonomia tributária. Ou seja, aplicar critério justo àqueles que se encontram em situações semelhantes.

Contudo, considerando que inexistente interesse na cobrança (via execução fiscal) de débitos em valor consolidado igual ou inferior a R\$

20.000,00 (vinte mil reais) deve ser este o patamar limitador, também, para intervenção do direito penal.

Aliás, veja-se o entendimento desta Corte:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO ART. 168-A, CAPUT, PARA O ART. 168-A, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. Tendo em vista que o valor das contribuições previdenciárias sonegadas aos cofres públicos é inferior ao marco de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), estabelecido na Portaria nº 75, do Ministério da Fazenda, resta autorizada a aplicação do princípio da insignificância, com a exclusão da tipicidade da conduta (TRF4, ACR 5001090-43.2010.404.7118, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Roberto Fernandes Júnior, juntado aos autos em 28/05/2015)

Mister salientar que, para exame da insignificância, deve ser analisado o valor consolidado do crédito tributário e não individualmente o de cada competência que o compõe, excluindo-se, apenas, os consectários legais.

Na hipótese dos autos, as contribuições sociais apuradas na reclamatória trabalhista nº 00342-2008-561-04-00-4 equivalem a **R\$ 12.050,79** (doze mil e cinquenta reais e setenta e nove centavos), atualizados até a competência 08/2008 (Evento 10, INQ2, p. 14), tornando cabível a incidência do aludido princípio.

Não desconheço que há a possibilidade de a Fazenda Nacional, ultrapassado o patamar estabelecido ou, ainda, anexando novos débitos, propor a execução fiscal, haja vista que eventual extinção do feito se dá sem baixa na distribuição. Por outro lado, à esfera penal, não é possível reconhecer e, uma vez manifestado o interesse do órgão fiscalizatório, afastar a incidência do princípio da insignificância penal.

Desse modo, mantém-se a absolvição da ré quanto ao delito inserto no art. 168-A, do Código Penal.

2. Da absolvição do delito contido no art. 337-A, inc. I

No que respeita a absolvição da conduta descrita no art. 337-I, do Código Penal, afirma o Ministério Público a existência de *erro in procedendo*, porquanto deveria o Magistrado intimar o órgão de acusação acerca do entendimento do juízo quanto à ocorrência de *mutatio libelli* havida nas alegações finais do *Parquet*, a fim de que se propiciasse ao titular da ação penal o aditamento da denúncia ou a insistência na imputação inicial, neste último caso, em havendo discordância do juízo quanto à capitulação, remeter o feito à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão.

Com efeito, *error in procedendo* ocorre quanto o juiz viola norma processual no exercício de sua atividade jurisdicional, no curso procedimental ou na prolação de sentença. Nesses casos, há vício formal, onde o julgador não observará os requisitos necessários para a prática de determinado ato.

Contrariamente, o Julgado singular realizou interpretação do direito, motivadamente, solvendo equívoco apontado pelo próprio órgão ministerial, em sede de memoriais (evento 73 do processo originário), referindo que *'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 (art. 337-A, III, do CP), 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)'*. Portanto, a hipótese que não se amolda ao caso dos autos.

Ora, estando os fatos em desacordo com o exposto na denúncia, deveria o Ministério Público, na primeira oportunidade, deixar de ofertar memoriais e aditar a denúncia, nos termos do art. 384 do CPP, a fim de possibilitar ao réu o exercício do contraditório e ampla defesa. Dessa maneira, não carece de reparos o julgado.

