

HABEAS CORPUS

APELAÇÃO

Recurso 08196348720184058100
Tribunal TRF5
Relator Desembargador Federal Andre Luis Maia Tobias Granja (Convocado)
Julgado em 19/06/2023

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES TRIBUTÁRIOS. ART. 168-A DO CPB, ART. 337-A DO CPB E ART.

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES TRIBUTÁRIOS. ART. 168-A DO CPB, ART. 337-A DO CPB E ART. 1 DA LEI 8.137/90. CONDENAÇÃO DE APENAS UM RÉU. CONCURSO FORMAL E MATERIAL. PENA DE 08 ANOS DE RECLUSÃO ALÉM DE MULTA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. REQUERIMENTO DE CONDENAÇÃO DE OUTRO RÉU EM CONCURSO DE PESSOAS. APELO DA DEFESA. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA, INÉPCIA DA INICIAL E NULIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. APELO DA ACUSAÇÃO IMPROVIDO. APELO DA DEFESA PROVIDO.

1.

Trata-se de apelações criminais apresentadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela defesa de THIAGO CAPELO TAVARES em face de sentença proferida pelo Juízo Federal da 32ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, que julgou parcialmente procedente a denúncia para absolver MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES e JOÃO BOSCO TAVARES e condenar THIAGO CAPELO TAVARES pela prática dos delitos capitulados nos arts. 168-A, no art. 337-A, III, ambos do Código Penal, e no art. 1º, I, da Lei Federal nº 8.137/1990.

2. Segundo a denúncia, a empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA - administrada pelos três réus - teria deixado de repassar integralmente ao INSS os valores referentes às contribuições previdenciárias descontadas dos seus empregados, entre janeiro e dezembro de 2011, conduta que se enquadra em tese no art. 168-A do Código Penal.

3. Além disso, a auditoria concluíra que as declarações em GFIP não representavam a totalidade dos valores e informações constantes nas folhas de pagamento do contribuinte, conduta que configura sonegação de contribuição previdenciária, capitulada no art. 337-A, III, do Código Penal.

4. A omissão de informações em GFIP acima mencionada resultou ainda em sonegação de contribuições destinadas ao FNDE, INCRA, SENAC e SEBRAE, conduta que se enquadra em tese no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990.

5. Assim sendo, o MPF requereu a condenação dos três réus pelos três tipos penais, em concurso formal e material.

6. Após a instrução processual penal, o juízo entendeu que apenas THIAGO, na condição de administrador da empresa, havia perpetrado os crimes, motivo pelo qual o condenou à pena de 08 anos de reclusão, além

de multa (ID 4058100.17870399).

7. Irresignado, o MPF apelou aduzindo que, ao reverso do sustentado na sentença, havia provas suficientes de que JOÃO BOSCO TAVARES também havia perpetrado os crimes, motivo pelo qual requereu sua condenação pela prática dos delitos capitulados nos arts. 168-A e 337-A, III, ambos do Código Penal, e art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990.

8. Também inconformado, THIAGO CAPELO TAVARES apresentou apelo aduzindo, em síntese: 1) em sede preliminar, a nulidade da sentença penal condenatória, por ofensa ao contraditório e à ampla defesa, bem como por violação ao princípio da correlação; 2) a ausência de provas da autoria, devendo ser absolvido com base no art. 386, inciso IV, do CPB, ou, no mínimo pela aplicação do princípio do in dubio pro reo; 2) ausência de provas da materialidade delitiva ante o pagamento e a prescrição; 3) subsidiariamente, requereu o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos do art. 168-A e 337-A, do Código Penal, bem como a continuidade delitiva entre o delito do art. 337-A, inciso II, do Código Penal e no art. 1º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

9. Rememorado em síntese, passemos às preliminares aventadas pela defesa de THIAGO.

10. Para afastá-las, iremos nos valer das bem traçadas linhas trazidas pela Douta PRR que, de forma cautelosa e bem fundamentada, assim destacou:

B) Da Apelação de Thiago Capelo Tavares:

O Apelante alega, preliminarmente, a nulidade da Sentença por cerceamento de defesa, em razão da mutatio libelli realizada pelo Ministério Público Federal quando do oferecimento das Alegações Finais, sendo, em seguida, proferida a Sentença penal condenatória, sem instalação do contraditório e da ampla defesa, e por violação ao princípio da correlação.

De proêmio, para bem analisar se houve prejuízo à defesa, cumpre distinguir os institutos da emendatio libelli e da mutatio libelli.

A emendatio libelli consiste em uma simples operação de emenda ou corrigenda da acusação no aspecto da qualificação jurídica do fato. O juízo, de primeira ou de segunda instância (este último, desde que não implique reformatio in pejus - art. 617, in fine, do CPP), pode conferir aos fatos descritos na denúncia definição jurídica diversa daquela proposta pelo acusador, tipificando os fatos em outro crime, diferente do proposto na denúncia, ainda que resulte em pena mais grave, sendo desnecessário baixar os autos para novo pronunciamento da defesa. Pois, conforme brocardo consagrado em nosso sistema, o juiz conhece o direito (jura novit curia), e o réu defende-se dos fatos (e não de sua qualificação jurídica), de modo que não existiria, aqui, aditamento da acusação em desfavor do réu. Seguiu, pois, o legislador no art. 383, do CPP, a máxima de que não havendo alteração dos fatos que serão considerados na sentença, faz-se desnecessário intimar as partes sobre a sua reclassificação jurídica.

A mutatio libelli, prevista no art. 384, do CPP, é a alteração do conteúdo da peça acusatória, a mudança dos fatos narrados na denúncia/queixa, no curso do processo, pela existência de novas provas contra o réu que possam levar a uma condenação por delito diverso. A razão do instituto é impedir julgamentos além daquilo que foi pleiteado. A partir da Lei n. 11.719/2008, sempre deverá existir aditamento da denúncia pelo Ministério Público, independentemente de a nova definição aumentar ou diminuir a pena, possibilitando, ainda, nova produção de provas.

No caso em tela, vê-se que o Ministério Público Federal não alterou os fatos narrados na Inicial, isto é, não houve a inclusão ou alteração de qualquer elemento fático. Ao revés, o representante ministerial apenas modificou o tipo imputado na Denúncia, tendo em vista as mesmas condutas delituosas descritas na Inicial, por entender que os fatos narrados se amoldam com mais justeza à capitulação constante em outro inciso, do mesmo artigo, da norma penal.

Desta feita, há nítida ocorrência da *emendatio libelli* e não da *mutatio libelli*, não havendo, pois, a necessidade de intimação da defesa acerca da mudança na capitulação, pelos motivos acima elencados. Assim, não restou demonstrado que houve cerceamento do direito de defesa do ora Apelante, de modo que não merece prosperar o apelo do Réu para que a Sentença seja anulada.

