



MPF
FLS. _____
2ª CCR

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

VOTO N° 9280/2017

PROCESSO N° 0011496-58.2010.4.03.6110

ORIGEM: 1ª VARA FEDERAL - 10ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA – SOROCABA/SP

PROCURADOR DA REPÚBLICA: VINICIUS MARAJÓ DAL SECCHI

RELATOR: JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

PIC. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (CP, ART. 168-A). MPF: ARQUIVAMENTO. CRIME FORMAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. DIRETOR DA EMPRESA MAIOR DE 70 ANOS. DISCORDÂNCIA DO MAGISTRADO. CPP, ART. 28 C/C LC 75/93, ART. 62, IV. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDAMENTE CONSTITUÍDO. MATERIALIDADE DELITIVA EVIDENCIADA. POSSIBILIDADE DE DILIGÊNCIAS. EXISTÊNCIA DE CORRESPONSÁVEIS PELA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. ARQUIVAMENTO PREMATURO. PROSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL.

1. PIC instaurado a partir de Representação Fiscal para Fins Penais para apurar a prática do crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), em razão da falta de repasse, por empresa privada, das contribuições devidas à Seguridade Social descontadas de seus empregados no período compreendido de 12/2004 a 12/2006, inscrito o valor de R\$ 1.883.323,88 (um milhão oitocentos e oitenta três mil trezentos e vinte três reais e oitenta oito centavos) na dívida ativa.

2. O Procurador da República oficiante, entendendo tratar-se de crime formal, promoveu o arquivamento em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, uma vez que o efetivo responsável pela presidência/administração da empresa, à época dos fatos (12/2004 e 12/2006), tratava-se de pessoa com mais de 70 (setenta) anos de idade (CP. Arts. 107, IV e 109, III c/c 115). Aduziu, ainda, que no tocante aos demais diretores não se verificou indicação razoável e suficiente de responsabilidade penal.

3. Discordância do magistrado que entendeu não ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que trata-se de crime material e que o crédito tributário somente se constituiu no ano de 2010, tendo ficado suspensa a prescrição no período em que pendente o parcelamento, qual seja, de 24/06/2010 a 23/05/2014. Ademais, pontuou que a responsabilidade criminal dos demais diretores da empresa, ao menos por ora, não pode ser afastada. Aplicação do art. 28 do CPP c/c art. 62-IV da LC n. 75/93.

4. Distinção sobre a natureza do crime que perde relevância ante a constituição definitiva do crédito tributário. Materialidade delitiva evidenciada.

5. Arquivamento que se mostra prematuro.

6. No atual estágio da persecução criminal, apenas seria admitido o arquivamento se ausentes elementos mí nimos de autoria e/ou materialidade delitivas, após esgotadas diligências investigatórias, ou se existente demonstração inequívoca, segura e convincente de causa excludente da ilicitude ou extintiva da punibilidade. Não é, contudo, o caso dos autos.

7. No caso *sub judice*, prematuro afastar a responsabilidade penal dos diretores da empresa, uma vez que não há nos autos elementos suficientes a atestar quem detinha a sua administração, sendo que todos diretores estão indicados pela RFB como corresponsáveis pela obrigação tributária. Portanto, há necessidade de diligências com o intuito de aprofundar a investigação no que concerne à eventual responsabilidade penal daqueles.

8. Designação de outro membro do Ministério P blico Federal para prosseguir na persecução penal.

Trata-se de PIC instaurado para apurar a prática do crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), em razão da falta de repasse pela empresa GIANNINI S/A das contribuições devidas à Seguridade Social descontadas de seus empregados no período compreendido de 12/2004 a 12/2006, inscrito o valor de R\$ 1.883.323,88 (um milhão oitocentos e oitenta trés mil trezentos e vinte trés reais e oitenta oito centavos) na dívida ativa.

Consta dos autos que a referida empresa efetuou o parcelamento do débito tributário na data de 24/06/2010, tendo sido rescindido tal parcelamento em razão do inadimplemento em 23/05/2014 (fl. 173).

O Procurador da Rep blica oficiante, entendendo tratar-se de crime formal, promoveu o arquivamento em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, uma vez que o efetivo responsável pela presidência/administração da empresa, à época dos fatos, tratava-se de pessoa com mais de 70 (setenta) anos de idade (CP. Arts. 107, IV e 109, III c/c 115). Aduziu, ainda, que o prazo prescricional iniciou-se da data das omissões e que *“no tocante aos demais diretores, que naturalmente n o possuem o mesmo poder de decisão do presidente da sociedade anônima, n o se verificou indicação razoável e suficiente de responsabilidade penal, nem parece, pela experiência, que isso se altere com investigação policial ou ação penal”* (fls. 191 e 196).

O MM. Juiz Federal discordou do arquivamento, entendendo não ter se operado a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que trata-se de crime

material e que a constituição do crédito tributário deu-se em 09/2010, tendo ficado suspensa a prescrição no período em que pendente o parcelamento, qual seja, de 24/06/2010 a 23/05/2014. Ademais, pontuou que a responsabilidade criminal dos demais diretores da empresa, ao menos por ora, não pode ser afastada, nos seguintes termos:

“Discordo, também, do pedido de arquivamento relativo aos demais Diretores que tinham, consoante mostrei à fl. 194, verso, item 2, poderes de gerenciamento da empresa.

Um deles, ademais, foi quem recebeu todos os documentos apresentados pela Fiscalização, pertinentes à constituição do crédito tributário aqui debatido, mostrando, assim, que detinha conhecimento acerca da situação e efetivo poder de administração da empresa.

Em suma, sem qualquer justificativa plausível, calcada no caso em concreto, o Procurador da República afasta, neste momento, possível responsabilidade criminal de outros dois Diretores da empresa com poderes, tal qual o Presidente, para administrá-la”.

Firmado o dissenso os autos foram encaminhados à 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal c/c o art. 62, IV, da LC 75/93.

É o relatório.

Prefacialmente cumpre destacar que malgrado haja discordância entre o membro do *Parquet* Federal e o Magistrado acerca da natureza do delito em questão, tal distinção perde relevância ante a constituição definitiva do crédito tributário, restando, portanto, evidenciada a materialidade delitiva. Por conseguinte, o arquivamento do presente apuratório se mostra prematuro.

Compulsando os autos, verifica-se que não restaram cabalmente esclarecidas as responsabilidades penais dos diretores da empresa investigada, quem realmente detinha os poderes de administração/decisão dentro da empresa. Inviável, por ora, acatar o entendimento do il. Procurador da República oficiante no sentido de que os demais diretores da empresa, que não o seu Diretor Presidente, *“naturalmente não possuem o mesmo poder de decisão do presidente da sociedade anônima”*.

Como bem pontuado pelo Magistrado, a responsabilidade criminal dos demais diretores não pode ser afastada, ao menos por ora, uma vez que

necessárias diligências no sentido de verificar quem realmente detinha os poderes de gerenciamento da empresa.

Na Representação Fiscal para Fins Penais emitida pela RBF constam como responsáveis pelo débito tributário os seguintes sócios:

- a) Giorgio Coen Giannini
- b) Roberto Coen Giannini
- c) Herilvado Menezes de Santana
- d) Osvaldo de Almeida Junior

Pois bem. Conforme se depreende dos documentos acostados aos autos às fls. 43/44, à época dos fatos (2004/2006) a empresa GIANNINI SA possuía a seguinte Diretoria:

a) Ata de Reunião do Conselho de Administração de 15/04/2005:

- Diretor Presidente: Giorgio Coen Giannini
- Diretor Industrial: Roberto Coen Giannini
- Diretor Financeiro: Herivaldo Menezes de Santana

b) Ata de Reunião do Conselho de Administração de 14/05/2006:

- Diretor Presidente: Giorgio Coen Giannini (acumulando o cargo de Diretor Financeiro)

- Diretor Industrial: Roberto Coen Giannini
- Diretor Administrativo: Osvaldo de Almeida Junior

Também consta à fl. 45 cópia da Ata das Assembleias Gerais Ordinárias e Extraordinárias de 14/04/2006 pela qual ficou eleito o Conselho de Administração da empresa, que na ocasião ficou composto de um presidente (Giorgio Coen Giannini) e dois conselheiros (Roberto Coen Giannini e Osvaldo de Almeida Junior).

Por fim, constam nos documentos acima descritos que as funções e atribuições dos diretores seriam fixadas pelo Conselho de Administração da empresa dentro dos limites estatutários, o que remete, portanto, ao documento de fl. 127 dos autos, qual seja, Estatuto Social da Empresa Giannini SA, sendo que da leitura de tal documento, especialmente dos artigos 23 ao 28, tem-se que a empresa GIANNINI SA não era, *a priori*, administrada exclusivamente pelo seu Diretor Presidente.

Portanto, no atual estágio da persecução criminal, apenas seria admitido o arquivamento se ausentes elementos mínimos da autoria e/ou da materialidade delitivas, após esgotadas as diligências investigatórias, ou se existente demonstração inequívoca, segura e convincente de causa excludente da ilicitude ou extintiva da punibilidade.

Assim, imperioso, a realização de diligências no intuito de aprofundar a investigação no que concerne à eventual responsabilidade penal dos diretores da investigada, como uma possível oitiva de outras pessoas com vínculo trabalhista com a empresa, contador e mesmo os Diretores à época.

Se, de fato, os diretores não tiveram participação no ilícito penal, a sentença o dirá após o normal exame do contraditório.

Diante do exposto, voto pela designação de outro membro do *Parquet* Federal para prosseguir na persecução penal.

Encaminhem-se os autos ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, para cumprimento, cientificando-se o Procurador da República oficiante e o Juízo da 1^a Vara Federal - 10^a Subseção Judiciária – Sorocaba/SP, com as homenagens de estilo.

Brasília/DF, 23 de novembro de 2017.

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho
Subprocurador-Geral da República
Titular – 2^a CCR

\

/AN