

RECURSO ESPECIAL Nº 1.789.323 - RS (2018/0345112-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : C A DA S L
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ART. 71 DO CP. SUPOSTA ILEGALIDADE NA FRAÇÃO DE AUMENTO DECORRENTE DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPROCEDÊNCIA. INFRAÇÕES PRECISAS NA QUANTIDADE – DEZENOVE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO EM 1/3. PRECEDENTES. Recurso especial desprovido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **C A da S L**, com fundamento na alínea *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Criminal n. 5026393-16.2010.404.7100/RS.

Na sentença, às fls. 446/454, o recorrente foi condenado às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, mais pagamento de 10 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 337-A, III, na forma do art. 71, ambos do Código Penal.

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 485/503).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo (fls. 557/577).

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSUMAÇÃO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. REDUÇÃO DE TRIBUTOS MEDIANTE A OMISSÃO DE FATOS GERADORES E DE PARCELA DAS REMUNERAÇÕES PAGAS A

SEGURADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. ESTADO DE NECESSIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUDENTES NÃO CONFIGURADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE CONFIGURADA. ERRO POR FATO DE TERCEIRO. CONTADOR DA EMPRESA. NÃO CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA DE MULTA. REGIME DE CUMPRIMENTO. ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM*.

1. Haja vista que os crimes materiais contra a ordem tributária apenas se tipificam com o lançamento, segundo ensinamento da Súmula Vinculante 24, e tendo em conta que com o encerramento do processo administrativo-fiscal torna-se definitivo o crédito revisado de ofício (artigo 201 do CTN), a consumação do delito de sonegação ocorre com o transcurso do prazo regulamentar concedido em sede administrativa para pagamento do débito, após o esgotamento da via recursal.

2. O crime do artigo 337-A do Código Penal, assim como o do artigo 1º da Lei 8.137/90, não se confunde com a mera supressão ou redução do pagamento de tributos, já que também exige, para a caracterização do tipo penal, a prática de alguma forma de fraude por parte do contribuinte.

3. Comprovadas a materialidade e autoria do crime de sonegação de contribuição previdenciária, o édito condenatório é medida impositiva.

4. A tese de erro por fato de terceiro não prospera quando o contador atua apenas de forma subordinada ao proprietário administrador da empresa, real destinatário e beneficiário direto de eventuais valores sonegados.

5. O delito insculpido no artigo 337-A do Código Penal requer para sua consumação tão somente o dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar a conduta.

6. As vicissitudes enfrentadas diuturnamente por uma empresa atuante numa economia de mercado não podem ser usadas como justificativa para a sonegação de tributos em prejuízo ao Erário. Estado de necessidade não reconhecido.

7. A inexigibilidade de conduta diversa só tem lugar quando restar plenamente retratada situação invencível de dificuldade financeira, a qual, por sua própria natureza, deve ser extraordinária e transitória.

8. Praticadas 19 (dezenove) condutas criminosas, incide a causa de aumento da pena da continuidade delitiva no patamar de 1/3 (um terço), consoante a jurisprudência consolidada deste Tribunal.

9. A pena de multa deve guardar simetria com a sanção privativa de liberdade. Ausente o recurso do órgão acusatório, no ponto, permanece inalterado seu *quantum*, sob pena de causar prejuízo ao réu.

10. Na fixação do regime prisional, serão observados os requisitos do artigo 33, atentando-se para as circunstâncias judiciais do artigo 59, ambos do Estatuto Repressivo. Regime inicial de cumprimento aberto.

11. Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista o preenchimento das condições do artigo 44 do Código Penal.

12. A pena de prestação pecuniária deve ser suficiente para a prevenção e reprovação do crime praticado, atentando-se ainda, para a extensão dos danos decorrentes do ilícito e para a situação econômica do condenado, a fim de que se possa viabilizar seu cumprimento. Hipótese em que deve ser mantido o *quantum* fixado em sentença. Poderá haver o parcelamento, em sede de execução, caso comprovada a impossibilidade de cumprimento integral.

No presente recurso especial (fls. 590/599), é indicada a presença de dissídio jurisprudencial atinente a aludido aumento desproporcional relativo à continuidade delitiva.

Relata-se que, *nos presentes autos, a continuidade delitiva foi reconhecida em razão da perpetração das condutas no período de junho de 2004 a dezembro de 2005, totalizando 19 (dezenove) atos de omissão de contribuição previdenciária, aplicando-se, assim, o art. 71 do Código Penal. [...] Dessa forma, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região-TRF4, em observação à jurisprudência consolidada naquela Corte - que determina as frações entre 1/4 (um quarto) e 1/3 (um terço) para os períodos de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) meses -, manteve a fração imposta no patamar de 1/3 (um terço), em razão das 19 (dezenove) condutas praticadas (fl. 595).*

Argumenta-se que *o período de omissão praticado pelo recorrente (19 meses, aproximadamente um ano e meio) é mais razoavelmente compreendido seguindo-se o critério estabelecido pelo TRF3. [...] Assim, a fim de evitar a exacerbação excessiva da pena, sustenta-se que a fração adequada para o presente caso é de 1/5 (um quinto) sobre a pena-base, em razão da prática do delito no período de junho de 2004 a dezembro de 2005, ou seja, dentro de período de um a dois anos estipulado pelo TRF3 (fl. 598).*

Pede-se o conhecimento e o provimento do recurso para que seja reduzida a 1/5 a fração da majorante pela continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, em razão do período da atividade delitiva; e, sucessivamente, o redimensionamento proporcional das penas de multa e alternativas.

