



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.264.697 - SP (2011/0163100-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : SALETE IZABEL DE CARVALHO
AGRAVANTE : MARIA JOSE DA SILVA
AGRAVANTE : FÁTIMA SUELI ROSSOLEM
ADVOGADO : ANDRÉ SALVADOR ÁVILA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO. VIABILIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A existência de crédito tributário constituído, que é inclusive objeto de execução fiscal, viabiliza a persecução penal, conforme entendimento desta Corte.

2. Para que fique caracterizada a causa supralegal de exclusão da culpabilidade relativa à inexigibilidade de conduta diversa, é necessário que a defesa comprove, por força do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, que a omissão no recolhimento das contribuições devidas ao INSS decorreu de dificuldades financeiras da empresa, o que, no caso, não ocorreu.

4. Para acolher a alegação de que a empresa da qual o agravante era sócio estava absolutamente impossibilitada de efetuar o recolhimento das contribuições devidas ao INSS, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, conforme é cediço, é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.264.697 - SP (2011/0163100-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : SALETE IZABEL DE CARVALHO
AGRAVANTE : MARIA JOSE DA SILVA
AGRAVANTE : FÁTIMA SUELI ROSSOLEM
ADVOGADO : ANDRÉ SALVADOR ÁVILA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

SALETE IZABEL DE CARVALHO, MARIA JOSÉ DA SILVA e FÁTIMA SUELI ROSSOLEM propõem agravo regimental contra decisão de fls. 772-776, que negou seguimento ao recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se pretendia fosse extinto o processo "por ausência de requisito de procedibilidade" ou que seja reconhecida a "inexigibilidade de conduta diversa" com a consequente absolvição das recorrentes (fl. 720).

Alegam os agravantes, em suas razões, que a conclusão da decisão agravada, de que havia sido esgotada a via administrativa se deu equivocadamente, porquanto "estabelece o artigo 83 acima transcrito, a representação fiscal para fins penais SOMENTE pode ser apresentada, neste caso pelo INSS ao Ministério Público Federal, após a decisão final na esfera administrativa, o que neste caso não foi observado pelo INSS que apresentou referida representação fiscal concomitante à lavratura da NFLDS aqui citadas, em 10 de agosto de 2001" (fls. 790-791).

Asserem, ainda, que "é possível dizer que a verificação da ocorrência da excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa das Agravantes, não implica, nesta hipótese, em reexame de fatos ou provas constantes dos autos, mas tão somente em análise da equivocada qualificação jurídica que o v. acórdão recorrido atribuiu a esta hipótese, no que concerne a esta excludente de culpabilidade" (fl. 793).

Aduzem que "ao contrário do que restou consignado pela r. decisão agravada, este Colegiado poderá constatar SEM a NECESSIDADE, de análise a fato experimentado pela empresa LOBBY que a situação financeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da aludida empresa era grave e a impediu, de forma irresistível, a adimplir com suas obrigações previdenciárias" (fl. 794).

Requerem, diante disso, seja dado provimento ao agravo regimental para "reformular a r. decisão monocrática (fl. 799).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.264.697 - SP (2011/0163100-2)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO. VIABILIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A existência de crédito tributário constituído, que é inclusive objeto de execução fiscal, viabiliza a persecução penal, conforme entendimento desta Corte.

2. Para que fique caracterizada a causa supralegal de exclusão da culpabilidade relativa à inexigibilidade de conduta diversa, é necessário que a defesa comprove, por força do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, que a omissão no recolhimento das contribuições devidas ao INSS decorreu de dificuldades financeiras da empresa, o que, no caso, não ocorreu.

4. Para acolher a alegação de que a empresa da qual o agravante era sócio estava absolutamente impossibilitada de efetuar o recolhimento das contribuições devidas ao INSS, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, conforme é cediço, é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal.

5. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Ao negar seguimento ao recurso, consignei o seguinte (fls. 772-776):

SALETE IZABEL DE CARVALHO, MARIA JOSÉ DA SILVA e FÁTIMA SUELI ROSSOLEM interpõem recurso especial, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, que negou provimento ao recurso de apelação lá interposto, nos termos desta ementa (fls. 703-704):

PENAL. PROCESSO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME FORMAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE.

DESNECESSIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. ÔNUS PROBATÓRIO DA DEFESA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. PROVA PRECÁRIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Os delitos de apropriação indébita previdenciária se caracterizam como crimes omissivos próprios, que se consumam com a mera omissão no recolhimento das quantias referentes às contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos funcionários da empresa.

2. Assim, ao contrário dos crimes contra a ordem tributária, que acarretam a redução ou supressão do tributo, o crime de apropriação indébita previdenciária não se caracteriza como crime material, de modo que o término do procedimento administrativo, no qual se apuram os valores suprimidos ou reduzidos, não condição de procedibilidade para a ação penal, nesse tipo de delito. Precedentes desta Corte. Preliminar rejeitada.

3. Excludente de culpabilidade. Ônus probatório da defesa.

4. Inexigibilidade de conduta diversa. Alegação de prejuízo financeiro acumulado e situação ruínosa da empresa. Existência de débitos da empresa tanto pode indicar que ela passava por dificuldades financeiras, como pode demonstrar que seus administradores eram maus pagadores. Prova precária. Precedentes desta Corte.

5. Eventuais dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa são insuficientes a excluir a ilicitude do fato ou a culpabilidade dos agentes. Impossibilidade de aplicação da hipótese prevista no art. 22 do Código Penal.

6. Recurso improvido.

Depreende-se dos autos que as recorrentes foram condenadas, por apropriação indébita previdenciária, à pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 23 dias-multa, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena pecuniária equivalente a um décimo do salário mínimo vigente na época dos fatos.

Em suas razões, alegam, em síntese, que o acórdão recorrido contrariou o art. 83 da Lei n. 9.430/1996 porque é "requisito de procedibilidade da ação penal neste caso que tenha sido proferida DECISÃO FINAL na esfera administrativa sobre a exigibilidade do crédito tributário, no presente caso nas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito (NFLD'S) que apuraram a suposta conduta típica cometida pelas Recorrentes" (fl. 710).

Aduzem, nessa quadra, que "ao contrário do que asseverou a veneranda decisão recorrida mesmo na conduta de apropriação indébita tributária, prevista no artigo 168-A, § I.º, inciso I, do Código Penal, é fundamental a decisão final no processo administrativo, pois esta conduta típica está prevista no artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90" (fl. 711).

Sustentam, ainda, violação do art. 22 do Código Penal, haja vista que "se tratou este não recolhimento de uma ignorância a uma norma cogente e que trouxe implicações na seara penal, ou de uma mera decisão das Recorrentes, mas sim de uma verdadeira situação irresistível e que se tornou inevitável, ante a completa ausência de bens das Recorrentes que pudessem ser convertidos em dinheiro para quitar tais obrigações, até mesmo porque todas as Recorrentes tiravam seu sustento da aludida empresa, de modo que se não fizessem como fizeram a retirada de pro labore, as mesmas passariam FOME, e uma vez que as Recorrentes adoecessem por não poder manterem seu próprio sustento a empresa LOBBY seria fechada" (fl. 715).

Assim, obtemperam, "demonstrada situação financeira ruínosa e grave da empresa Lobby, portanto, obrigou de forma irresistível as Recorrentes a não recolherem as contribuições previdenciárias ao INSS, de tal sorte que as Recorrentes, como não tiveram escolha, não tinham meios de agir diferentemente, não merecem ser punidas por este não recolhimento" (fl. 717).

Requerem, pelo exposto, seja extinto o processo "por ausência de requisito de procedibilidade" ou que seja reconhecida a "inexigibilidade de conduta diversa" com a consequente absolvição das recorrentes (fl. 720).

Contrarrazões às fls. 729-737.

Admissibilidade às fls. 739-743.

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal, este se manifestou pelo não conhecimento do recurso.

Decido.