A propósito, vejamos:

27. A hipótese de incidência do artigo 384, CPP (mutatio libelli) é legalmente condicionada à possibilidade de "nova definição jurídica do fato". Porém, deve ser aplicada mesmo na hipótese de não haver modificação do nomen juris do tipo penal que incrimina a conduta, bastando qualquer configuração jurídica substancialmente distinta (o que inclui alterações no verbo-núcleo da imputação), ainda que contida num mesmo preceito incriminador. (TRF4, ACR 0005671-89.2005.404.7110, Sétima Turma, Relator Danilo Pereira Junior, D.E. 12/03/2015)

PENAL. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM AUTORIZAÇÃO PARA FINS DE USO PESSOAL. ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 709 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. 1. A emendatio e a mutatio libelli são institutos processuais dos quais pode se valer o magistrado quando da prolação da sentença. Excepcionalmente, dita modificação pode ocorrer em momento anterior àquela, à míngua de previsão legal para tanto, na hipótese de flagrante

ilegalidade ou incorreção dos dispositivos apontados pelo acusador, mormente se o enquadramento típico manifestamente equivocado obstar a proposta de benefício legal. Precedentes. (...). (TRF4 5009898-55.2014.404.7002, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Victor Luiz dos Santos Laus, juntado aos autos em 23/03/2015)

Por fim, vale ressaltar que **não se constituiria em obrigação, mas mera faculdade**, do Magistrado intimar o órgão acusatório para que aditasse a denúncia. Ao revés, verificando o Ministério Público que os fatos narrados na exordial acusatória estavam em desacordo com aqueles apurados durante a instrução processual, deveria aditar a denúncia e não oferecer memoriais, como na hipótese.

Aliás, esta é a nova redação conferida ao art. 384, do CPP:

*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. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*

Neste sentido:

*HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ART. 384 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADITAMENTO À DENÚNCIA. PROCESSUAL PENAL. OBRIGATORIEDADE DE DEFESA PRÉVIA. ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. O Juiz **pode** enviar os autos para o Ministério Público para eventual aditamento da denúncia assim que verifique que elementos essenciais do tipo não foram descritos na inicial. Cabível a determinação, em razão da verificação da ocorrência do instituto da mutatio libelli, em momento anterior à prolação da sentença (...). (TRF4, HC 5016124-33.2014.404.0000, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Márcio Antônio Rocha, juntado aos autos em 14/08/2014)*

*DIREITO PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 384 DO CPP. MUTATIO LIBELLI. ENVIO PARA ADITAMENTO DA DENÚNCIA ANTES DO ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. O Juiz **pode** enviar os autos para o Ministério Público para eventual aditamento da denúncia assim que verifique que elementos essenciais do tipo não foram descritos na inicial. 2. Por razões de economia processual e em face da ausência de prejuízo à defesa, não se impõe que o juiz aguarde o encerramento da instrução quando já disponha de elementos probatórios que ensejem a mutatio libelli. (HC Nº 5006880-80.2014.404.0000, 8ª TURMA,*

Des. Federal LEANDRO PAULSEN, por unanimidade, juntado aos autos em 16/05/2014)(Grifo nosso)

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Marcelo Malucelli
Relator

Documento eletrônico assinado por **Marcelo Malucelli, Relator**, 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 **7209048v7** e, se solicitado, do código CRC **8970AD38**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Marcelo Malucelli

Data e Hora: 16/07/2015 09:55

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 14/07/2015
APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5000923-89.2011.4.04.7118/RS
ORIGEM: RS 50009238920114047118

RELATOR : Juiz Federal MARCELO MALUCELLI
PRESIDENTE : Des. Federal Sebastião Ogê Muniz
PROCURADOR : Dr. Ipojuca Corvello Borba
REVISOR : Des. Federal SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : MARLENE ELAINE NINOW
ADVOGADO : Antonio José Vilanova Audino

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 14/07/2015, na seqüência 22, disponibilizada no DE de 29/06/2015, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e a DEFENSORIA PÚBLICA.

Certifico que o(a) 7ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

RELATOR : Juiz Federal MARCELO MALUCELLI

ACÓRDÃO

VOTANTE(S) : Juiz Federal MARCELO MALUCELLI
: Des. Federal SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ
: Des. Federal MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA

Maria Alice Schiavon
Secretária

Documento eletrônico assinado por **Maria Alice Schiavon, Secretária**, 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 **7690276v1** e, se solicitado, do código CRC **8A695AC1**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Maria Alice Schiavon

Data e Hora: 14/07/2015 17:57