Eugênio Pacelli e Douglas Fischer ensinam que apontado "o fato supostamente delituoso, cumpre ao juiz, qualquer que seja o entendimento da acusação acerca do direito aplicável, proferir sentença nos limites da lei."

Incabível, portanto, a irresignação do Apelante de nulidade da Sentença, seja pela *emendatio libelli*, seja pela alegação de violação ao princípio da congruência, eis que o Réu se defende dos fatos narrados e não dos dispositivos legais consignados na Denúncia.

O ora Apelante argui também a inépcia da Denúncia, com fulcro no art. 395, I, do Código de Processo Penal, por ser genérica e baseada na inconstitucional responsabilidade objetiva, pois não descreve a conduta do Apelante para "acusá-lo de crimes societários nem foi apresentado qualquer elemento que demonstrasse a responsabilidade pessoal do Apelante pelas supostas infrações."

O recebimento da denúncia, segundo a boa doutrina e na expressão de Frederico Marques, "... é o ato em que se declara, pelo menos "sub intelligenda", a existência das condições de procedibilidade, envolve a afirmativa de que a acusação não é manifestamente improcedente ..." - Diz, ainda, que tal ato "... encerra somente um juízo de admissibilidade quanto à regularidade formal da denúncia, viabilidade da relação processual e viabilidade do direito de ação" - (Marques, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, p.361 e 160/161).

De acordo com o art. 41, do Código de Processo Penal, abaixo transcrito, a denúncia conterá a exposição do fato criminoso, com as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime, e, quando necessário, o rol de testemunhas. Nota-se, pois, que a denúncia preencheu todos os requisitos legais exigidos. A bem elaborada peça de pórtico detalha o envolvimento de todos os Denunciados, individualizando a conduta de cada um.

O art. 41, do Código de Processo Penal estabelece:

Art.

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

E, ainda, o art. 395, do Estatuto Processual Penal, prescreve:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I — for manifestamente inepta;

II — faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III — faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Não se enquadrando em nenhuma das hipóteses acima, não há porque arguir a inépcia da Inicial acusatória. Colho da oportunidade para colacionar os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. FALSIDADE DE DOCUMENTO PÚBLICO. ART. 297 DO CPB. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. NÃO CONFIGURADA. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS. AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 62, INCISO I, DO CPB, QUE NÃO SE APLICA À HIPÓTESE. [...] SÚMULA 497 DO STF. APELAÇÃO DO MPF NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDA..

1. Inicial do órgão do Parquet que preencheu os requisitos necessários ao seu conhecimento (art. 41 do CPP), expondo o fato ocorrido, suas circunstâncias e indicando o apelante como corréu do delito cometido. A denúncia faz menção ao elemento de prova indiciária no qual se amparou para concluir pela acusação em desfavor do apelante, não havendo que se falar em inépcia da inicial. Não se tratou de denúncia evasiva, tendo o Parquet individualizado os fatos, dando-lhes características de concretude, ao menos para o exame que deve ser feito por ocasião do recebimento, ou não, de referida peça, em que vigora o princípio do in dubio pro societatis.

[...]. (ACR 00036570320144058400, Desembargador Federal Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 19/12/2016 - Página: 107) (grifei)

PROCESSO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE RECURSAL. IMPROCEDÊNCIA.

1. Não há falar em nulidade da decisão que inadmitiu o recurso especial, em razão de impedimento de Desembargador que participara de julgamento anterior de habeas corpus referente a mesma ação penal, tendo em vista que a decisão aqui atacada não examina o mérito do aresto recorrido, mas tão-somente os requisitos legais para o recebimento do apelo nobre.

INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO VERIFICAÇÃO. CRIMES SOCIETÁRIOS. MITIGAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS CONTIDAS NO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 83/STJ. ALEGAÇÃO PRECLUSA. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que, nos crimes societários, pode ser mitigada a exigência contida no art. 41 do Código de Processo Penal, diante da dificuldade de descrição pormenorizada da conduta de cada sócio.

3. Acórdão objurgado que está em consonância com a jurisprudência deste Sodalício.

4. Não obstante, com o advento de sentença condenatória ocorreu a preclusão consumativa da tese de inépcia da denúncia, de acordo com o entendimento pacificado deste Superior Tribunal de Justiça. [...] (AGA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ARTS. 33 C/C 40, I, DA LEI 11.343/2006). USO DE DOCUMENTOS FALSOS (ART. 304 C/C 297, DO CP). INÉPCIA DA DENÚNCIA E DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AO REGIME INICIAL FECHADO. IMPROCEDÊNCIA. [IMPROVIMENTO.

- Não pode ser tachada de inepta a denúncia cujo quadro fático foi o suficiente para que os acusados pudessem defender-se em juízo, já que permitiu a adequação típica (tráfico internacional de entorpecentes e delitos associados), o reconhecimento do nexos causal (cada acusado embarcando para o exterior com droga em suas malas), bem como a delimitação e especificação das condutas (cada acusado, em conluio com o restante do grupo, consentiu em viajar para o exterior transportando droga em suas bagagens, ciente de que as malas continham tal produto).

[...] (ACR 200881000008923, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::07/10/2010 - Página: 532.)

Pelo exposto, não há que se falar em inépcia da Exordial acusatória, e, conforme entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, "com o advento de sentença condenatória ocorreu a preclusão consumativa da tese de inépcia da denúncia."

Argumenta, também, o Recorrente que a Denúncia baseou-se na Representação Fiscal para Fins Penais nº 10380.728320/2014-68, defendendo que tal processo administrativo é manifestamente nulo, eis que violou o princípio da legalidade e o devido processo legal. Afirma que pairam dúvidas na dita Representação Fiscal acerca do valor devido no tributo, bem como dúvidas na identificação de matéria tributável. Diz que os "autos de infração carreados aos autos devem ser declarados nulos e/ou inidôneo para embasar um decreto condenatório".

Alega, ainda, a ocorrência da prescrição pelo decurso do quinquênio legal, prescrição esta que projeta seus efeitos na esfera penal. No mérito, argui a ausência de autoria e materialidade delitiva

Com relação à duvidosa constituição do crédito tributário e à ocorrência da prescrição da exigibilidade do crédito tributário em questão, bem como o efetivo pagamento do débito, não prosperam tais argumentos do Apelante.

Com efeito, o crédito tributário foi devidamente constituído, e pelas provas carreadas ao feito, restou demonstrada sua efetiva consumação. No curso do processo o MM. Juiz de piso refutou a tese defendida pelo Recorrente, motivo pelo qual colho da oportunidade para transcrever alguns trechos de Decisão proferida no primeiro grau:

2.2. DISCUSSÃO SOBRE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Conforme alegado pelo Ministério Público Federal, a ação penal não é a via adequada para discussão da validade da constituição do crédito tributário. Neste sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

A tese de nulidade do procedimento fiscal não pode ser dirimida no bojo da ação penal, na qual a Fazenda Pública não é parte ou exerce o contraditório, porquanto o Juízo criminal não possui competência para

anular o lançamento tributário, passível de revisão apenas por meio de recurso administrativo, ação cível ou mandado de segurança. (RHC 201501708386, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:02/05/2016 ..DTPB:.)

Como no caso em apreço não há notícia sequer de que esteja sendo travada discussão relevante acerca da legalidade do lançamento empreendido na esfera pertinente, não há razão nem mesmo para a suspensão da ação criminal, já que, como destacado, a simples alegação de nulidade do ato administrativo não é fundamento para embasá-la.

Pelo exposto, deixo de conhecer dos argumentos relacionados à validade dos lançamentos tributários, cabendo ao acusado, se entender conveniente, direcioná-los à via adequada.

Também na Sentença penal objurgada, o Magistrado a quo rechaçou o argumento do Apelante, deixando de forma clara que nesta Ação Penal não se discute a validade da constituição do crédito tributário, pois este deve ser discutido no processo administrativo, ou na seara cível.

Por oportuno, colaciono os seguintes excertos:

2.2.1 VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Quanto às discussões sobre a regularidade da constituição do crédito tributário, ratifico as diversas decisões proferidas no curso do presente feito, no sentido de que a ação penal não é a via adequada para discussão da validade da constituição do crédito tributário. Neste sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

A tese de nulidade do procedimento fiscal não pode ser dirimida no bojo da ação penal, na qual a Fazenda Pública não é parte ou exerce o contraditório, porquanto o Juízo criminal não possui competência para anular o lançamento tributário, passível de revisão apenas por meio de recurso administrativo, ação cível ou mandado de segurança. (RHC 201501708386, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:02/05/2016 .. DTPB:.)

Convém relatar que o réu THIAGO CAPELO TAVARES impetrou o habeas corpus de nº 0806432-59.2019.4.05.0000 com os mesmos fundamentos, tendo o feito sido julgado improcedente pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com trânsito em julgado.

11. Como se infere com clareza, não prosperam as questões preliminares aventadas pela defesa, motivo pelo qual, afastando-as, passa-se a examinar o mérito dos apelos.

12. Como visto e já destacado no prevê resumo dos apelos, tanto o MPF quanto a defesa de THIAGO discutem a presença/ausência de provas no que toca à autoria delitiva.

13. Assim sendo, passamos, em um só tempo, a analisar a sentença e perquirir se, de sua fundamentação, restou ou não suficientemente esclarecida a autoria delitiva, quer no sentido sustentado pela defesa, quer pela acusação.

S E N T E N Ç A

1. BREVE RELATO

Trata-se de ação penal originariamente ajuizada em desfavor apenas de THIAGO CAPELO TAVARES pela prática de crime tributário na condição de administrador da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA.

Narra a inicial acusatória que THIAGO CAPELO TAVARES, na condição de sócio-administrador da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA, foi o responsável pela ausência de repasse das contribuições previdenciárias já descontadas dos seus empregados, bem como pela sonegação de informações que resultaram em supressão ou diminuição de tributos, entre janeiro e dezembro de 2011.

A denúncia veio acompanhada do Procedimento Investigatório de nº 0819013-90.2018.4.05.8100.

Recebimento da denúncia em 05.12.2018, através da decisão de ID nº 4058100.14372220.

Devidamente citado, o réu apresentou resposta à acusação através do documento de ID nº 4058100.15125972. Em suma, defendeu a tese de irregularidade da constituição do crédito tributário e pugnou pelo reconhecimento da prescrição virtual das condutas imputadas.

Através da decisão de ID nº 4058100.15306323, este juízo rejeitou as teses de prescrição e de prescrição virtual, deixando de conhecer os argumentos de irregularidade na constituição do crédito tributário, por não ser a ação penal a via adequada para este fim.

A defesa então opôs embargos de declaração, alegando que a decisão foi omissa por não apreciar a irregularidade na constituição do crédito tributário. Ato contínuo, apresentou uma petição alegando a decadência dos créditos tributários.

Através da decisão de ID nº 4058100.15415003, este juízo julgou improcedente os embargos, sob o argumento de que não houve omissão, já que a decisão se manifestou sobre o ponto, afirmando que a ação penal não é a via adequada para a discussão da validade de créditos tributários. O mesmo vale para a alegação de decadência que, pelos mesmos motivos, foi indeferida.

Audiência de instrução realizada em 25.06.2019, em que uma testemunha de acusação foi ouvida e interrogado o réu (ID nº 4058100.15725497).

Concluída a instrução criminal em relação ao réu THIAGO CAPELO TAVARES, foi apresentado aditamento à denúncia para inclusão dos denunciados JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES (ID 4058100.15795241), bem como pedido de alteração da imputação em relação a THIAGO CAPELO TAVARES, que, segundo o novo entendimento do Ministério Público Federal, teria atuado como mero partícipe (art. 29 do Código de Processo Penal).

No referido aditamento, o Ministério Público Federal requereu que, quando da realização da audiência de instrução, houvesse a reinquirição da testemunha de acusação, a oitiva da testemunha Gilson Silva de Castro, contador da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA - ME, o interrogatório dos réus aditados e, caso o juízo entendesse, novo interrogatório do réu originário.

Através da decisão de ID 4058100.15958306, este juízo recebeu o aditamento em relação aos réus JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES, para incluí-los no polo passivo da presente ação penal, mas rejeitou o aditamento quanto à alteração da imputação em desfavor de THIAGO CAPELO

TAVARES.

Apresentadas as respostas à acusação através do mesmo advogado do réu THIAGO CAPELO TAVARES, e verificada a existência de interesses conflitantes, determinou-se que os réus JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES constituíssem novo advogado para apresentar defesa (4058100.16233214).

A defesa dos acusados MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES e JOÃO BOSCO TAVARES, nas respostas à acusação ID 4058100.16433351 e ID 4058100.164333835, questionou a constituição do crédito tributário, aduzindo a ocorrência de prescrição da exigibilidade do crédito tributário, o efetivo pagamento, a inobservância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no procedimento administrativo fiscal. Requeveu, em sede de preliminar, o sobrestamento da Ação penal até decisão final na Ação Anulatória nº 0815852-38.2019.4.05.8100, que tramita na 9ª Vara desta seção Judiciária.

O recebimento da denúncia e do aditamento foram ratificados por este juízo (ID nº 4058100.16644144).

A defesa de THIAGO CAPELO TAVARES e posteriormente a defesa de JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES apresentaram embargos de declaração contra a mencionada decisão. Diante da manifesta improcedência, este juízo decidiu sem sequer ter intimado o Ministério Público Federal, rejeitando ambos os embargos (ID 4058100.16710882 e 4058100.16729410).

A audiência de instrução teve início no dia 09.01.2020, ocasião em que a testemunha de acusação GILSON SILVA DE CASTRO foi ouvida (ID nº 4058100.17160498).

A audiência de instrução teve continuidade no dia 13.02.2020, ocasião em que a testemunha de acusação JOSÉ PINTO DE OLIVEIRA FILHO foi ouvida, bem como interrogados os réus.

O Ministério Público Federal apresentou memoriais através do documento de ID nº 4058100.17443456. Em suma, aduziu que restaram comprovadas a materialidade e a autoria do delito em relação aos três acusados. Segundo a acusação, o réu THIAGO CAPELO TAVARES teria entrado em contradição em seu segundo interrogatório, tentando fazer parecer que sequer sabia da existência da fiscalização tributária à época dos fatos, quando em seu primeiro interrogatório teria afirmado o contrário, tendo inclusive declarado que assinou documentos referentes à atuação do fisco; que estaria fazendo isso para demonstrar que estava afastado da empresa, com o propósito de escapar da condenação; e que o fato de ter continuado a receber pro-labore durante o período da fiscalização também demonstra que ele estava em atividade na empresa à época dos fatos. Já em relação ao réu JOÃO BOSCO TAVARES, ele teria confessado ser o responsável pela administração da empresa, tendo ademais o contador dito que tratava diretamente com ele. Por fim, quanto a MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES, em que pese ela tenha negado em audiência que participava da administração da empresa, os dois corréus declararam que era ela quem cuidava da parte financeira, de modo a atrair sua responsabilidade pelo crime tributário em exame.

Em sede de memoriais, a defesa de THIAGO CAPELO TAVARES alegou, em síntese, que a denúncia é inepta, por ser genérica; que o processo administrativo que deu origem ao crédito tributário é nulo; que a testemunha GILSON SILVA DE CASTRO foi ouvida indevidamente como testemunha de acusação, solicitando nova oitiva e anulação de todos os atos praticados após a primeira oitiva; que THIAGO não era responsável pela administração da empresa à época dos fatos, conforme inclusive declarado pela testemunha GILSON SILVA DE CASTRO; e que a constituição do crédito tributário se deu de maneira indevida.

Por fim, a defesa de JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES alegou que a denúncia é inepta, por ser genérica; que a testemunha GILSON SILVA DE CASTRO foi ouvida indevidamente como testemunha de acusação, solicitando nova oitiva e anulação de todos os atos praticados após a primeira oitiva; que houve prescrição do crédito tributário; que seja aplicado o princípio da consunção para reconhecer que o crime do art. 337-A foi mero crime-meio para a prática do crime-fim do art. 168-A, ambos do Código de Processo Penal; e que o crédito foi constituído indevidamente.

É o relato necessário. DECIDO.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 NULIDADE DA OITIVA DA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO

As defesas dos acusados alegaram que houve nulidade na oitiva de GILSON SILVA DE CASTRO, em razão de ele ter sido ouvido como testemunha de acusação e não de defesa, já que ele teria sido arrolado também pela defesa.

Ainda antes da conclusão da instrução, a defesa de JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES, através da petição de ID nº 4058100.16722127, opôs embargos de declaração contra decisão deste juízo, alegando, entre outras coisas, omissão quanto à natureza da testemunha GILSON SILVA DE CASTRO, se de defesa ou de acusação, já que a defesa de THIAGO o teria arrolado como testemunha de defesa por ocasião da primeira audiência de instrução, ocorrida em junho de 2019.

Através da decisão de ID nº 4058100.16729410, este juízo consignou que não havia registro nos autos de que a defesa de THIAGO havia arrolado GILSON SILVA DE CASTRO, contador da empresa, como testemunha. Referida informação não constava do termo de audiência, nem tampouco do registro audiovisual.

Por outro lado, o Ministério Público Federal havia arrolado o referido contador como testemunha no aditamento à denúncia (ID nº 4058100.15795241).

Diante da ausência do pedido de oitiva do contador como testemunha de defesa, os embargos foram julgados improcedentes, diante da evidente inexistência de omissão.

Esta questão foi novamente posta por ocasião da audiência, tendo este juízo mais uma vez indeferido o pedido da defesa.

Ratifico mais uma vez a mencionada decisão por entender que não houve qualquer irregularidade no procedimento adotado por este juízo. Ademais, não decorreu nenhum prejuízo para a defesa do fato de GILSON SILVA DE CASTRO ter sido ouvido como testemunha de acusação e não de defesa.

A própria defesa não relatou prejuízos sofridos em razão da alegada irregularidade procedimental, ônus que cabe a quem alega a nulidade.

2.2 MATERIALIDADE

Imputa-se ao acusado o cometimento dos crimes de apropriação indébita previdenciária, sonegação de

contribuição previdenciária e sonegação tributária previstos no art. 168-A e art. 337-A, ambos do Código Penal, e no art. 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.137/1990, in verbis:

Apropriação indébita previdenciária (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Sonegação de contribuição previdenciária (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

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; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II — deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III — omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Lei Federal nº 8.137/1990

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.

Segundo a denúncia, a empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA deixou de repassar integralmente ao INSS os valores referentes às contribuições previdenciárias descontadas dos seus empregados, entre janeiro e dezembro de 2011, conduta que enquadra em tese no art. 168-A do Código Penal.

Além disso, a auditoria concluiu que as declarações em GFIP não representavam a totalidade dos valores e informações constantes nas folhas de pagamento do contribuinte, conduta que configura sonegação de contribuição previdenciária, capitulada no art. 337-A, III, do Código Penal.

A omissão de informações em GFIP acima mencionada resultou ainda em sonegação de contribuições destinadas ao FNDE, INCRA, SENAC e SEBRAE, conduta que se enquadra em tese no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990.

Esses fatos foram apurados no âmbito de auditoria da Receita Federal e encontram-se descritos na Representação Fiscal para Fins Penais de nº 10380.728320/2014-68 (Procedimento Investigatório Criminal de nº 0819013-90.2018.4.05.8100, documento de ID nº 4058100.13647140, páginas 8-11), que descreve os delitos tributários apurados no âmbito do Procedimento Administrativo Fiscal nº 10380.728319/2014-33.

A materialidade do delito em comento encontra-se comprovada através do ofício da Procuradoria da Fazenda Nacional que indica que os débitos objeto desta ação penal, decorrentes do Procedimento Administrativo Fiscal nº 10380.728319/2014-33, encontram-se inscritos em dívida ativa e na situação ativa, sem indicativo de parcelamento (ID nº 4058100.13647547, página 9).

2.2.1 VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Quanto às discussões sobre a regularidade da constituição do crédito tributário, ratifico as diversas decisões proferidas no curso do presente feito, no sentido de que a ação penal não é a via adequada para discussão da validade da constituição do crédito tributário. Neste sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

A tese de nulidade do procedimento fiscal não pode ser dirimida no bojo da ação penal, na qual a Fazenda Pública não é parte ou exerce o contraditório, porquanto o Juízo criminal não possui competência para anular o lançamento tributário, passível de revisão apenas por meio de recurso administrativo, ação cível ou mandado de segurança. (RHC 201501708386, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:02/05/2016 ..DTPB:.)

Convém relatar que o réu THIAGO CAPELO TAVARES impetrou o habeas corpus de nº 0806432-59.2019.4.05.0000 com os mesmos fundamentos, tendo o feito sido julgado improcedente pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com trânsito em julgado.

Resta verificar, portanto, a autoria do delito acima enunciado.

2.3 AUTORIA

Consta do Procedimento Investigatório de nº 0819013-90.2018.4.05.8100, que instruiu a denúncia, cópia do terceiro aditivo ao contrato social da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA, em vigor à época dos fatos, que identifica como sócios os três réus, THIAGO CAPELO TAVARES, JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES, mas como sócio-administrador apenas a pessoa de THIAGO CAPELO TAVARES (ID nº 4058100.13647140, páginas 52-53).

Em razão disso, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor unicamente de THIAGO CAPELO TAVARES. Entretanto, por ocasião da audiência de instrução, THIAGO declarou que já havia se afastado da empresa à época dos fatos, tendo a administração ficado a cargo de seus pais, JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES, motivo pelo qual a denúncia foi aditada para incluir esses últimos como réus.

O aditamento foi acatado por este juízo para inclusão dos réus, mas o pedido de alteração da capitulação

jurídica em relação a THIAGO, imputando a ele mera participação no delito em análise, foi rejeitado, tudo conforme narrado no relatório supra.

Em razão disso, foi realizada outra audiência de instrução, desta feita com a participação dos novos réus. Passo a transcrever os depoimentos prestados nas audiências.

Audiência ocorrida em 25.06.2019.

JOSÉ PINTO DE OLIVEIRA FILHO, testemunha de acusação, declarou que foi o auditor fiscal responsável pela fiscalização da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA; que a fiscalização foi atendida pelo procurador da empresa, que era também contador da empresa; que, pelo que se recorda, o depoente não compareceu à empresa, tão somente requisitou documentos, que foi entregue pelo Sr. GILSON, contador e procurador, à Receita Federal.

Questionado pelo membro do Ministério Público Federal, declarou que não se recorda de ter mantido contato com algum diretor da empresa; que não se recorda de o contador ter afirmado que a empresa estava passando por dificuldades financeiras.

Questionado pela defesa, declarou que entrou em contato com a empresa e lhe foi indicado que quem trataria do assunto seria o Sr. GILSON; que ele compareceu a receita com uma procuração para representar a empresa.

Em seu interrogatório, o réu THIAGO CAPELO TAVARES alegou que a empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA é de constituição familiar, tendo como sócios, além do próprio acusado, os seus pais, JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES; que referida empresa foi constituída, salvo engano, por volta do ano de 2004; que no final do ano de 2009 o réu se ausentou da administração da empresa, porque adquiriu uma empresa de segurança privada, passando a se concentrar exclusivamente nela; que, assim, ele não estava trabalhando efetivamente na empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA em 2011, à época dos fatos, apesar de constar formalmente como sócio-administrador; que, quando estava na empresa, a divisão de tarefa era a seguinte: o depoente trabalhava com a parte operacional, JOÃO BOSCO TAVARES cuidava da parte administrativa e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES cuidava da parte financeira; que, em sua ausência, quem passou a cuidar da administração da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA foram seus pais, JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES; que a empresa foi inicialmente constituída pelo réu e mais dois outros sócios e apenas posteriormente, com a saída desses sócios, seus pais passaram a integrar o quadro societário da empresa; que continuou formalmente como administrador da empresa, apesar de se encontrar afastado de fato, porque seus pais possuíam impedimentos legais para ocupar essa posição: sua mãe, MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES, porque era funcionária pública, e seu pai, JOÃO BOSCO TAVARES, porque possuía uma outra empresa vinculada ao SIMPLES; que a formalização da saída do acusado da empresa só foi realizada no ano de 2013, apesar de ele ter pedido para sair no ano de 2009; que sabe que a empresa não está ativa de fato desde 2016, mas desconhece se essa situação foi formalmente regularizada; que continuou assinando documentos pela empresa mesmo no período em que se encontrava afastado de fato; que a empresa tinha cerca de 80 contratos de cessão de mão de obra no ano de 2009, com três ou quatro empregados por contrato; que sua mãe efetivamente trabalhava na empresa, cuidando da parte administrativa e financeira; que, quando seu pai ingressou na empresa, ele cuidava da parte comercial, do pós-venda; que, pelo que sabe, não foi substituído por outro sócio após sua saída; que, enquanto atuou como administrador da empresa, as decisões da empresa eram tomadas pelos três sócios em conjunto, inclusive a parte tributária.

Questionado pela defesa, declarou que não sabe informar se o Sr. GILSON tinha procuração para representar a empresa, já que isso teria ocorrido após a sua saída; que sequer participou de sua contratação; que conheceu o Sr. GILSON por ocasião da fiscalização tributária; que se recorda bem da fiscalização tributária; que nessa ocasião lhe foi solicitado que assinasse alguns documentos; que não se recorda quais documentos assinou, se procuração, mandado, intimação, etc.; que esteve na empresa do início até o ano de 2009; que tem certeza que no ano de 2010 já não estava mais na empresa.

Audiência ocorrida em 09.01.2020.

GILSON SILVA DE CASTRO, testemunha de acusação, declarou que era contador da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA; que tratava dos assuntos da empresa apenas com JOÃO BOSCO TAVARES; que, pelo que sabe, THIAGO CAPELO TAVARES não tinha poder de gestão àquela época.

Questionado pela defesa, declarou que houve uma fiscalização em que o depoente ficou responsável por tratar com o auditor; que levou a documentação requerida e teve algumas reuniões durante o processo de fiscalização.

Audiência ocorrida em 13.02.2020.

JOSÉ PINTO DE OLIVEIRA FILHO, testemunha de acusação, declarou que confirma integralmente o seu depoimento prestado na audiência de instrução anterior; que teve acesso aos autos do procedimento fiscal e rememorou mais detalhes sobre os fatos; que entrou em contato com a empresa e lhe foi passado o contato do contador; que o contador compareceu à Receita Federal e teve início o procedimento de auditoria; que requisitou documentos ao contador, que apresentou alguns, mas deixou de apresentar outros; que os livros contábeis não foram entregues; que o pro labore de THIAGO CAPELO TAVARES não havia sido declarado em folha e parte dele não constava em GFIP, mas havia recibos de pagamento; que THIAGO constava como sócio administrador da empresa; que o contato da auditoria foi todo com o Sr. GILSON, procurador e contador da empresa; que nos recursos administrativos não houve contestação quanto à responsabilidade pelo crédito tributário, que foi imputado a THIAGO.

Questionado pela defesa, declarou que a empresa declarou pequenos valores de pro labore para THIAGO e os recibos indicavam valores bem maiores; que cerca de 10% do valor efetivamente recebido por THIAGO foi declarado a título de pro labore.

Em seu interrogatório, o réu THIAGO CAPELO TAVARES declarou que confirma tudo o que disse em seu interrogatório anterior; que em 2011 já não participava mais da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA, que constava apenas formalmente no quadro societário; que houve uma demora para formalizar a sua saída; que não recebeu pro labore enquanto esteve ausente de fato da empresa.

Em seu interrogatório, JOÃO BOSCO TAVARES declarou que faz parte da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA desde o início da sociedade; que seu filho THIAGO se ausentou no ano de 2010; que a empresa existe desde 2005; que sua esposa cuidava da parte financeira, o depoente cuidava da parte comercial e a parte administrativa, inclusive a parte contábil, ficava a cargo de THIAGO até o ano de 2010; que a atualização do contrato social só foi realizada em 2012; que não se recorda se THIAGO morava em Fortaleza ou fora no ano de 2011; que a empresa pagou todas as dívidas

tributárias de maneira regular; que os condomínios clientes faziam a retenção dos valores a título de contribuição previdenciária; que a diferença detectada pela Receita Federal se deve a isso; que a retenção das contribuições previdenciárias por parte dos condomínios era uma faculdade legal.

Em seu interrogatório, MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES declarou que trabalhou na empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA; que essa empresa tinha uma natureza familiar; que no final de 2010 seu filho THIAGO se afastou da empresa; que em 2011 ele já não estava mais na empresa; que a depoente cuidava do financeiro e seu marido JOÃO BOSCO cuidava do administrativo e do comercial; que não cuidava da parte tributária da empresa; que tratava de pagamentos; que quem lidava com o contador e cuidava da parte tributária era JOÃO BOSCO.

Pois bem.

Da análise da prova contida nos autos, verifica-se que há elementos para amparar a condenação apenas de THIAGO CAPELO TAVARES.

O réu THIAGO CAPELO TAVARES consta formalmente como o único sócio administrador da empresa à época dos fatos, não tendo ele conseguido apresentar elementos probatórios suficientes para desconstituir esse fato.

Com efeito, para além do registro formal mencionado, constatou-se em audiência através do depoimento do auditor fiscal que a responsabilidade pelo crédito tributário, atribuída desde o início do procedimento fiscal a THIAGO, nunca foi contestada em sede administrativa. O que se debateu foi sempre a regularidade da constituição.

Além disso, o auditor relatou que havia retiradas a título de pro labore em favor de THIAGO no período examinado, que inclusive haviam sido lançadas a menor, com divergência entre os valores declarados e aqueles registrados em recibos.

O próprio réu declarou que continuou assinando documentos pela empresa no período em que esteve afastado, inclusive documentos relativos à fiscalização tributária, apesar de ter negado o recebimento de pro labore.

O que se vê é que a prova em desfavor de THIAGO é robusta, já que o contrato social que o indica como único sócio administrador foi corroborado por pelo menos três outros elementos: as retiradas que realizou a título de pro labore, o que não se justificaria caso ele estivesse realmente afastado da empresa; o fato de ele ter continuado a assinar documentos relativos à administração da empresa à época dos fatos; e o fato de a autoria nunca ter sido questionada por ocasião do procedimento fiscal. Diga-se ainda que, em juízo, a controvérsia sobre a autoria também não foi levantada por ocasião da resposta à acusação, tendo surgido apenas durante a audiência de instrução realizada em junho de 2019.

Por outro lado, para desconstituir o fato, temos as declarações dos réus. Como já dito, THIAGO CAPELO TAVARES, por ocasião da audiência de instrução realizada em junho de 2019, apresentou a tese de que não era mais administrador da empresa no ano de 2011, o que foi confirmado por seus pais, os corréus JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES, por ocasião da audiência realizada em fevereiro de 2020.

Além disso, o contador da empresa declarou em juízo que, na empresa GRUPO ORGANIZA

ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA, tratava apenas com JOÃO BOSCO TAVARES, tendo tratado esporadicamente com MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES e nunca com THIAGO CAPELO TAVARES.

Entretanto, entendo que as declarações do contador não se prestam a desconstituir os fatos comprovados em desfavor de THIAGO.

Isso porque o contador deixou bastante claro que trabalhava na empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA durante a fiscalização tributária, ocorrida em 2014, tendo inclusive sido o representante da empresa perante a Receita Federal, mas, não informou se trabalhava na empresa durante o ano de 2011, período em que os delitos teriam sido praticados.

Isso ganha ainda mais relevo porque quando GILSON foi contratado, THIAGO já não mais trabalhava na empresa, conforme declarado por este último em audiência de instrução.

Assim, é possível que GILSON tenha sido contratado após o ano de 2011 e que conheça como administrador da empresa apenas JOÃO BOSCO TAVARES, o que não quer dizer que THIAGO não estava de fato à frente da empresa em 2011.

A defesa de THIAGO, ainda com o intuito de comprovar que ele havia de fato se afastado da empresa, apresentou um contrato social de outra empresa em que ele figurava como sócio, chamada ACTOS SERVIÇOS DE COBRANÇA LTDA.

Ocorre que a empresa ACTOS foi constituída em agosto de 2011, tendo THIAGO afirmado que havia se afastado da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA em 2009. Além disso, segundo o contrato social, THIAGO foi responsável por integralizar apenas 5% do capital social, tendo os demais 95% ficado a cargo de WALESKA ROBERTA SOARES, que, ademais, figura como única sócia administradora da empresa.

Vê-se, portanto, a fragilidade do referido contrato social como meio de prova para afastar THIAGO da administração da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA. A um porque seria plenamente possível uma pessoa administrar duas empresas simultaneamente, já que ambas têm sede nesta capital. A dois porque THIAGO sequer era administrador da ACTOS. A três porque a empresa não foi constituída à época em que THIAGO alegou que teria saído da empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA (final de 2009), mas apenas em agosto de 2011, tendo os fatos apurados nesta ação penal ocorrido entre janeiro e dezembro de 2011.

Assim, constata-se que os elementos de prova colhidos no curso desta ação penal são suficientes para comprovar que THIAGO CAPELO TAVARES era responsável pela administração da empresa à época dos fatos, inclusive pelas condutas que ensejaram a prática de crime tributário, não tendo a defesa sido capaz de desconstituir esse fato, motivo pelo qual impõe-se sua condenação.

Pelos mesmos motivos acima expostos, entendo que não há elementos de prova suficientes para amparar uma condenação em desfavor dos réus JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES.

Os dois declararam em audiência que seu filho THIAGO já estava afastado da empresa no ano de 2011, que ambos cuidavam da administração naquele período, mas que apenas JOÃO BOSCO TAVARES cuidava da parte tributária, sendo inclusive o único que mantinha contato com o contador. Ainda segundo a versão de ambos, MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES cuidaria da parte financeira, notadamente no que diz respeito à

realização de pagamentos e, como já dito, não tratava da parte tributária.

Assim, de acordo com essa versão dos fatos, a condenação deveria recair apenas sobre JOÃO BOSCO TAVARES, que seria único responsável pelos atos de administração da empresa que resultaram na prática de crime tributário.

Ocorre que, se os depoimentos dos réus e do contador não foram suficientes para afastar a autoria no que diz respeito ao réu THIAGO CAPELO TAVARES, tampouco podem servir para, à míngua de outras provas, amparar um decreto condenatório contra JOÃO BOSCO TAVARES.

Assim, inexistindo provas suficientes para sustentar a versão apresentada pelas defesas dos réus, entendo pela insuficiência de provas para condenação de JOÃO BOSCO TAVARES. Quanto a MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES, tampouco existem elementos nos autos aptos a ensejar sua condenação. Deste modo, impõe-se a absolvição de ambos por ausência de provas quanto à autoria, na forma do art. 386, V, do Código de Processo Penal.

2.4 CONSUNÇÃO

A defesa de JOÃO BOSCO TAVARES e MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES requereu que seja aplicado o princípio da consunção para reconhecer que o crime do art. 337-A foi mero crime-meio para a prática do crime-fim do art. 168-A, ambos do Código de Processo Penal.

No tópico destinado a esse tema nos memoriais finais apresentados pela defesa, consta apenas o seguinte texto:

No caso destes autos, Vossa Excelência haverá de reconhecer a incidência do princípio da consunção, tendo em vista que a conduta delituosa prevista o art. 337-A, I, do CP, mero crime-meio para o atingimento do crime-fim, no caso, o de que cuida o art. 168-A, § 1º, I, do mesmo diploma.

Assim, a defesa não cuidou de explicar os motivos pelos quais, no caso concreto, um crime teria sido praticado como mero meio para o outro, motivo pelo qual não se pode concluir pela aplicação do princípio da consunção.

Ademais, no que diz respeito à possibilidade em tese de absorção de um crime pelo outro, filio-me ao entendimento adotado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região no seguinte precedente:

Inviabilidade da aplicação do princípio da consunção entre os crimes de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, I, CP) e apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, parágrafo 1º, I, CP), por se tratarem de infrações penais autônomas, cuja prática tem lugar de modo diverso, não servindo uma de crime-meio para a outra. (ACR - Apelação Criminal - 15350 0004177-85.2013.4.05.8500, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::16/11/2018 - Página::48.)

2.5 CONCURSO E CONTINUIDADE

Verifico que os crimes de sonegação previdenciária (art. 337-A do Código Penal) e sonegação tributária (art. 1º, I, da Lei 8.137/1990) foram praticados através de uma única conduta, a saber, a omissão de informações em GFIP, que resultou em declaração a menor de contribuições previdenciárias e contribuições destinadas ao FNDE, INCRA, SENAC e SEBRAE, de modo a configurar concurso formal, na forma do art. 70 do Código

Penal.

Quanto ao crime de apropriação indébita previdenciária, esse foi praticado em concurso material com os demais (art. 69 do Código Penal).

No mais, todos os delitos foram praticados em continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), mês a mês, de janeiro a dezembro de 2011, conforme narrado na Representação Fiscal para Fins Penais de nº 10380.728320/2014-68 (Procedimento Investigatório Criminal de nº 0819013-90.2018.4.05.8100, documento de ID nº 4058100.13647140, páginas 8-11).

3. DISPOSITIVO

Por todo o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a acusação para o fim de:

a) condenar THIAGO CAPELO TAVARES pela prática dos crimes previstos no art. 168-A, no art. 337-A, III, ambos do Código Penal, e no art. 1º, I, da Lei Federal nº 8.137/1990;

b) absolver JOÃO BOSCO TAVARES pela imputação dos crimes previstos no art. 168-A, no art. 337-A, III, ambos do Código Penal, e no art. 1º, I, da Lei Federal nº 8.137/1990, na forma do art. 386, V, do Código de Processo Penal;

c) absolver MARIA TÂNIA CAPELO TAVARES pela imputação dos crimes previstos no art. 168-A, no art. 337-A, III, ambos do Código Penal, e no art. 1º, I, da Lei Federal nº 8.137/1990, na forma do art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Passo à dosimetria da pena de THIAGO CAPELO TAVARES, único réu condenado, atento ao critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal e ao princípio da individualização da pena.

3.1 APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL)

A culpabilidade é normal aos tipos penais, sendo considerada favorável, não havendo circunstâncias que tornem o fato especialmente reprovável.

Não há nos autos prova de antecedentes criminais, ao menos não no sentido técnico da palavra, pelo que tal circunstância é presumivelmente favorável.

Não existem informações objetivas desabonadoras da conduta social e da personalidade do agente, sendo favoráveis essas circunstâncias.

Os motivos dos crimes não destoam daqueles esperados por quem pratica essa conduta delitiva, pelo que não de ser tidos como favoráveis.

As circunstâncias do delito encontram-se relatadas na sentença e não são desfavoráveis ao réu.

O comportamento da vítima é inaplicável ao caso.

Assim, de um total de oito circunstâncias judiciais, sete são favoráveis e uma é inaplicável, motivo pelo qual fixo a pena base no mínimo legal, em dois anos de reclusão e 20 dias-multa.

Ante a pluralidade de condutas de mesma natureza praticadas pelo acusado durante todos os meses, entre janeiro e dezembro de 2011, reconheço a causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal, exacerbando a pena em um terço, alcançando 02 anos e 08 meses e 27 dias-multa, que torno definitiva, ante a ausência de causas de diminuição.

3.2 SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL)

A culpabilidade é normal aos tipos penais, sendo considerada favorável, não havendo circunstâncias que tornem o fato especialmente reprovável.

Não há nos autos prova de antecedentes criminais, ao menos não no sentido técnico da palavra, pelo que tal circunstância é presumivelmente favorável.

Não existem informações objetivas desabonadoras da conduta social e da personalidade do agente, sendo favoráveis essas circunstâncias.

Os motivos dos crimes não destoam daqueles esperados por quem pratica essa conduta delitativa, pelo que não de ser tidos como favoráveis.

As circunstâncias do delito encontram-se relatadas na sentença e não são desfavoráveis ao réu.

O comportamento da vítima é inaplicável ao caso.

Assim, de um total de oito circunstâncias judiciais, sete são favoráveis e uma é inaplicável, motivo pelo qual fixo a pena base no mínimo legal, em dois anos de reclusão e 20 dias-multa.

Ante a pluralidade de condutas de mesma natureza praticadas pelo acusado durante todos os meses, entre janeiro e dezembro de 2011, reconheço a causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal, exacerbando a pena em um terço, alcançando 02 anos e 08 meses e 27 dias-multa, que torno definitiva, ante a ausência de causas de diminuição.

3.3 SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, DA LEI 8.137/1990)

A culpabilidade é normal aos tipos penais, sendo considerada favorável, não havendo circunstâncias que tornem o fato especialmente reprovável.

Não há nos autos prova de antecedentes criminais, ao menos não no sentido técnico da palavra, pelo que tal circunstância é presumivelmente favorável.

Não existem informações objetivas desabonadoras da conduta social e da personalidade do agente, sendo favoráveis essas circunstâncias.

Os motivos dos crimes não destoam daqueles esperados por quem pratica essa conduta delitativa, pelo que não de ser tidos como favoráveis.

As circunstâncias do delito encontram-se relatadas na sentença e não são desfavoráveis ao réu.

O comportamento da vítima é inaplicável ao caso.

Assim, de um total de oito circunstâncias judiciais, sete são favoráveis e uma é inaplicável, motivo pelo qual fixo a pena base no mínimo legal, em dois anos de reclusão e 20 dias-multa.

Ante a pluralidade de condutas de mesma natureza praticadas pelo acusado durante todos os meses, entre janeiro e dezembro de 2011, reconheço a causa de aumento prevista no art. 71 do Código Penal, exacerbando a pena em um terço, alcançando 02 anos e 08 meses e 26 dias-multa, que torno definitiva, ante a ausência de causas de diminuição.

3.4 TOTALIZAÇÃO DAS PENAS

Conforme fundamentação supra, reconheço o concurso formal entre os delitos de sonegação previdenciária (art. 337-A do Código Penal) e sonegação tributária (art. 1º, I, da Lei 8.137/1990).

Como a omissão em GFIP teve natureza dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, as penas devem ser somadas, na forma do art. 70, caput, parte final, do Código Penal.

O crime de apropriação indébita previdenciária foi praticado em concurso material com os demais, de modo que sua pena deve ser também somada à pena dos demais, totalizando oito anos de reclusão e 80 dias-multa, estes no patamar de um décimo do salário mínimo vigente em abril de 2018 (data da constituição definitiva e consumação do crime, conforme documento de ID nº 4058100.13647547, páginas 9-68, do Procedimento Investigatório de nº 0819013-90.2018.4.05.8100).

Friso que fixei o valor do dia-multa em um décimo do salário mínimo porque, conforme declarado em audiência pelo próprio THIAGO, a empresa GRUPO ORGANIZA ADMINISTRADORA DE CONDOMÍNIO LTDA tinha cerca de 80 contratos de cessão de mão de obra no ano de 2009, com três ou quatro empregados por contrato. Diante disso, constata-se que a empresa tinha um faturamento relevante, sendo certo que "na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu" (art. 60 do Código Penal).

O regime inicial de cumprimento será o semi-aberto (art. 33, § 2º, b, do Código Penal).

Inviável a substituição por pena restritiva de direito (art. 44, I, do Código Penal) ou a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Tendo o réu respondido ao processo em liberdade e não estando presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva, permito que o réu recorra em liberdade.

4. DISPOSIÇÕES FINAIS

Condeno o réu THIAGO CAPELO TAVARES ao pagamento das custas processuais.

Desnecessária a fixação de valor para reparação de dano, haja vista a constituição do crédito tributário, com execução fiscal ajuizada.

Transitada em julgado esta decisão, deverá a Secretaria: a) lançar o nome do réu THIAGO CAPELO TAVARES no rol de culpados; b) inserir o nome do réu THIAGO CAPELO TAVARES no Cadastro Nacional de

Condenados por ato de Improbidade Administrativa e por ato que implique Inelegibilidade, previsto na Resolução nº 44/2007 do CNJ; c) expedir ofício ao Tribunal Regional Eleitoral para os fins do art. 15, III, da Constituição Federal de 1988; d) encaminhar as peças necessárias ao juízo da execução penal; e) proceder às demais comunicações de praxe.

Para cumprimento imediato desta decisão, deverá a Secretaria: a) intimar o Ministério Público Federal, via sistema; b) intimar a defesa dos réus, via sistema; c) intimar pessoalmente os réus desta sentença.

Cumpra-se.

14. Com o devido desvelo aos argumentos elencados na sentença, entendemos que, na realidade, não restou devidamente comprovado que THIAGO perpetrou os crimes tributários, quiçá de maneira dolosa.

15. Aliás, a dúvida permeia todo o tema, isso na medida em que:

THIAGO afirma que, apesar de formalmente continuar como administrador da empresa, na realidade, havia saído dela nos idos de 2009. Antes dos fatos, portanto. Os outros dois acusados - JOÃO BOSCO e MARIA TÂNIA, pais de THIAGO - também sustentaram a tese de que THIAGO não mais se encontrava na empresa quando dos fatos sob apuração. O contador da empresa, fortalecendo a tese, também afirmou que não se reportava a THIAGO, que já não respondia pela empresa. No mais, nenhuma testemunha de acusação apontou THIAGO ou JOÃO BOSCO como administrador da empresa, de forma que este o primeiro fora responsabilizado perante o Fisco apenas por constar formalmente no contrato.

16. Em suma, na realidade, não restou evidenciado quem atuava em nome da empresa, se THIAGO, JOÃO BOSCO, MARIA TÂNIA ou os três, restando a própria autoria delitiva duvidosa, isso sem falar sobre o elemento doloso, que em momento nenhum foi abordado, quiçá comprovado.

17. Ora, como condenar THIAGO a 08 anos de reclusão - além da multa - em face de uma série de concursos de crimes - todos de natureza tributária - sem restar, sequer minimamente, esclarecida a direta e real responsabilidade pela administração da empresa?

18. No caso de dúvida, imperiosa, isso sim, a absolvição.

19. Pelos mesmos motivos, como também não restou evidenciada a autoria, quiçá dolosa, por parte de JOÃO BOSCO, não merece acato o recurso da acusação.

20. Apelo da defesa provido para absolver THIAGO dos crimes imputados.

21. Apelo da acusação improvido.

Ffmp