

CONCURSO FORMAL

CRIMES DE AÇÃO PÚBLICA E PRIVADA

Recurso 08051092320204058200
Tribunal TRF5
Relator Desembargadora Federal Cibele Benevides Guedes Da Fonseca
Julgado em 30/09/2024

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA.

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 337-A, I, DO CÓDIGO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/1990. ELEMENTO SUBJETIVO. PROVA. CONCURSO FORMAL. CRIMES AUTÔNOMOS. CONTINUIDADE DELITIVA. CONCURSO MATERIAL.

1. Apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União, em face de sentença proferida pelo juízo federal da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, que julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na inicial para condenar E.J.A.R. pela prática dos crimes dos arts. 334-A, I, e 168-A, I, do Código Penal.
2. O MPF imputou a E.J.A.R. a prática dos crimes previstos nos arts. 168-A, § 1º, I, do Código Penal; art. 337-A, I, do Código Penal; e art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990. Na sentença, o juízo de primeira instância concluiu pela configuração do crime do art. 168-A do Código Penal e, em relação à sonegação fiscal, apenas pela caracterização do delito do art. 337-A do Código Penal, pois este último tipo penal (sonegação de contribuição previdenciária) seria específico em relação à genérica descrição típica do art. 1º da Lei nº 8.137/1990. O julgador consignou que "a omissão de informações na GFIP consiste em uma conduta única e da qual, por consectário lógico, resulta a supressão não apenas da contribuição previdenciária, mas também das contribuições sociais devidas a entes autônomos, razão pela qual, e, diversamente do que fez a denúncia, não se deve enquadrá-las em tipos distintos, mas sim reputar pelo cometimento de um crime único" e lastreou seu entendimento em jurisprudência deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação Criminal nº 0004177-85.2013.4.05.8500, da Relatoria do Des. Federal Rubens Canuto).
3. De acordo com o que consta nos autos, a Delegacia da Receita Federal, na Representação Fiscal para Fins Penais, processo nº 14751.720053/2013-95 (fls. 10/12 do IPL), noticiou que, no período de 01 a 12/2010, a pessoa jurídica, estabelecida em João Pessoa/PB, efetuou os descontos e arrecadou as contribuições devidas à Seguridade Social dos segurados empregados e, posteriormente, deixou de efetuar o devido recolhimento de tais valores, no prazo legal estabelecido, como era de sua responsabilidade, motivo pelo qual foi constituído o crédito tributário DEBCAD 51.034.162-4, no valor consolidado de R\$ 25.016,77 (vinte e cinco mil, dezesseis reais e setenta e sete centavos).
4. Ainda de acordo com a Receita Federal, no mesmo período, o contribuinte deixou de declarar nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social (GFIP), a totalidade dos fatos geradores de contribuição previdenciária, o que deu ensejo à constituição dos seguintes créditos tributários: DEBCAD 51.034.162-4, no valor consolidado de R\$ 25.016,77 (vinte e cinco mil, dezesseis reais e setenta e

sete centavos); e DEBCAD 51.034.161-6, no valor consolidado de R\$ 68.950,09 (sessenta e oito mil, novecentos e cinquenta reais e nove centavos).

5. Por último, a Receita Federal informou que os valores anteriormente mencionados constituem base de cálculo tanto para contribuição previdenciária, quanto para o financiamento das contribuições sociais de interesse de categorias profissionais ou econômicas, notadamente àquelas destinadas ao financiamento das outras entidades e fundos (terceiros): FNDE, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE, razão pela qual foi constituído o crédito tributário de DEBCAD 51.034.163-2, no valor consolidado de R\$ 19.043,39 (dezenove mil, quarenta e três reais e trinta e nove centavos).

6. Resta incontroverso que o réu, na condição de empresário individual, era, ao tempo dos fatos, o único responsável pela pessoa jurídica em questão (cf. atos constitutivos presentes nos autos). Ao ser ouvido, ainda durante a investigação conduzida pela Polícia Federal, ele foi enfático ao afirmar que administrava sozinho a empresa em questão. No mesmo sentido, o contador da empresa disse em depoimento à autoridade policial, reiterado em juízo, que era o réu quem administrava a empresa. Logo, não há nenhuma dúvida quanto à autoria dos delitos.

7. Acerca do elemento subjetivo, observe-se que os tipos penais atribuídos ao apelante exigem apenas o dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar as condutas delituosas. A propósito, "[...] em crimes de sonegação fiscal e de apropriação indébita de contribuição previdenciária, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a orientação no sentido de que sua comprovação prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, tão somente, a presença do dolo genérico." (AgRg no REsp n. 1.988.835/SC, Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, DJe 15/12/2023).

8. As circunstâncias fáticas e os elementos de prova reunidos aos autos são suficientes para que se conclua que o réu agiu de forma voluntária e consciente, porquanto, além de ser o único sócio, também centralizava em si, inequivocamente, a administração da empresa. Com essas considerações, deve ser negado provimento ao recurso da defesa.

9. O recurso da acusação contempla três questões: 1. a configuração do crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990, de forma autônoma aos demais tipos penais; 2. a existência de continuidade delitiva em relação a todos os crimes; e 3. a aplicação de concurso material entre o crime de apropriação indébita previdenciária e os demais.

10. Em relação ao primeiro ponto, assiste razão ao recorrente. Não se desconhece a existência de precedentes deste TRF que amparam o entendimento do magistrado sentenciante quanto à configuração de crime único. Entretanto, conforme jurisprudência de ambas as turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça, os delitos previstos nos arts. 337-A do Código Penal e 1º da Lei n. 8.137/1990 são autônomos, pois tutelam bens jurídicos diversos, sendo o previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 atinente à sonegação de contribuições sociais lato sensu, e o previsto no art. 337-A do CP atinente às contribuições sociais especificamente destinadas à previdência social. Assim, é possível reconhecer concurso formal sem se falar em bis in idem. (AgRg no REsp n. 2.018.231/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 8/11/2023; e (REsp n. 1.925.301/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 29/9/2023.). Há, ainda, julgados desta Corte Regional na linha do que ora se defende: 08076681220184058300, APELAÇÃO CRIMINAL, DESEMBARGADOR FEDERAL ELIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, 1ª TURMA, JULGAMENTO: 22/02/2024; 00108198720164058300, APELAÇÃO CRIMINAL, DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI GURGEL DE SOUZA, 3ª TURMA,

JULGAMENTO: 26/09/2019.

11. No caso, constatou-se que o contribuinte, embora não fosse optante pelo SIMPLES, declarou em GFIP ter aderido a tal regime simplificado, em razão do que deixou de recolher não só a contribuição previdenciária devida pela empresa, assim como a parte relacionada às outras entidades e fundos (terceiros), o que resultou, inclusive, na constituição de créditos tributários distintos para cada um dos resultados.

12. Conclui-se que o réu, mediante conduta única, suprimiu e reduziu tanto a contribuição social devida à Previdência Social, quanto as contribuições destinadas a outros fundos e entidades (FNDE, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), devendo, pois, em consonância com a jurisprudência do STJ, ser reconhecida a prática de ambos os delitos (sonegação de contribuição previdenciária e crime contra a ordem tributária), em concurso formal (art. 70 do Código Penal).

13. Quanto à segunda tese, atinente à continuidade delitiva, verifica-se que as condutas foram praticadas em 12 (doze) competências, portanto, ao longo dos doze meses do ano de 2010, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. No caso de tributo apurado e não recolhido mensalmente, em meses contínuos, cada lançamento tributário constitui uma infração penal e, atendidos os critérios do art. 71 do Código Penal, como na hipótese, é possível o reconhecimento da continuidade delitiva (STJ. AgRg no HC n. 755.292/PB, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 9/6/2023).

14. Em relação à fração de aumento a ser utilizada, a apropriação indébita previdenciária, a sonegação previdenciária e a sonegação fiscal ocorrem a cada mês de apuração e o número de infrações praticadas deve ser considerado para estabelecer a fração de aumento da reprimenda. Nesse sentido: STJ. AgRg no REsp n. 2.030.426/PB, Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, DJe de 19/4/2023.

15. Na hipótese, foram caracterizadas 12 (doze) ações ilícitas para cada tipo penal, o que enseja o aumento de todos em 2/3 (dois terços), conforme estabelece a Súmula nº 659 do STJ ("A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações").

16. Ressalte-se que a jurisprudência do STJ admite, inclusive, a cumulação das causas de aumento decorrentes do concurso formal e da continuidade delitiva nos crimes de natureza fiscal. Veja-se: AgRg no REsp n. 2.018.231/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 8/11/2023; e AgRg no REsp n. 1.949.471/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 27/10/2021.

17. Por último, compreende-se ser devido o reconhecimento do concurso material (art. 69 do Código Penal) entre o delito do art. 168-A do Código Penal e os demais tipos de sonegação, porquanto, na espécie, os crimes foram praticados mediante ação/omissão absolutamente diversas.

18. Diga-se, para a prática do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal), o réu efetuou os descontos e arrecadou as contribuições previdenciárias devidas pelos empregados, mas não recolheu tais valores aos cofres previdenciários. Já para a prática da sonegação (de contribuições previdenciárias - art. 337-A do Código Penal; e de contribuições sociais destinadas a terceiros - art. 1º da Lei nº 8.137/1990), a supressão do tributo deu-se mediante a falsa informação prestada à Receita Federal de que a empresa enquadrava-se no SIMPLES. Logo, as condutas foram praticadas de forma autônoma, tendo

sido empregada ação/omissão absolutamente distinta para cada um dos crimes, o que autoriza o reconhecimento do concurso material. Nesse sentido: AgRg no REsp n. 2.030.426/PB, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023.

19. Uma vez acolhido integralmente o recurso da acusação, passa-se ao refazimento da dosimetria das penas, com pena definitiva estabelecida em 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial semi-aberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, além de 51 (cinquenta e um) dias-multa, mantido o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

20. Apelação criminal da DPU a que se nega provimento. Apelação criminal do MPF a que se dá provimento.

GabCB07