Inicialmente, registro que a questão versada no recurso especial foi debatida pelas instâncias ordinárias, superando, por isso, o óbice do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prequestionamento. Entretanto, o recurso não tem procedência. Com efeito, em relação à primeira alegação das recorrentes, de fato, a jurisprudência desta Corte tem se orientado pela necessidade de se esgotar a via administrativa nos crimes de apropriação indébita previdenciária, sempre com a ressalva do meu ponto de vista, que se alinha ao entendimento sufragado pelo acórdão recorrido (v.g. **HC n. 270.027/RS**, DJe 28/8/2014). Todavia, colhe-se da sentença, nesse particular, o seguinte (fl. 604):

Antes de deliberar sobre o recebimento da inicial, este Juízo diligenciou junto ao INSS para verificar a situação dos débitos descritos nas NFLD's nº 35.386.338-6 e 35.368.344-0 e se ainda havia discussão na esfera administrativa (fls. 137). **Em resposta, o órgão previdenciário informou que a dívida não havia sido quitada ou parcelada, encontrando-se em execução no Anexo Fiscal da Comarca de Jundiáí** (fls. 140), motivo pelo qual a denúncia foi recebida.

Como se infere, o débito foi constituído e, por não ter sido quitado ou parcelado, encontra-se em execução fiscal na Comarca de Jundiáí. Logo, embora os argumentos externados pelo acórdão sejam contrários ao entendimento predominante nesta Corte, **fato é que a via administrativa, no caso, foi exaurida**, razão pela qual o recurso, nesse ponto, não procede.

No que concerne à suposta inexigibilidade de conduta diversa, dadas as dificuldades financeiras por que supostamente estaria passando a empresa no período, extrai-se do aresto impugnado esta passagem (fl. 698):

Frise-se que a comprovação das dificuldades financeiras por que passava a empresa, na época do não recolhimento, era ônus da defesa, que, por sua vez, ao contrário do que ora afirma, não demonstrou a ocorrência da inexigibilidade de conduta diversa. Ora, a hipótese apresentada pelas apelantes é insuficiente a alterar conclusão do julgado, uma vez que não houve prova de que as rés não possuíam outra alternativa, senão deixar de recolher as contribuições. Deveriam provar, por exemplo, que, ou pagavam os salários, ou as contribuições, o que não ocorreu na espécie.

De outro lado, a existência de déficit financeiro por parte da empresa não impediu que as acusadas recebessem pro labore durante todo esse período, como comprovam os balanços patrimoniais juntados aos autos (fls. 335/451). Além disso, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de débitos tanto pode indicar que a empresa passava por dificuldades financeiras, como pode demonstrar que seus administradores eram maus pagadores.

A admissão de causa supralegal de exclusão da culpabilidade pressupõe, diante das circunstâncias de fato, que não seria exigível comportamento das recorrentes conforme o ordenamento jurídico, o que, como se vê, não foi comprovado. Aliás, destaca o acórdão que "a existência de déficit financeiro não impediu que as acusadas recebessem pro labore".

É evidente que a desconstituição do julgado, nesse aspecto, enseja o reexame da situação de fato experimentada pela empresa em confronto com a postura das recorrentes, o que é inviável pela via escolhida (incidência da Súmula n. 7 do STJ).

À vista do exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, **nego seguimento** ao recurso especial.

A decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Embora o agravante afirme que o procedimento administrativo de constituição do crédito tributário não havia sido ultimado, fato é que **a sentença reconhece, expressamente – tal como ressaltou o *decisum* impugnado –, que o débito já seria objeto de execução fiscal** o que, a *fortiori*, pressupõe a existência de crédito constituído e viabiliza, portanto, a persecução penal.

Sob diversa angulação, para que fique caracterizada a causa supralegal de exclusão da culpabilidade relativa à inexigibilidade de conduta diversa, é necessário que a defesa comprove, por força do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, **que a omissão no recolhimento das contribuições devidas ao INSS decorreu de dificuldades financeiras da empresa, o que, no caso, não ocorreu**. Na espécie, a análise de tal pretensão exige o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento que, conforme é cediço, é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal.

Nego, pois, **provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0163100-2

AgRg no
REsp 1.264.697 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029484020024036105 200261050029482 29484020024036105

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SALETE IZABEL DE CARVALHO
RECORRENTE : MARIA JOSE DA SILVA
RECORRENTE : FÁTIMA SUELI ROSOLEM
ADVOGADO : ANDRÉ SALVADOR ÁVILA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita Previdenciária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SALETE IZABEL DE CARVALHO
AGRAVANTE : MARIA JOSE DA SILVA
AGRAVANTE : FÁTIMA SUELI ROSOLEM
ADVOGADO : ANDRÉ SALVADOR ÁVILA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.