Oferecidas contrarrazões (fls. 673/683), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 686/688).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento da insurgência (fls. 701/704).

PENAL E PROCESSUAL. CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA PENAL. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA PARA 1/5 DO ACRÉSCIMO DECORRENTE DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. JUSTIFICADA A EXASPERAÇÃO DA PENA EM 1/3 EM RAZÃO DO NÚMERO DE INFRAÇÕES (19 CONDUTAS PERPETRADAS DE JUNHO DE 2004 A DEZEMBRO DE 2005). PRESEDENTE DO STJ. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

É o relatório.

Razão não assiste ao recorrente.

Extrai-se do voto condutor do combatido aresto o seguinte trecho (fls. 573/574):

[...]

Alfim, presente a causa de aumento referente à continuidade delitiva, conforme passo a expor.

A jurisprudência desta Corte já está sedimentada no sentido de que tanto o número de competências quanto a pena-base devem ser levados em consideração quando da aferição do *quantum* a ser acrescido à pena provisória. Senão vejamos:

'PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A, § 1º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NÃO PRODUÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE NÃO COMPROVADA. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. CRITÉRIOS DE ESTABELECIMENTO DA MAJORAÇÃO. PENA DE MULTA. REGRAS DE FIXAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DAS SANÇÕES CORPORAIS POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. (...).

A ausência reiterada de repasse mensal das contribuições à previdência social enseja a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 71 do Código Penal.

Segundo jurisprudência consolidada nesta Corte, 'em virtude da

característica usual da prática reiterada no delito de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, para o aumento decorrente da continuidade delitiva não se recomenda a utilização de critério objetivo ou puramente matemático em função do número de fatos, mas a adoção como critério de uma valorização sistemática que leva em conta tanto o número de omissões como a pena-base, fornecedor assim de um padrão adequado à conduta e compatível com a natureza repetitiva do delito, convindo estabelecer-se que: até 9 meses de omissão se reconhecerá 1/6 da majorante pela continuidade; de 9 a 18 meses - entre 1/5 e 1/4; **de 18 a 24 meses - entre 1/4 e 1/3**; de 24 a 30 meses - entre 1/3 e 1/2; de 30 a 33 meses - entre 1/2 e 2/3 e, acima de 33 meses a majorante de 2/3.' A aplicação da pena de multa deve observar proporcionalidade com a sanção privativa imposta definitivamente, compreendendo todos os fatores nela valorados (circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, causas de aumento e de diminuição), inclusive o aumento pela continuidade, ou seja, a simetria a ser guardada não deve ser apenas em relação à pena-base, não se aplicando, todavia, a regra do art. 72 do Código Penal. (...)' (ACR 20067113001048-6, 8ª Turma, Rel. Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, D.E. 24-6-2009 - destaquei.).

Assim, **com suporte nessa orientação, em sendo 19 (dezenove) as condutas perpetradas (competências de junho de 2004 a dezembro 2005), mantenho a fração de exasperação imposta na sentença no patamar de 1/3 (um terço), em razão da continuidade delitiva, na forma do artigo 71 do Estatuto Repressivo.**

[...]

Razão não assiste ao recorrente.

Com efeito, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, considerando que as condutas criminosas foram praticadas por dezenove vezes, por si só, já há fundamento suficiente para aplicar o aumento do crime continuado no patamar escolhido pela Corte *a quo*.

A respeito, confirmam-se os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR DE AUMENTO. NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AFASTAMENTO. FRAÇÃO DE 2/3. IMPOSIÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se do aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7

ou mais infrações.

[...]

(AgRg no AREsp n. 398.516/RN, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 1º/8/2016 – grifo nosso)

[...]

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO PROTOCOLADA CONTRA O PROVIMENTO DO RECURSO DA ACUSAÇÃO NA DECISÃO DE FLS. 1.504/1.506. **SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. PRÁTICA DE 53 FATOS TÍPICOS. AUMENTO NO PATAMAR MÁXIMO DE 2/3. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.**

2. *"A exasperação da pena do crime de maior pena, realizado em continuidade delitiva, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Nesse diapasão, esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações"* (HC 291.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 07/03/2018).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.558.172/MT, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 1º/6/2018 – grifo nosso).

Dessa forma, tem-se que não houve excesso na escolha do fator de aumento pelo reconhecimento do crime continuado (1/3). De acordo com a jurisprudência dominante nesta Corte Superior, seria cabível até mesmo a aplicação de fração mais rigorosa, já que foram praticadas dezenove ações delituosas sob semelhantes condições de tempo, espaço e modo de execução.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator