

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005942-55.2012.4.03.6181/SP

RELATOR : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI

APELANTE : SERGIO GONTARCZIK

APELADA : Justiça Pública

PENAL. PROCESSO PENAL. ADVOCACIA. EXERCÍCIO IRREGULAR DA PROFISSÃO. DOLO CARACTERIZADO. APELO DESPROVIDO.

1. Autoria e materialidade delitivas comprovadas pelos elementos constantes dos autos.

2. Dolo provado pelo conjunto probatório carreado ao feito.

2.1 O apelante alega não ter tomado conhecimento de suas suspensões, pois teria contratado um advogado para representá-lo em todos os procedimentos administrativos junto ao conselho de ética da Ordem, pagando para tanto a quantia total de quinze mil reais. O advogado não teria conduzido as defesas corretamente, e nem sequer informado o réu sobre as condenações cominadas pelas instâncias competentes da OAB. Após, teria recusado encontro ou acerto com o réu, e ainda, retido integralmente os honorários pagos.

2.2 Porém, o apelante não trouxe qualquer elemento probatório no sentido de sua descrição fática. Aceitar como correto presumir que um advogado não tenha de fato comunicado um réu sobre decisão final desfavorável em qualquer esfera (administrativa, cível ou penal) inverte a própria lógica de confiança tanto nos advogados, detentores de múnus público da maior relevância para a administração da justiça, quanto no próprio instrumento de mandato, que pressupõe relação de confiança entre o mandante e seu procurador, inclusive o procurador para fins judiciais e postulatórios.

2.3 O réu possui amplo histórico de condenações administrativas e suspensões do exercício da profissão, sendo inverossímil que não tivesse ideia dos procedimentos e do andamento de feitos, mormente porque era advogado, conhecendo trâmites processuais e mecanismos de busca que pudessem atualizá-lo quanto ao andamento dos procedimentos disciplinares.

3. A primariedade deve ser levada em consideração na avaliação de antecedentes, a ser feita na primeira faz da dosimetria penal, e não na segunda fase, como pleiteou o apelante. Não se trata de atenuante

inominada, mas de circunstância que compõe os antecedentes. Precedente deste TRF-3.

4. Dosimetria. Valorados negativamente os antecedentes e a conduta social do réu. Ausentes elementos que permitam aferir a personalidade do agente. Sentença alterada neste ponto específico, para reduzir a pena-base em relação ao quantum fixado no édito condenatório de primeiro grau. Segunda e terceira fases da dosimetria iguais às da sentença recorrida. Crime continuado reconhecido.

5. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer da apelação e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, para, mantendo a condenação pela prática do crime previsto no art. 205 do Código Penal, reduzindo a pena final para 1 (um) ano e 15 (quinze) dias de detenção, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública pelo prazo da pena privativa de liberdade substituída; prestação pecuniária, consistente no pagamento de uma cesta básica por mês, pelo prazo da pena privativa de liberdade substituída, a entidade de caráter assistencial, tendo a cesta básica o valor de R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais), e aplicando pela metade o valor da prestação pecuniária em sua parcela final, relativa aos últimos 15 (quinze) dias da pena privativa de liberdade substituída, tudo nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de maio de 2015.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL
JOSÉ LUNARDELLI:

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso, e passo ao exame de mérito.

O apelo não comporta provimento.

Deveras, a materialidade e a autoria delitivas restaram demonstradas à

saciedade. Como confessou o próprio corréu (interrogatório na mídia digital de fl. 93), são suas as assinaturas de fls. 12 e 13. Ademais, não há qualquer prova (nem foi a perícia requerida pelo réu) de que as assinaturas constantes da fl. 05 da peça informativa nº 1.34.001.007428/2011-09 e fl. 07 da peça informativa nº 1.34.001.007429/2011-45 (ambas apensadas ao presente feito) não sejam suas. Ao contrário, tendo em vista a similitude aparente entre as assinaturas, somada ao conteúdo das petições assinadas ser similar ao daquelas cujas assinaturas foram reconhecidas pelo apelante (e em processos com a mesma temática), tudo leva ao fato de que as quatro petições foram de fato assinadas pelo réu Sergio Gontarczik, em períodos durante os quais estava suspenso. As próprias petições, datadas de 30 de novembro de 2010, 15 de fevereiro de 2011 e 22 de fevereiro de 2011 (duas delas nesta última data), constituem a materialidade e provam a autoria do autor sobre o fato, qual seja, o de praticar atos privativos de advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) estando com sua inscrição suspensa devido a decisões finais em procedimentos disciplinares instaurados no âmbito da referida autarquia.

A discussão principal se dá quanto ao dolo do apelante. Este alega não ter tomado conhecimento de suas suspensões, pois teria contratado um advogado para representá-lo em todos os procedimentos administrativos junto ao conselho de ética da Ordem, pagando para tanto a quantia total de quinze mil reais. O advogado não teria conduzido as defesas corretamente, e nem sequer informado o réu sobre as condenações cominadas pelas instâncias competentes da OAB. Após, teria recusado encontro ou acerto com o réu, e ainda, retido integralmente os honorários pagos.

Porém, o apelante não trouxe qualquer elemento probatório no sentido de sua descrição fática. Aceitar como correto presumir que um advogado não tenha de fato comunicado um réu sobre decisão final desfavorável em qualquer esfera (administrativa, cível ou penal) inverte a própria lógica de confiança tanto nos advogados, detentores de múnus público da maior relevância para a administração da justiça, quanto no próprio instrumento de mandato, que pressupõe relação de confiança entre o mandante e seu procurador, inclusive o procurador para fins judiciais e postulatórios. Evidentemente, não se está aqui a negar prima facie a possibilidade de fraude por indivíduos que desvirtuem tanto a relação de confiança estabelecida com o cliente/mandante quanto o dever de integridade ínsito à elevada função de advogado. Contudo, para que se aceite que uma tal circunstância ocorreu in concreto, é necessário que a alegação venha

embasada minimamente em provas ou indícios no sentido do quanto alegado, o que não ocorre no caso em exame.

Note-se: o advogado, "Dr. Ari Tavares", não foi indicado como testemunha pela defesa, e não teve nem sequer o número de sua inscrição na seccional da OAB mencionado. O contrato de honorários e prestação de serviços de advocacia não foi juntado aos autos (o réu não estava seguro quanto à existência do contrato escrito, como se denota pelo interrogatório de fl. 93). Por fim, embora tenha dito que possuía recibos dos supostos pagamentos efetuados ao causídico, não os juntou aos autos. Em suma: não há provas nem mesmo da existência de relação profissional entre o apelante e seu suposto advogado, quanto mais de que este feriu gravemente seus deveres básicos, abandonando o cliente e deixando de comunicá-lo de pena grave (suspensão do exercício da profissão).

Por outro lado, e como bem ressaltado pela sentença (fl. 114), o réu possui amplo histórico de condenações administrativas e suspensões do exercício da profissão, sendo inverossímil que não tivesse ideia dos procedimentos e do andamento de feitos, mormente porque era, obviamente, advogado, conhecendo trâmites processuais e mecanismos de busca que pudessem atualizá-lo quanto ao andamento dos procedimentos disciplinares, os quais poderiam (como de fato ocorreu) inclusive impedi-lo de exercer sua profissão e principal meio de sustento.

Quanto ao histórico do apelante junto aos órgãos disciplinares da Ordem, transcrevo, por oportuno, ofício enviado em dezembro de 2011 pela entidade, em atenção à investigação conduzida pela autoridade policial em sede de inquérito (fl. 25):

(...) o advogado Sérgio Gontarczik, inscrito nesta Seccional sob o nº 121.952, está suspenso do exercício profissional pelo prazo de 12 (doze) meses, desde 22/12/10 (PD 316/09); está suspenso do exercício profissional pelo prazo de 12 (doze) meses, prorrogáveis até prestação de contas, desde 08/07/11 (PD 1561/09); está suspenso do exercício profissional pelo prazo de 12 (doze) meses, prorrogáveis até prestação de contas, desde 08/07/11 (PD 2045/09); está suspenso do exercício profissional pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis até prestação de contas, desde 10/10/11 (PD 2863/08); e está suspenso do exercício profissional pelo prazo de 12 (doze) meses, prorrogáveis até prestação de contas, desde 22/11/11 (PD 03R2237/09).

Informamos, ainda, que referido advogado esteve suspenso do exercício

profissional pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis até prestação de contas, no período de 22/03/06 a 14/06/06 (PD 1377/01); esteve suspenso do exercício profissional pelo prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis até prestação de contas, no período de 05/11/08 a 03/06/09 (PD 3904/06); esteve suspenso do exercício profissional pelo prazo de 30 (trinta) dias, no período de 16/02/09 a 16/03/09 (PD 735/05); esteve suspenso do exercício profissional pelo prazo de 30 (trinta) dias, no período de 29/11/10 a 29/12/10 (PD 2671/08); esteve suspenso do exercício profissional pelo prazo de 90 (noventa) dias, no período de 11/04/11 a 11/07/11 (PD 4459/07); esteve suspenso do exercício profissional pelo prazo de 60 (sessenta) dias, no período de 08/07/11 a 06/09/11 (PD 247/09); e esteve suspenso do exercício profissional pelo prazo de 60 (sessenta) dias, no período de 01/08/11 a 30/09/11 (PD 1281/07).

Nota-se que o réu teve o exercício profissional suspenso por doze vezes entre os anos de 2006 e 2011, com suspensões que variaram entre trinta dias e um ano. A habitualidade do apelante com as atividades dos conselhos disciplinares da OAB é, pois, evidente, em forte indício complementar da inverossimilhança de suas alegações. Não havia, ao contrário do que deu a entender o réu em seu interrogatório, alguns procedimentos instaurados em virtude do mesmo fato. Há, sim, longo histórico de condutas consideradas dignas de sanção grave pelos órgãos administrativos competentes, em decisões definitivas e jamais anuladas.

Por derradeiro, é de se salientar que jamais se contestou o fato de a OAB ter realizado as intimações pertinentes; apenas se contesta que o advogado comunicou as decisões ao réu. No entanto, sem qualquer prova de tal conduta (em verdade, nem sequer da existência do referido advogado no contexto destes processos disciplinares), não há como acolher o pleito defensivo de absolvição. Há, deveras, uma presunção relativa de que intimações regularmente realizadas cumpriram seus efeitos de comunicação legal; apenas provas poderiam infirmar tal presunção jurídica, e não alegações despidas de elementos comprobatórios de qualquer espécie.

Posto isso, passo ao exame dos pleitos subsidiários do réu. São eles: a) aplicação de atenuante inominada, consistente na primariedade do réu; b) minoração da pena, baseada no afastamento da "acusação contida no art. 71 do CP".

No entanto, a primariedade do réu não deve ser considerada como atenuante inominada, mas sim para a valoração positiva de seus

anteriores, que consubstanciam circunstância judicial por expressa dicação legal (Código Penal, art. 59, caput). Nesse sentido já decidiu esta E. Corte Regional:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. EXIGIBILIDADE. DOLO ESPECÍFICO. PRESCINDIBILIDADE. DIFICULDADES FINANCEIRAS. IMPROCEDÊNCIA. DOSIMETRIA. ATENUANTE. CRIME CONTINUADO. CONCURSO MATERIAL. 1. 1. Resta pacificado nos Tribunais Superiores o entendimento de que o delito tipificado no art. 168-A do Código Penal é de natureza material, uma vez que para sua consumação exige-se a efetiva frustração à arrecadação da Seguridade Social, razão pela qual é exigível o encerramento do procedimento administrativo. Também é nesse sentido a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 2. A materialidade dos delitos de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária encontra-se satisfatoriamente provada pelas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito - NFLD n. 35.889.624-0 e 35.889.625-8, pelos Autos de Infração - AI n. 35.707.030-5, n. 35.889.621-5, n. 35.889.622-3 e n. 35.889.632-1 e demais documentos que instruem as Peças Informativas n. 1.34.028.000061/2006-29. 3. Comprovada a autoria dos delitos de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária. 4. O delito de apropriação de contribuições previdenciárias não exige animus rem sibi habendi para sua caracterização. O fato sancionado penalmente consiste em deixar de recolher as contribuições, vale dizer, uma omissão ou inação, sendo delito omissivo próprio, que se configura pela abstenção de praticar a conduta exigível. Não exige, portanto, que o agente queira ficar com o dinheiro de que tem a posse para si mesmo, invertendo o ânimo da detenção do numerário. Configura-se o delito com a mera omissão no recolhimento. 5. O elemento subjetivo do art. 337-A do Código Penal, embora crime material, dependendo para a sua consumação, da efetiva ocorrência do resultado, não necessita, para sua caracterização, da presença de dolo específico, ou seja, o dolo exigível, é, também o dolo genérico, como ocorre com o delito de apropriação indébita previdenciária prevista no art. 168-A do mesmo diploma legal. O tipo não exige nenhum fim especial, bastando a conduta consistente em "suprimir ou reduzir". Portanto, assim como no delito previsto no art. 168-A, não é necessário o animus rem sibi habendi para sua caracterização. 6. A mera existência de dificuldades financeiras, as

quais, por vezes, perpassam todo o corpo social, não configura ipso facto causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quanto ao delito de não-repasse de contribuições previdenciárias. O acusado tem o ônus de provar que, concretamente, não havia alternativa ao não-repasse das contribuições. 7. A primariedade do apelante não caracteriza circunstância relevante a ensejar a aplicação da atenuante inominada do art. 66 do Código Penal. Ressalte-se que referida circunstância é levada em consideração na primeira fase da dosimetria da pena, no momento da fixação da pena-base. 8. Cada acusado praticou 2 (dois) delitos em concurso material, sendo que cada um deles foi praticado em continuidade delitiva. Aplicável o art. 71 do Código Penal ao presente caso. 9. Não conhecido o recurso da defesa na parte em que pretende a redução das penas-base ao mínimo legal. 10. Apelação de Aldo Antônio Domingos não conhecida em parte e, na parte conhecida, desprovida. Apelo de Constantino Nicola Stavros Karydi desprovido. Recurso do Ministério Público Federal provido.(ACR 00000728220074036123, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por outro lado, a simples primariedade técnica não necessariamente constitui "circunstância relevante" para fins de abrandamento da pena-base. Este é precisamente um caso em que tal caracterização não ocorre (mesmo que fosse possível realizá-la na segunda fase da dosimetria penal), porquanto o réu, ainda que tecnicamente primário, possui condenação criminal por apropriação indébita no exercício da profissão (Código Penal, art. 168, § 1º, III), cujo trânsito em julgado para a defesa ocorreu em 13 de abril de 2012 (fl. 55 do apenso). Portanto, ainda que não reincidente (pois os fatos cuja prática ora se julga foram cometidos anteriormente ao trânsito em julgado da condenação referida), não se poderia ter como relevante para fins de abrandamento da pena sua não reincidência, visto que sua conduta de fato já se mostrou desviada em outros momentos.

Feito o esclarecimento preliminar, passo a tratar estritamente da dosimetria.

- Da Dosimetria

Na primeira fase, foram valoradas negativamente pelo édito condenatório as seguintes circunstâncias judiciais: antecedentes, personalidade e conduta social. De fato, os elementos constantes dos autos mostram que o réu já foi condenado por apropriação indébita no exercício da profissão, como consignei supra, o que implica valoração negativa de seus

anteriores. Já a conduta social do agente se mostrou voltada à prática de atos incompatíveis com a probidade e dignidade da advocacia, do que dão prova os doze procedimentos disciplinares em que foi condenado pelos próprios pares entre os anos de 2011. O próprio objeto deste processo denota de forma complementar a reiteração de condutas em desalinho com os preceitos normativos e disciplinares que regulam o exercício da advocacia. De outro lado, entendo não haver elementos nos autos que denotem personalidade do réu, salvo aqueles já apreciados quando da avaliação dos antecedentes e da personalidade do réu. Demais disso, a personalidade refere-se ao caráter do agente. Deve ser entendida como a "agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito" (HC 200501956588, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:06/08/2007 PG:00550 REVFOR VOL.:00394 PG:00434 ..DTPB). Inexistindo nos autos quaisquer provas que permitam a análise desses elementos, a personalidade do acusado não deve ser considerada negativamente. Posto isso, reduzo a pena-base em relação ao quantum fixado na sentença, estabelecendo-a em 10 (dez) meses de detenção.

Na segunda fase da dosimetria, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Quanto à aplicação da (suposta) atenuante inominada pela primariedade técnica do apelante, reporto-me ao que expus sobre o tema supra.

Não há causas de diminuição; porém, incide aqui o aumento relativo ao crime continuado. O apelante pediu a desconsideração do art. 71 do Código Penal como se crime autônomo fosse; evidentemente, não se trata disso, mas de figura jurídica criada exatamente em benefício de réus que praticaram crimes semelhantes quanto ao momento, ao local e às circunstâncias de sua ocorrência. Constatada a prática, por quatro vezes, do crime de exercício irregular de profissão, em circunstâncias similares de modo, tempo e lugar, deve necessariamente ser aplicado o art. 71, reconhecendo-se a continuidade delitiva. De resto, a alternativa jurídica, em tese, seria, reconhecendo a inexistência de similaridade do delito, aplicar o concurso material (Código Penal, art. 69), o que acarretaria grande aumento na própria condenação imposta em primeiro grau. Até mesmo sob esse prisma, incabível o pleito subsidiário de não aplicação do art. 71 do Código Penal.

Por serem semelhantes os delitos, e tendo em vista sua quantidade e grau

de lesividade, correta a majoração realizada pelo Juízo a quo, aumentando-se em $\frac{1}{4}$ a pena-base. Mantenho tal aumento, fixando a pena final em um ano e quinze dias de detenção.

Presentes os requisitos do art. 44, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, mantendo-as como impostas pela sentença: prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública pelo prazo da pena privativa de liberdade substituída; prestação pecuniária, consistente no pagamento de uma cesta básica por mês, pelo prazo da pena privativa de liberdade substituída, a entidade de caráter assistencial, tendo a cesta básica o valor de R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais).

Quanto à última prestação, relativa a 15 (quinze) dias de detenção, aplica-se o valor da prestação mensal pela metade.

Pelo exposto, conheço da apelação criminal e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, para, mantendo a condenação pela prática do crime previsto no art. 205 do Código Penal, reduzir a pena final para um ano e quinze dias de detenção; substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública pelo prazo da pena privativa de liberdade substituída; prestação pecuniária, consistente no pagamento de uma cesta básica por mês, pelo prazo da pena privativa de liberdade substituída, a entidade de caráter assistencial, tendo a cesta básica o valor de R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais), aplicando pela metade o valor da prestação pecuniária em sua parcela final, relativa aos últimos 15 (quinze) dias da pena privativa de liberdade substituída.

É como voto.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal