



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.574 - SP (2009/0201581-3)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : CARLA CRISTINA MIRANDA DE MELO GUIMARÃES -
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ANTÔNIO CARLOS GONÇALVES GROSSI
PROCURADOR : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OUTRO(S)

EMENTA

PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TIPO PENAL (ART. 168-A DO CP). DOLO ESPECÍFICO. NECESSIDADE DE SE DEMONSTRAR A INTENÇÃO DE SE FURTAR AO RECOLHIMENTO TRIBUTÁRIO.

1 - O tipo do art. 168-A do Código Penal, embora tratando de crime omissivo próprio, não se esgota somente no "deixar de recolher", isto significando que, além da existência do débito, haverá a acusação de demonstrar a intenção específica ou vontade deliberada de pretender algum benefício com a supressão ou redução, já que o agente "podia e devia" realizar o recolhimento.

2 - Elemento subjetivo expressamente aferido pela sentença absolutória que, com base nas provas dos autos, concluiu pela sua inexistência, na espécie.

3 - Ordem concedida para restabelecer o édito de primeiro grau de jurisdição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Após o voto da Sra. Ministra Relatora concedendo a ordem de habeas corpus, no que foi acompanhada pelo voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, e os votos divergentes das Sras. Ministras Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira, denegando-a, verificou-se empate na votação. Prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente, a Turma concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidas as Sras. Ministras Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira." O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior votou com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 04 de setembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.574 - SP (2009/0201581-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : CARLA CRISTINA MIRANDA DE MELO GUIMARÃES -
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ANTÔNIO CARLOS GONÇALVES GROSSI
PROCURADOR : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ANTÔNIO CARLOS GONÇALVES GROSSI, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 2000.61.03.001135-9).

Segundo consta dos autos, o paciente foi denunciado por prática descrita no art. 95, alínea "d" da Lei nº 8.212/1991, tendo sido absolvido em primeiro grau de jurisdição, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, *verbis* (fls. 89/95):

Ora, o legislador fez pairar sobre o tipo penal do art. 168-A o nomen júrís "Apropriação indébita previdenciária".

É da vontade da norma, portanto, incriminar aquele que age com a intenção de assenhorear-se dos valores descontados, sendo elemento subjetivo do injusto o animus rem sibi habendi.

Não foi por outra razão, destaque-se, que o legislador introduziu o novo tipo penal ao lado da clássica definição do crime de apropriação indébita, topologicamente destinando-lhe endereço que evidencia a tutela penal do patrimônio e o dolo com que age quem fere tal bem assim penalmente tutelado. De fato, a tutela penal genérica e específica, definidas pelo Título e pelo Capítulo em que se insere o tipo que define o crime, ressaltam a proteção ao patrimônio no âmbito da apropriação indébita.

Aliás, ainda no contexto das alterações introduzidas pela Lei 9983/2000, temos que o Legislador dispôs acerca da sonegação de contribuição previdenciária no artigo 337-A, definindo condutas omissivas que levam a resultado danoso para a Previdência, inclusive a conduta de deixar de lançar mensalmente na contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados (art. 337-A, II, CP). Dessarte fica claro que o Legislador, quando quis definir crime de mera conduta, assim o fez expressamente, inclusive situando o respectivo tipo penal no endereço tecnicamente correto do Código, não sendo de se dar a um dispositivo isoladamente uma interpretação em tudo desarmônica em relação ao Ordenamento como um todo. Ferir-se-ia o princípio da integração da norma jurídica, olvidando o Direito enquanto sistema.

Nesse contexto, se antes a jurisprudência em geral considerava o delito definido no art. 95, "d", da Lei 8212/91, como crime de mera conduta, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

características próprias e distintas da apropriação indébita, agora certamente novo entendimento se impõe.

De fato, já se entendeu que o não recolhimento das contribuições nas épocas próprias seria suficiente a incriminar o agente, circunstância que em boa hora o legislador corrigiu, vez que constituía consequência penal de extremo rigor e em óbvia desproporção à reprovabilidade que o senso comum da sociedade empresta desde sempre a condutas desse jaez, máxime por generalizar a figura do devedor da Previdência como criminoso, desconsiderando características próprias caso a caso.

Somente se incrimina o agente se restar provado o dolo, a intenção de apropriar-se dos valores descontados, punindo-se tão-somente aqueles que inverteram o título da posse dos valores recolhidos em ação motivada e com a finalidade de locupletamento ilícito.

Dado o conteúdo finalístico do Código Penal, o dolo constitui o próprio tipo, impondo-se examinar desde o nascedouro da conduta a carga subjetiva com que se embalava o agente. Equivale a dizer que débitos oriundos de exações previdenciárias, por si sós, não constituem circunstância com a estatura de um tipo incriminador.

Dito isso, cumpre observar a inferioridade dos autos em busca da materialidade e da autoria delitivas. Não se discute que o débito previdenciário existiu e que se arrasta até hoje, ao menos em parte, como se vê dos autos.

Contudo, como já suficientemente demonstrado, o artigo 95, "d", da Lei 8212/91 foi revogado e com ele a condição de dispositivo penal com "características próprias", capaz de incriminar alguém tão-só por dever à Previdência Social. Agora não mais existe aquela odiosa presunção de intenção delitiva, ou, o que era ainda mais odioso, não se pode mais alegar a simples dispensa de qualquer consideração acerca da intenção do agente. Com efeito, não é letal ao réu que as dificuldades financeiras da empresa pendam de perícia contábil ou outra prova documental. O Estado, no exercício da persecução penal, é que deveria provar que o acusado agiu dolosamente, com o fim de inverter para si a posse dos valores recolhidos a fim de locupletar-se ilicitamente.

Os reais motivos que levaram ao acusado, na administração da empresa Pinquim Gelo Indústria e Comércio Ltda, empresa esta que o acusado foi sócio de 1978 a 1998, e que a administrou mais ou menos de 1992 a 1998, a não levar aos cofres da Previdência Social os valores, que deveriam por força de lei, serem descontados dos salários dos empregados e repassados ao INSS, foram as dificuldades financeiras, chegando os sócios a terem que injetar dinheiro na empresa, sabotagem que ocorreu na empresa em 1995, com um vazamento de amônia do sistema de purga que gerou a lacração da empresa por um período, publicidade negativa, com queda de vendas, problema ocorrido na via pública, que praticamente "ilhou" a empresa, e, finalmente, a prisão do acusado em 1998, em razão da prática de homicídio contra sua esposa (Interrogatório de Adalberto José Montemagni às folhas 76/77). Confira, ainda, os Interrogatórios do Acusado, às folhas 255/256, folhas 317/318, e folhas 321/322, ressaltando-se que o Interrogado, por ocasião de seu interrogatório no Juízo da Comarca de Aparecida apresentou aquele Juízo reportagens acerca do alegado vazamento de amônia, sendo orientado a apresentar esses documentos ao advogado nomeado pelo juízo deprecante.

Estes fatos na convicção deste Juízo levaram ao acusado ao não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento dos valores devidos à Previdência Social e decorrentes de débitos, que por força de lei, a empresa deveria descontar dos salários dos seus empregados.

Não há prova nos autos, se realmente a empresa, apesar de legal e contabilmente ser a responsável pelos descontos nos salários dos seus empregados da parte da contribuição previdenciária por eles devida, tinha o dinheiro desta parte da folha de pagamentos em caixa para de fato e realmente fazer tais descontos e posteriormente deles se apropriar e não fazer o recolhimento aos cofres da Previdência Social, na forma, no modo e no tempo devidos.

No ver deste Juízo caberia a acusação fazer a prova de que realmente a empresa possuía no tempo e por ocasião da confecção da folha de pagamento e do pagamento desta folha aos seus empregados, se é que ela até mesmo pagou os salários devidos aos seus empregados para ver responsabilizado criminalmente seu administrador em decorrência do fato, irrefutável é verdade, de que a empresa deve ao INSS valores que deveria, por força de lei, ter descontado dos salários de seus empregados e repassado aos cofres da Previdência Social.

Se a acusação não faz tal prova, e entendo que o ônus desta prova é da acusação, não há como responsabilizar criminalmente o sócio administrador da empresa, porque objetivamente a empresa hoje deve valores para a Previdência Social em razão de débitos relativos a contribuição previdenciária de seus empregados e que dos salários deles deveriam ser descontados para repasse à Previdência Social.

Não há responsabilidade penal objetiva, a Constituição Federal, veda a prisão por dívida, a exceção do fiel depositário e do devedor de alimentos, e nenhuma destas duas hipóteses é o caso.

Não há prova nos autos de que o acusado tenha realmente descontado dos salários de seus empregados a contribuição previdenciária por eles devidas à Previdência Social, há sim a constatação de que na folha de pagamento figura a contabilização de tais descontos, porém não há a comprovação de que aquela folha foi realmente paga pela empresa e nem há prova de que realmente aquele valor contabilizado como descontos de contribuição previdenciária de responsabilidade dos empregados existia no momento do pagamento da folha de salários ou no momento de vencimento de seu repasse aos cofres da Previdência Social, então como ninguém pode ser obrigado por falo impossível, nem ser condenado sem provas, a absolvição toma-se imperiosa.

Diante de todo o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão estatal contida na denúncia para, com fulcro no art. 386, inc. VI, do C.P.P., ABSOLVER o acusado ANTÔNIO CARLOS GONÇALVES GROSSI.

Manejada apelação pelo Ministério Público Federal, foi provida a teor da seguinte ementa (fl. 296):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DOLO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ÔNUS DA PROVA.

1.O delito previsto no artigo 168-A do Código Penal é omissivo. A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

simples inobservância do dever legal de agir, consistente no não recolhimento das contribuições previdenciárias à Previdência Social, revela a presença do dolo, que é genérico.

2.A intenção de apropriação dos valores relativos às contribuições previdenciárias não repassadas ao Fisco Previdenciário não constitui elemento subjetivo do tipo. A figura típica em comento dispensa dolo específico de apropriação de valores.

3.Alegadas dificuldades financeiras da empresa como causa excludente da culpabilidade devem ser comprovadas. Prova exclusivamente testemunhal, sem amparo documental, não é suficiente para tal demonstração. Ônus da prova que incumbe à defesa, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

4.Apelação provida.

Daí a presente impetração, alegando que o Ministério Público Federal não se desincumbiu de provar *"se houve o real desconto dos valores e o não recolhimento intencional, ou apenas, escriturou-se o desconto ante a ausência de recursos financeiros para honrar o pagamento."* (fl. 09).

Diz ainda que a notificação fiscal de lançamento de débito e o procedimento arrecadatório realizado pelo INSS foram produzidas na fase de investigação, não sendo, pois, hábeis à condenação, sob pena de infringência ao art. 155 do Código de Processo Penal, não havendo elementos produzidos sob o crivo do contraditório que possam arrimar o decreto condenatório. Neste particular, acrescenta que o crime em apreço deixa vestígios e, portanto, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, indispensável é o exame de corpo de delito que não se supre pela confissão do acusado.

Aduz que a conduta, *in casu*, é atípica, porque o paciente não agiu com dolo de apropriar-se dos valores, porque, em realidade, o numerário nunca existiu, dadas as grandes dificuldades financeiras porque passava a empresa, não havendo, de fato, desconto, mas apenas e tão-somente o seu registro contábil. Não houve apropriação de recursos, simplesmente porque eles não existiram, o que faz ser de rigor a absolvição pelo art. 386, III do Código de Processo Penal.

Salienta que falta à espécie culpabilidade, pois não era exigível do paciente outra conduta, se não a de deixar de pagar certas despesas, como as tributárias, para a própria sobrevivência da empresa. Não havia alternativa.

Formula o seguinte pedido (fl. 20):

Diante do exposto, requer-se seja concedida a ordem de habeas corpus para absolver o paciente, em atenção ao princípio da ampla defesa e contraditório, ante a ausência de prova da existência de recursos financeiros a arcar com o pagamento das contribuições, de modo a ensejar a atipicidade da conduta pela ausência de dolo ou ainda pela ausência de culpabilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os autos, inicialmente distribuídos ao Ministro Nilson Naves, em 13 de outubro de 2009, foram ao Ministério Público Federal, cujo parecer é pela denegação da ordem (fls. 150/153).

Em novembro de 2010, vieram-me redistribuídos (fl. 166).

Informações (fls. 182/304), prestadas em março de 2012, esclarecem ter sido expedida guia de execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.574 - SP (2009/0201581-3)

EMENTA

PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TIPO PENAL (ART. 168-A DO CP). DOLO ESPECÍFICO. NECESSIDADE DE SE DEMONSTRAR A INTENÇÃO DE SE FURTAR AO RECOLHIMENTO TRIBUTÁRIO.

1 - O tipo do art. 168-A do Código Penal, embora tratando de crime omissivo próprio, não se esgota somente no "deixar de recolher", isto significando que, além da existência do débito, haverá a acusação de demonstrar a intenção específica ou vontade deliberada de pretender algum benefício com a supressão ou redução, já que o agente "podia e devia" realizar o recolhimento.

2 - Elemento subjetivo expressamente aferido pela sentença absolutória que, com base nas provas dos autos, concluiu pela sua inexistência, na espécie.

3 - Ordem concedida para restabelecer o édito de primeiro grau de jurisdição.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

O norte jurisprudencial traçado pela Sexta Turma deste Tribunal Superior, é no sentido de ser imprescindível a demonstração do dolo específico (*animus rem sibi habendi*) de lesar a Previdência Social, para que se tipifique a conduta prevista no artigo 168-A do Código Penal.

Importante consignar que não se desconhece a existência de decisões deste Tribunal que consideram, nos denominados crimes tributários e de apropriação indébita previdenciária, esgotar-se o dolo no "deixar de recolher", isto significando que, uma vez demonstrado o débito, a conduta típica passa a ser considerada pelo não recolhimento do tributo ou contribuição, sendo desnecessário qualquer outro elemento subjetivo diverso, como a intenção específica ou vontade deliberada de pretender algum benefício com a supressão ou redução. A respeito, vejam-se os precedentes:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP. DOLO GENÉRICO. RECURSO PROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Egrégia Corte, por unanimidade, pacificou o entendimento de que o crime previsto no art. 95, alínea d, da Lei n.º 8.212/91, revogado com o advento da Lei n.º 9.983/00, que tipificou a mesma conduta no art. 168-A do Código Penal, se consuma com o simples não-recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados no prazo legal. (AgRg no REsp 1.070.139/PE, Rel. Min. JANE SILVA, Desembargadora Convocada, Sexta Turma, DJ 2/2/09) 2. Recurso especial conhecido e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provido para cassar a ordem de habeas corpus e determinar o prosseguimento da ação penal". (REsp 1107297/PE, Relator Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 31/08/2009).

"AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. 1. Esta Corte pacificou entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária caracteriza-se com a simples conduta de deixar de recolher as contribuições descontadas dos empregados, sendo desnecessário o *animus rem sibi habendi* para a sua configuração. 2. Trata-se, pois, de crime omissivo próprio ou puro, que se aperfeiçoa independentemente do fato de o agente (empregador) vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social. 3. A exigência do dolo específico tornaria praticamente impossível atingir o objetivo do legislador ao editar a norma contida no artigo 168-A do Código Penal, que é o de proteger o patrimônio público e os segurados da Previdência Social. 4. Agravo regimental desprovido". (AgRg no REsp 750979/RJ, Relator Min. PAULO GALLOTTI, DJe 03/08/2009).

No entanto, a Sexta Turma tem entendimento diverso, conforme professado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 695.487/CE, na assentada de 10/11/2009. Naquela oportunidade proferi voto que ora transcrevo, *verbis*:

"A descrição típica, no meu entender, não retira a discussão sobre o dolo específico do agente. Primeiro é dizer que os crimes dessa natureza são daqueles que importam numa conduta omissiva, cuja delimitação o art. 13, § 2º, do Código Penal dispõe:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (...).

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado...

Como visto da previsão legal, aplicável certamente ao tipo em comento, a omissão deve vir pautada pelo desvalor do resultado, porquanto inexistente o dolo na conduta não intencional, como a que irrealizada por circunstância fora das condições do agente (podia e devia). No caso em desate, a vontade de apropriar-se dos valores descontados dos salários dos empregados, sem justo motivo, deve ser discutido já com a imputação da denúncia, sob pena de aceitar o cometimento do crime mesmo diante da absoluta impossibilidade de realizar o recolhimento.

Veja-se o que preconiza Celso Delmanto [et al], em festejada obra:

'Dolo (vontade livre e consciente de apropriar-se, deixando de repassar), que deve ser posterior ao recolhimento (desconto), sendo necessário, ainda, o especial fim de agir (para apoderar-se da contribuição recolhida). Para a doutrina tradicional, é o dolo específico'. (Código Penal Comentado – Rio de Janeiro: Renovar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2007, pág. 506).

Por sua vez, Juarez Tavares é de opinião no mesmo sentido, *verbis*:

'...nas hipóteses de delitos vinculados exclusivamente a infrações de deveres, nos quais o legislador negligenciou acerca da identificação do desvalor do resultado, contentando-se com a mera inatividade, como ocorre na sonegação fiscal, a real possibilidade deve também englobar a capacidade individual de realizar aquela específica conduta determinada pela norma, ou seja, a capacidade de pagar, a capacidade de fazer pessoalmente, a capacidade de prestar informações etc. Evidentemente se o sujeito não possui dinheiro, não se omite de pagar o débito...'. (As Controvérsias em torno dos Crimes Omissivos. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996. v. 1, pág. 76).

Dentro dessa vertente, tem-se que se a empresa está acometida de grave crise financeira, bem assim, o empresário comprova a impossibilidade de agir, é evidente que se encontra reconhecida a atipicidade, ante a incomprovação da responsabilidade subjetiva, consoante comando constitucional.

A propósito, esta Sexta Turma, em julgamento antigo, pontuou:

'RESP - PENAL - PREFEITO MUNICIPAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA – OMISSÃO - NÃO RECOLHIMENTO - O FATO CRIME RECLAMA CONDUTA E RESULTADO. ANALISADOS DO PONTO DE VISTA NORMATIVO. A RESPONSABILIDADE PENAL (CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA E CODIGO PENAL) É SUBJETIVA. NÃO HA ESPAÇO PARA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. MUITO MENOS PARA A RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO. A CONCLUSÃO APLICA-SE A QUALQUER INFRAÇÃO PENAL. 'NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA' CARACTERIZA - CRIME OMISSIVO PROPRIO. A OMISSÃO NÃO É SIMPLES NÃO FAZER, OU FAZER COISA DIVERSA. É NÃO FAZER O QUE A NORMA JURIDICA DETERMINA. O PREFEITO MUNICIPAL, COMO REGRA NÃO TEM A OBRIGAÇÃO (SENTIDO NORMATIVO) DE EFETUAR OS PAGAMENTOS DO MUNICIPIO; POR ISSO, NO ARCO DE SUAS ATRIBUIÇÕES LEGAIS, NÃO LHE CUMPRE PRATICAR ATOS BUROCRATICOS, DENTRE OS QUAIS, ELABORAR A FOLHA E EFETUAR PAGAMENTOS. LOGO, RECOLHER AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIARIAS. O PORMENOR É IMPORTANTE, NECESSÁRIO POR SER INDICADO NA DENÚNCIA. DIZ RESPEITO A ELEMENTO ESSENCIAL DA INFRAÇÃO PENAL. A AUSENCIA ACARRETA NULIDADE DA DENUNCIA. NÃO HÁ NOTÍCIA AINDA DE HIPOTESE DO CONCURSO DE PESSOAS (CP, ART. 29)'. (REsp 63.986/PR, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/1995, DJ 28/08/1995 p. 26688).

Portanto, a pretensão do Agravante/Recorrente de ver discutido o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

propósito do agente de enganar o fisco para perceber uma vantagem indevida, cabe no tipo penal dos crimes tributários e previdenciários, conforme preconizado acima, sendo viável exigir que a denúncia demonstre o dolo específico, o que não está configurado na espécie".

A fim de firmar bem o posicionamento atual da Sexta Turma, cumpre ainda colacionar parte do voto do Ilustre Desembargador convocado Celso Limongi, proferido nos autos do referido Recurso Especial, assim delineado:

"Em suma, situações há em que o recolhimento das contribuições relativas ao INSS, já descontadas, não pode ser feito por absoluta impossibilidade decorrente da falta de lastro financeiro, comum, aliás, por exemplo, em relação a entidades beneficentes, que não contam com recursos próprios. E, *ad impossibilia nemo tenetur*... Em decorrência de tal situação, cumpre ao órgão acusador trazer à imputação fática, todos os elementos do tipo e, aqui, incluir o dolo específico, a intenção de simplesmente apropriar-se das parcelas descontadas. Confirma-se o que dispõe a obra "Código Penal e sua Interpretação", de coordenação dos Juristas Alberto Silva Franco e Rui Stoco, 8ª edição, 2007, p. 860:

(...) Ora, na figura da apropriação indébita previdenciária, torna-se imperioso o exame de seu âmbito de subjetividade, que é constituído pelo dolo, que deve fazer-se presente na própria tipicidade. Assim, no caso em exame, o dolo ínsito na omissão tipificada exige que o agente tenha conhecimento de que a retenção de contribuições descontadas ou de outras importâncias destinadas à previdência social constitua uma situação típica e se subtraia, voluntariamente, apesar desse conhecimento, da obrigação de atuar. Só então se poderia cogitar da figura da apropriação indébita previdenciária, não bastando para a sua configuração delitiva o simples não repasse ou não recolhimento de contribuição descontada. (...)

Nesse mesmo sentido, a lição do Jurista Cezar Roberto Bitencourt, em "Tratado de Direito Penal", vol. 3, 5ª edição, revista e atualizada, 2009, p. 213:

(...) O elemento subjetivo geral é o dolo, representado pela vontade consciente de deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes. Tratando-se de apropriação indébita, é indispensável o elemento subjetivo especial do injusto, representado pelo especial fim de apropriar-se dos valores pertencentes à previdência social, isto é, o agente se apossa com a intenção de não restituí-los.(...)".

Ao ensejo, confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes desta Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 168-A DO CP E 41 DO CPP. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DEMONSTRAÇÃO DO ANIMUS REM SIBI HABENDI. NECESSIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É pacífica nesta Sexta Turma a orientação no sentido de ser necessária a demonstração do dolo específico para restar caracterizado o tipo penal do artigo 168-A do Código Penal.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1296631/RN, da minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 13/08/2012)

"HABEAS CORPUS PREVENTIVO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 168-A DO CPB). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO EVIDENCIADA. PACIENTE QUE, JUNTAMENTE COM O SEU IRMÃO, EXERCIA COM EXCLUSIVIDADE A ADMINISTRAÇÃO E A GERÊNCIA DA EMPRESA. DESCRIÇÃO DOS FATOS COM TODAS AS SUAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FORMA A VIABILIZAR O PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. AFASTAMENTO PARA TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO E DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. TESE NÃO COMPROVADA, DE PLANO. QUESTÕES QUE DEMANDAM ANÁLISE PROBATÓRIA A SEREM APRECIADAS NO DECORRER DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. (...). 5. No crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CPB) praticado por agente do empregador, se exige que (a) deixe de repassar ao INSS, na data e na forma aprazadas, os valores descontados dos salários dos empregados e (b) que a sua conduta revele a intenção (*animus*) de apropriar-se (*sibi habendi*) desses mesmos valores (*rem*); a exclusão do dolo específico do crime de apropriação indébita previdenciária veicularia a inaceitável responsabilidade penal objetiva nesse ilícito penal ou impactaria a norma magna que proíbe a prisão por dívida. 6. Todavia, o trancamento da Ação Penal, em casos como o dos autos, exige que haja prova incontestada do pagamento da dívida, da prescrição dos créditos tributários, da concessão de anistia, da penhora válida e eficaz, da decretação da falência da empresa, o que não logrou fazer a impetração. 7. Não estando evidente, como alega a impetração, a ausência de participação ou o desconhecimento da atividade delituosa, em razão de suposto afastamento da condução da empresa para tratamento de saúde, tratamento que, aliás, não abarcou todo o período da prática delituosa, a competência para definir a inocência ou não do acusado, a existência do dolo específico na conduta ou a suficiência da prova produzida pela acusação para a condenação do réu é do Juízo processante. 8. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial". (HC 118.462/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 21/09/2009).

Na espécie, faz-se necessário consignar que não há necessidade de revolvimento fático-probatório para aferir a ausência do dolo específico, conforme só acontecer, em regra, em casos deste jaez, porque, em realidade, existem dois pronunciamentos diametralmente opostos, firmados pelas instâncias ordinárias, com base no acervo das provas.

A sentença, entendendo que há necessidade de se provar o dolo específico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(*animus rem sibi habendi*), conclui que não há prova nos autos da sua ocorrência, *verbis*:

Somente se incrimina o agente se restar provado o dolo, a intenção de apropriar-se dos valores descontados, punindo-se tão-somente aqueles que inverteram o título da posse dos valores recolhidos em ação motivada e com a finalidade de locupletamento ilícito.

Dado o conteúdo finalístico do Código Penal, o dolo constitui o próprio tipo, impondo-se examinar desde o nascedouro da conduta a carga subjetiva com que se embalava o agente. Equivale a dizer que débitos oriundos de exações previdenciárias, por si sós, não constituem circunstância com a estatura de um tipo incriminador.

Dito isso, cumpre observar a inferioridade dos autos em busca da materialidade e da autoria delitivas. Não se discute que o débito previdenciário existiu e que se arrasta até hoje, ao menos em parte, como se vê dos autos.

Contudo, como já suficientemente demonstrado, o artigo 95, "d", da Lei 8212/91 foi revogado e com ele a condição de dispositivo penal com "características próprias", capaz de incriminar alguém tão-só por dever à Previdência Social. Agora não mais existe aquela odiosa presunção de intenção delitiva, ou, o que era ainda mais odioso, não se pode mais alegar a simples dispensa de qualquer consideração acerca da intenção do agente. Com efeito, não é letal ao réu que as dificuldades financeiras da empresa pendam de perícia contábil ou outra prova documental. O Estado, no exercício da persecução penal, é que deveria provar que o acusado agiu dolosamente, com o fim de inverter para si a posse dos valores recolhidos a fim de locupletar-se ilicitamente.

Os reais motivos que levaram ao acusado, na administração da empresa Pinquim Gelo Indústria e Comércio Ltda, empresa esta que o acusado foi sócio de 1978 a 1998, e que a administrou mais ou menos de 1992 a 1998, a não levar aos cofres da Previdência Social os valores, que deveriam por força de lei, serem descontados dos salários dos empregados e repassados ao INSS, foram as dificuldades financeiras, chegando os sócios a terem que injetar dinheiro na empresa, sabotagem que ocorreu na empresa em 1995, com um vazamento de amônia do sistema de purga que gerou a lacração da empresa por um período, publicidade negativa, com queda de vendas, problema ocorrido na via pública, que praticamente "ilhou" a empresa, e, finalmente, a prisão do acusado em 1998, em razão da prática de homicídio contra sua esposa (Interrogatório de Adalberto José Montemagni às folhas 76/77). Confira, ainda, os Interrogatórios do Acusado, às folhas 255/256, folhas 317/318, e folhas 321/322, ressaltando-se que o Interrogado, por ocasião de seu interrogatório no Juízo da Comarca de Aparecida apresentou aquele Juízo reportagens acerca do alegado vazamento de amônia, sendo orientado a apresentar esses documentos ao advogado nomeado pelo juízo deprecante.

Estes fatos na convicção deste Juízo levaram ao acusado ao não pagamento dos valores devidos à Previdência Social e decorrentes de débitos, que por força de lei, a empresa deveria descontar dos salários dos seus empregados.

Não há prova nos autos, se realmente a empresa, apesar de legal e contabilmente ser a responsável pelos descontos nos salários dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seus empregados da parte da contribuição previdenciária por eles devida, tinha o dinheiro desta parte da folha de pagamentos em caixa para de fato e realmente fazer tais descontos e posteriormente deles se apropriar e não fazer o recolhimento aos cofres da Previdência Social, na forma, no modo e no tempo devidos.

No ver deste Juízo caberia a acusação fazer a prova de que realmente a empresa possuía no tempo e por ocasião da confecção da folha de pagamento e do pagamento desta folha aos seus empregados, se é que ela até mesmo pagou os salários devidos aos seus empregados para ver responsabilizado criminalmente seu administrador em decorrência do fato, irrefutável é verdade, de que a empresa deve ao INSS valores que deveria, por força de lei, ter descontado dos salários de seus empregados e repassado aos cofres da Previdência Social.

O acórdão, por sua vez, contentando-se apenas com o dolo genérico, afirma:

Ao tempo dos fatos narrados na denúncia, a responsabilidade pela administração da empresa Pingüim Gelo Indústria e Comércio Ltda era do apelado, conforme contrato social e respectivas alterações às fls. 38/47.

Em seu interrogatório, perante a autoridade policial, bem como em juízo, o apelado confirmou ser o responsável pela administração da empresa e confessou a ausência de repasse das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados.

A administração da sociedade pelo acusado também foi confirmada pela testemunha de acusação, conforme depoimento de fls. 387/388.

Logo, com base na prova produzida, é inconteste a responsabilidade do réu pelos fatos denunciados.

Passo ao exame do recurso quanto ao ônus da prova acerca das dificuldades financeiras e a necessidade de verificação de dolo específico para caracterização do delito em comento.

Não prosperam os dizeres da sentença a quo no que tange à configuração do dolo, haja vista que o delito de apropriação indébita previdenciária não se confunde com aquele tipificado no art. 168 do Código Penal.

O crime imputado ao apelado é omissivo puro bastando para sua concretização a simples inação, inexistindo a necessidade de que os valores descontados e não repassados adentrem na esfera de disponibilidade da empresa ou do denunciado.

Assim, tenho que, adotada pelo Juízo de primeiro grau a tese aqui consignada, o caso é de restabelecimento da sentença absolutória, alinhada que está ao posicionamento desta Corte, no sentido de que é necessária a demonstração do dolo específico, com expressa aferição do elemento subjetivo no caso concreto, com base nas provas dos autos.

Ante o exposto, concedo a ordem para restabelecer a absolvição fixada em primeiro grau.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.574 - SP (2009/0201581-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (PRESIDENTE): Senhoras Ministras, acompanho o voto da Ministra Relatora, **concedendo** a ordem de *habeas corpus* para restabelecer a sentença que, no caso, absolveu o paciente com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.574 - SP (2009/0201581-3)

VOTO-VENCIDO

A SRA. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, é a primeira vez que julgo esta matéria, neste Colegiado, e, efetivamente, fiquei surpresa ao saber que essa é a posição da Sexta Turma sobre o assunto.

Esta matéria já foi apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que entendeu que, diferentemente da apropriação indébita comum, a apropriação indébita previdenciária não exige o **animus rem sibi habendi**, que é o dolo específico, a vontade de se apropriar das contribuições previdenciárias descontadas da remuneração dos empregados e não repassadas à Previdência Social.

Recebi cópia do voto da eminente Relatora e trouxe algumas considerações de voto que proferi, sobre o assunto, ainda no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no qual cito jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido. Cito um precedente da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 96.092, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, julgado em 2 de junho de 2009, cuja ementa registra:

"É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que, para a configuração do delito de apropriação indébita previdenciária, não é necessário um fim específico, ou seja, o *animus rem sibi habendi*, (cf., por exemplo, HC 84.589, Relator Ministro Carlos Mário Velloso, DJ 10.12.2004), 'bastando para nesta incidir a vontade livre e consciente de não recolher as importâncias descontadas dos salários dos empregados da empresa pela qual responde o agente' (HC 78.234, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 21.05.1999). No mesmo sentido: HC 86.478, de minha relatoria, DJ 07.12.2006; RHC 86.072, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.10.2005; HC 84.021, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.05.2004; entre outros)."

Como se vê, a mesma ementa registra vários outros precedentes do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido.

Cito outro julgado, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido em 17 de agosto de 2010, no Agravo Regimental no AI 699103, de relatoria do Ministro Ayres Britto, cuja ementa registra, citando vários precedentes do STF sobre a matéria:

"De mais a mais, o acórdão impugnado afina com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência desta nossa Corte, que, em sede de *habeas corpus*, assentou entendimento de que não se exige a configuração do dolo específico para a caracterização do crime de apropriação indébita previdenciária. Precedentes: RHC 86.072, da relatoria do ministro Eros Grau; HC 96.092, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; e HC 87.107, da relatoria do ministro Cezar Peluso".

Em 27/09/2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal voltou a se manifestar sobre a matéria, mantendo o entendimento comum, firmado nas Turmas da mencionada Corte.

Invoco e transcrevo, no voto ora juntado, um precedente, julgado em 27 de setembro de 2010, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal 516, relatada pelo Ministro Ayres Britto, publicado em 3 de dezembro de 2010, cuja ementa registra:

"A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é firme, no sentido de que, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, basta a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como *animus rem sibi habendi*, a intenção de ter a coisa para si. Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária".

Enfim, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que se trata de um delito omissivo formal, que não exige o dolo específico para a sua configuração, como destaque no voto ora juntado.

Pude perceber que essa também tem sido a jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal. Tenho, em mãos, um precedente recente, publicado em 24 de maio de 2012, da relatoria do Ministro Gilson Dipp, no Recurso Especial 1.172.349/PR, cuja ementa registra:

"A conduta descrita no tipo penal do art. 168-A do Código Penal é centrada no verbo deixar de repassar, sendo desnecessária, para a consumação do delito, a comprovação do fim específico de apropriar-se dos valores destinados à Previdência Social".

Trata-se de um julgado unânime, da Quinta Turma do STJ, e há outros precedentes unânimes, nesse sentido.

Sra. Ministra Relatora, não tenho pretensão de mudar o entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Turma. Apenas quero manter coerência em relação aos julgados que vinha proferindo, no TRF da 1ª Região, com fundamento na jurisprudência assentada, no âmbito do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Suas duas Turmas assim julgam. Há um precedente que citei, de 2010, do Plenário do STF, nesse sentido, de que não se exige o dolo específico, na apropriação indébita previdenciária.

Por isso mesmo, protestando pela juntada de voto sobre o assunto – proferido quando ainda integrava o TRF/1ª Região –, peço a mais respeitosa vênua a V. Exa. e aos Julgadores que a acompanharam, para denegar a ordem de **habeas corpus**.

É como voto

VOTO ANEXO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

APelação CRIMINAL 2006.38.12.008900-6/MG

Processo na Origem: 200638120089006

RELATOR(A)	: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETTE MAGALHÃES
APELANTE	: JAIME LUIZ DA SILVA
ADVOGADO	: MARCELO SILVEIRA FERREIRA DE MELO
APELADO	: JUSTICA PUBLICA
PROCURADOR	: BRUNO NOMINATO DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA – ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL – ART. 95, **d**, DA LEI 8.212/91 – LEI 9.983, DE 14/07/2000 – **ABOLITIO CRIMINIS** – INOCORRÊNCIA – CRIME OMISSIVO FORMAL – OMISSÃO DE RECOLHIMENTO, À PREVIDÊNCIA SOCIAL, DOS VALORES DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESCONTADOS DA REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS E CONTRIBUÍNTES INDIVIDUAIS – DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO (**ANIMUS REM SIBI HABENDI**) – PRECEDENTES DO STF E DO STJ – MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADA ATRAVÉS DO PROCEDIMENTO FISCAL – PROVA DE AUTORIA – PENA-BASE DE MULTA FIXADA PROPORCIONALMENTE À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

I – Não há **abolitio criminis**, por ter o art. 3º da Lei 9.983, de 14/07/2000, revogado o art. 95 da Lei 8.212/91, pois o tipo penal, descrito anteriormente, passou a ser previsto, de maneira idêntica, no art. 168-A do Código Penal, acrescentado pela referida Lei 9.983/2000. Precedentes jurisprudenciais.

II – Na esteira do entendimento firmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **AgRg no INQ 2537/GO** (Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, unânime, DJe de 13/06/2008), diversos julgados das Turmas que compõem a 2ª Seção do TRF/1ª Região (**inter plures**: RSE 2006.34.00.023860-1/DF, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 07/11/2008, p. 62; ACR 2001.36.00.00.6738-6/MT, Rel. Juíza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 03/11/2008, p. 77) passaram a considerar o delito do art. 168-A do Código Penal como **delito omissivo material**, e não simplesmente formal, exigindo-se, portanto, para a sua configuração, a constituição definitiva do correspondente crédito tributário.

III – Conquanto a matéria tenha sido apreciada e julgada, à época (em 2008), pelo Plenário do colendo STF, o fundamento efetivamente acolhido, por todos os Ministros que participaram daquele julgamento, para declararem a necessidade da prévia constituição definitiva do crédito tributário como condição para a persecução penal, naquele caso específico – em que o crédito encontrava-se com a exigibilidade suspensa –, não autoriza a implementação do mesmo entendimento a todos os casos de apropriação indébita previdenciária ou a conclusão de que o delito do art. 168-A do Código Penal exige dolo específico – **animus rem sibi habendi** –, conforme esclarece o voto condutor da eminente Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do **HC 96.092-8/SP**, razão pela qual o julgado, antes mencionado como **leading case** de inúmeras outras decisões judiciais proferidas nas instâncias inferiores, revelou-se, em verdade, precedente isolado, na Corte Suprema, não sendo, inclusive, o posicionamento atualmente adotado pela 1ª e 2ª Turmas do STF, que mantêm, igualmente, o entendimento de ser o delito do art. 168-A do Código Penal **crime formal, que não exige a constituição definitiva do crédito tributário e o dolo específico (animus rem sibi habendi) para a sua configuração**, sendo a **AP 516** (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, DJe de 03/12/2010) o novo precedente do Plenário da Suprema Corte sobre a matéria.

IV – Materialidade e autoria delitivas suficientemente demonstradas.

V – À míngua de elementos probatórios que demonstrem a dificuldade financeira extrema e imprevisível da empresa do réu, alegada pela defesa, fica afastada a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, no caso.

VI – A pena-base de multa deve guardar proporcionalidade com a da pena privativa de liberdade, de tal sorte que, fixada a última no mínimo legal, aquela também assim deve sê-lo.

VII – Apelação parcialmente provida, para reduzir a pena de multa.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

3ª Turma do TRF/1ª Região – 09/04/2012.

Desembargadora Federal **ASSUSETE MAGALHÃES**
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA (RELATOR CONVOCADO): Cuida-se de apelação, interposta pelo réu JAIME LUIZ DA SILVA (fls. 649/663), contra sentença proferida pelo ilustre Juízo Federal da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG, que o condenou a 02 (anos) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e multa de 40 (quarenta) dias-multa, na proporção de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art.168-A do Código Penal, em continuidade delitiva (CP, art. 71), substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direito (fls. 634/643).

Narra a denúncia que o réu deixou de recolher aos cofres públicos, no prazo definido em lei, as contribuições descontadas dos segurados empregados e contribuintes individuais da TITAN FUNDIÇÕES LTDA, de que era responsável legal (sócio-gerente), ao tempo dos fatos (fls. 02A/05A).

Aduz o apelante, em síntese, que somente o procedimento administrativo fiscal não enseja sua responsabilidade criminal, pois não houve comprovação de dolo na retenção das contribuições.

Diz que o crime previsto no art. 168-A, do CP, é material e exige comprovação da apropriação de valores, com inversão da posse respectiva.

Sustenta, ainda, ausência de culpabilidade ante a inexigibilidade de conduta diversa, vez que as contribuições previdenciárias deixaram de ser recolhidas em razão da grave crise financeira que afetava a empresa, tendo o ora apelante optado por dar continuidade às atividades e preservar o emprego dos trabalhadores, caracterizando-se como atípica a conduta que lhe é imputada (fls. 649/663).

Contra-razões ao recurso, pelo MPF, pugnando pela manutenção da sentença recorrida (fls. 665/673).

A PRR/1ª Região opina pelo não provimento do recurso (fls. 676/682).

É o relatório.

Ao eminente Revisor

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES (RELATORA): Como se viu do relatório, cuida-se de apelação, interposta pelo réu JAIME LUIZ DA SILVA (fls. 649/663), contra sentença proferida pelo ilustre Juízo Federal da Subseção Judiciária e Vara Única de Sete Lagoas/MG, que o condenou a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e a 40 (quarenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art.168-A do Código Penal, em continuidade delitiva (CP, art. 71), substituída a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direitos (fls. 634/643).

A sentença absolveu ambos os réus pelo delito do art. 337-A do Código Penal, absolveu o réu Luiz Marcos dos Reis, pelo crime do art. 168-A do Código Penal, condenando, pelo referido delito, apenas Jaime Luiz da Silva, ante a prova de que apenas ele, de fato, administrava a empresa Titan Fundições Ltda.

O art. 168-A e seus parágrafos do Código Penal, decorre da recente evolução da legislação penal, em torno da matéria que envolve crimes previdenciários, o qual, com fundamento na atual Constituição Federal (art. 194 da CF), visa proteger a fonte de custeio da Seguridade Social, a ser financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, e em especial a Previdência Social. Tanto é assim que a Lei 8.212, de 24/07/91, a Lei de Custeio da Previdência Social, erigiu, quando da sua edição, no texto legal, o tipo penal especial, destacado e diferente da apropriação indébita, prevista no art. 168 do Código Penal. Confira-se a redação do art. 95, alínea "d", da Lei 8.212, de 1991:

"Art. 95. Constitui crime:

.....
.....

(...) d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público;"

O mencionado dispositivo da Lei 8.212/91 foi revogado pela Lei 9.983, de 14/07/2000, que entrou em vigor 90 dias após a sua publicação (DOU de 17/07/2000) e que acrescentou o art. 168-A ao Código Penal, incluindo, no corpo da lei material, tipo penal próprio, denominado de apropriação indébita previdenciária, ao estabelecer que:

"Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. "



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da leitura dos dispositivos legais pode-se perceber que não houve alteração substancial na conduta considerada punível por lei, uma vez que deixar de recolher contribuição previdenciária arrecadada dos segurados da Previdência Social – que integra a Seguridade Social, na forma do art. 194 da CF/88 –, continuou sendo considerado como crime.

Vale destacar, no tema, elucidativo voto proferido na 4ª Turma do TRF/1ª Região, em que a eminente Relatora, Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, consignou:

“(…) A mera leitura dos dispositivos legais acima transcritos é suficiente para verificar que a Lei nº 9.983/00 não acarretou, em relação ao tipo penal do art. 95, 'd', da Lei nº 8.212/91, abolitio criminis, uma vez que o fato delituoso – qual seja, deixar de recolher contribuição previdenciária arrecadada dos segurados – permaneceu sendo considerado como crime.

Na verdade, a Lei nº 9.983/00 caracteriza-se como lex mitior, pois, ao aperfeiçoar o tipo penal antes previsto na Lei nº 8.212/91, detalhando os fatos considerados delituosos, reduziu a pena máxima cominada em abstrato para 5 (cinco) anos de reclusão. Por se tratar de norma mais favorável ao agente, tenho que a Lei nº 9.983/00 deva ser aplicada aos fatos ocorridos na vigência da Lei nº 8.212/91, tal como prevê o parágrafo único, do art. 2º, do Código Penal.

Outrossim, merece ser ressaltada a semelhança entre os tipos penais criados pela Lei nº 9.983/00 e o até então previsto na Lei nº 8.212/91, pois tanto este, como aqueles prevêm condutas omissivas, consistindo ora em “deixar de repassar”, ora “deixar de recolher”, ou, ainda, “deixar de pagar”.

Destaque-se que, embora o legislador tenha dado ao tipo penal do art. 168-A o **nomen juris** de “apropriação indébita previdenciária”, contudo, diferentemente da apropriação indébita prevista no caput do art. 168, do Código Penal, naquela não se exige, para a realização da conduta típica, a vontade livre e consciente de apropriar-se do bem, e não o restituir.

Ao contrário, especificamente no caso sob exame, basta, para a configuração do delito previsto no art. 168-A, do Código Penal, a conduta omissiva de não repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal.

Esse, aliás, é o entendimento firmado pela Quarta Turma desta eg. Corte Regional Federal, conforme se verifica da leitura das ementas a seguir transcritas:

PROCESSO PENAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LEI 8212/91. ART. 95 - 'D'. LEI 9983/2000. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ABOLITIO CRIMINIS. INOCORRÊNCIA. CRIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OMISSIVO PURO (OU PRÓPRIO).

1 - **Não há que se falar em abolitio criminis por ter o art. 3º, da Lei 9983/2000, revogado o artigo 95, da Lei 8212/91, já que conduta idêntica passou a ser prevista no art. 168-A, do Código Penal.**

2 - O simples fato de o legislador haver optado pelo **nomem juris** apropriação indébita previdenciária para o crime previsto no recém criado artigo 168-A, do Código Penal, não impõe, para a realização do tipo, a verificação do elemento volitivo consistente no **animus rem sibi habendi** (opinativo da douta PRR 1ª Região no RCCR nº 2001.01.00.012744-0/MG).

3 - Recurso provido" (TRF/1ª Região, RCCR 1997.38.00.050000-0/MG, Rel. Juiz Hilton Queiroz, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 03/04/2001, publicado no DJ de 23/04/2001, p. 22).

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CONTRIBUIÇÕES. LEI Nº 8.212/1991, ART. 95. LEI Nº 9.983/2000. REVOGAÇÃO. ABOLITIO CRIMINIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. **A conduta antes abrangida pelo artigo 95, d, da Lei nº 8.212/1991, encontra-se, agora, definida no § 1º, inciso I, do artigo 168-A do Código Penal, sob a denominação de apropriação indébita previdenciária (Lei nº 9.983/2000).**

2. O delito de apropriação indébita previdenciária não se confunde com a apropriação indébita do caput do artigo 168 do Código Penal, não sendo necessário, pois, para a sua configuração a demonstração do **animus rem sibi habendi** (apropriar-se).

3. **O objetivo do legislador ao promover as alterações, via artigo 168-A do Código Penal, foi de aperfeiçoar o tipo legal então existente e não o de deixar de considerar como infração fato que anteriormente era penalmente punido.**

4. Hipótese de extinção da punibilidade não configurada.

5. Recurso provido" (TRF/1ª Região, RCCR 1998.38.00.015282-0/MG, Relator Juiz Mário César Ribeiro, 4ª Turma, julgado por unanimidade em 24/04/2004, publicado no DJ de 07/06/2004, p. 174)." (ACR 2004.38.02.002160-9/MG, e-DJF1 de 25/04/2008, p. 232).

Com efeito, consoante enfatizado no voto transcrito, a pena máxima em abstrato privativa de liberdade, prevista na Lei 8.212/91, foi reduzida de 6 (seis) (cf. art. 5º da Lei nº 7.492, de 16/06/1986) para 5 (cinco) anos (cf. art. 168-A CP) e, sendo mais benéfica ao acusado (*lex mitior*), a lei deve retroagir neste ponto, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Logo, não há **abolitio criminis**, na hipótese, segundo, aliás, também tem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proclamado a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e da 3ª Turma deste Tribunal:

*"HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FATOS OCORRIDOS ANTES DA LEI N.º 9.983/2000. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. **ABOLITIO CRIMINIS**. NÃO OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*

1. A Lei n.º 9.983/00, ao acrescentar o artigo 168-A, § 1º, ao Código Penal, revogando o art. 95 da Lei n.º 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, logo sua aplicação não configura medida mais gravosa ao agente.

2. A existência de erro na tipificação da conduta pelo órgão ministerial não torna inepta a denúncia, pois o acusado se defende do fato delituoso narrado na exordial acusatória e, não, da capitulação legal dela constante.

3. Não há falar, assim, em inépcia da peça acusatória que não obstrui o exercício da ampla defesa, porque descreve precisamente os fatos criminosos, com suas circunstâncias, e qualifica os acusados, em consonância com o disposto no art. 41, do Código de Processo Penal.

4. Ordem denegada." (STJ, HC 68959/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 5ª Turma, unânime, DJe de 24/03/2008).

*"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. REVOGAÇÃO DO ART. 95, "D", DA LEI Nº 8.212/91. **ABOLITIO CRIMINIS**. NÃO OCORRÊNCIA, EM FACE DO ART. 168-A DO CP. INTERPOSIÇÃO PELA ALÍNEA "C". FALTA DE COTEJO ANALÍTICO DOS JULGADOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.*

1. Apesar da revogação do art. 95 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.983/2000, a descrição fática subsiste, como tipo penal incriminador no art. 168-A do Código Penal, não havendo se falar em abolitio criminis. Precedentes.

2. A falta de realização do cotejo analítico, nos moldes do que determina o art. 255, do RISTJ, obsta o conhecimento do apelo especial quanto à alínea "c" do permissivo constitucional.

3. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no Ag 730252/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, unânime, DJU de 11/06/2007, p. 383).

*"APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - **ABOLITIO CRIMINIS**, DOLO ESPECÍFICO E CRIME FORMAL - ESTADO DE NECESSIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 168-A DO CP (PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA) - APELAÇÃO PROVIDA.*

1. Firme o entendimento dos Tribunais no sentido de que não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*impõe, na espécie, para a verificação do tipo, o elemento volitivo consistente no **animus rem sibi habendi**. Mesmo porque a conduta de "deixar de recolher na época própria", hoje prevista no art. 168-A do CP ("deixar de repassar e de recolher"), é, e sempre foi, crime omissivo e formal, diverso daqueloutro capitulado no seu art. 168, que é crime comissivo.*

2. Não há abolitio criminis se a criminalização da conduta apenas migra, no mesmo momento da revogação do dispositivo que a previa, como "tipo comum" para a lei penal geral (CP), deixando de ser crime especial. Ao revogar o art. 95 da Lei 8.212/91 e criar o art. 168-A do CP, a Lei 9.983/2000 buscou aperfeiçoar o tipo legal e não descriminalizar a conduta.

3. As excludentes de ilicitude previstas no CP, entre elas o 'Estado de Necessidade', são causas que excluem a ilicitude do fato típico, isto é, 'não há crime' (art. 23 do CP). A despeito das grandes dificuldades financeiras que assolam o mundo globalizado, hoje e sempre, aliás, não há justificativa para a prática do crime de apropriação indébita previdenciária, que, em última análise, desestabiliza toda a estrutura previdenciária do país, causando incommensuráveis prejuízos à sociedade e principalmente à camada social menos favorecida economicamente, que dela mais precisa.

4. Não há confundir a sanção penal pela prática do delito de apropriação indevida das contribuições previdenciárias descontadas dos funcionários e não repassadas ao INSS com prisão civil por dívida.

5. Apelação provida." (TRF/1ª Região, ACR 1999.38.01.001915-3/MG, Rel. Desembargador Federal TOURINHO NETO, 3ª Turma, unânime, DJU de 31/08/2007, p. 12).

Este Tribunal, em inúmeros precedentes – como alguns dos acima colacionados –, vinha entendendo que, diferentemente do tipo descrito no art. 168 do Código Penal (apropriação indébita), que exige o **animus rem sibi habendi** (a vontade livre e consciente de ter a coisa para si), o simples fato de “deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional”, estipulado no art. 168-A, já constitui crime. A conduta do agente de descumprir a norma legal que exige o recolhimento ou o repasse de contribuições, desde que agindo livre e conscientemente, constitui, por si, o fato delituoso, independentemente de qualquer fim específico ou resultado naturalístico. Tratava-se o crime, portanto, como omissivo formal, em que “para configuração do delito previsto no art. 168-A do Código Penal, basta a intenção de não repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal. Conduta essencialmente omissiva.” (ACR 2002.32.00.003666-6/AM, Rel. Desembargador Federal TOURINHO NETO, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 06/07/2007, p. 21).

Entretanto, tal entendimento foi alterado em diversos outros julgados das Turmas que compõem a egrégia 2ª Seção do TRF/1ª Região (**inter plures**: RSE 2006.34.00.023860-1/DF, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 07/11/2008, p. 62; ACR 2001.36.00.006738-6/MT, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

03/11/2008, p.77), que passaram a considerar o delito do art. 168-A do CP como **delito omissivo material**, e não simplesmente formal, exigindo-se, portanto, para a sua configuração, a constituição definitiva do correspondente crédito tributário, tudo na esteira do entendimento firmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do AgRg no INQ 2537/GO, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 10/03/2008, à unanimidade, pelo Tribunal Pleno e publicado no DJe de 13/06/2008.

Conquanto a matéria tenha sido apreciada e julgada, à época (em 2008), pelo Plenário do colendo STF, o fundamento efetivamente acolhido pelos Ministros que participaram daquele julgamento—, para declararem a necessidade da prévia constituição definitiva do crédito tributário, como condição para a persecução penal, naquele caso específico – em que o crédito encontrava-se com a exigibilidade suspensa –, não autoriza a adoção do mesmo entendimento a todos os casos de apropriação indébita previdenciária ou a conclusão de que o aludido delito do art. 168-A do Código Penal exige dolo específico – **animus rem sibi habendi** –, conforme esclarece o voto condutor da eminente Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do **HC 96.092-8/SP**, razão pela qual o julgado, antes mencionado como **leading case** de inúmeras outras decisões judiciais proferidas nas instâncias inferiores, revelou-se, em verdade, precedente isolado, na Corte Suprema, não sendo, inclusive, o posicionamento atualmente adotado pela 1ª e 2ª Turmas do STF, que mantêm, igualmente, o entendimento de ser o delito do art. 168-A do Código Penal crime formal, que não exige a constituição definitiva do crédito tributário e o dolo específico (**animus rem sibi habendi**) para a sua configuração.

Veja-se nesse sentido ementas de julgados de ambas as Turmas do STF nos anos de 2009 e 2010:

“HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS REM SIBI HABENDI). IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. ORDEM DENEGADA.

1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que para a configuração do delito de apropriação indébita previdenciária, não é necessário um fim específico, ou seja, o animus rem sibi habendi (cf., por exemplo, HC 84.589, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004), “bastando para nesta incidir a vontade livre e consciente de não recolher as importâncias descontadas dos salários dos empregados da empresa pela qual responde o agente” (HC 78.234, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 21.5.1999). No mesmo sentido: HC 86.478, de minha relatoria, DJ 7.12.2006; RHC 86.072, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.10.2005; HC 84.021, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.5.2004; entre outros).

2. A espécie de dolo não tem influência na classificação dos crimes segundo o resultado, pois crimes materiais ou formais podem ter como móvel tanto o dolo genérico quanto o dolo específico.

3. Habeas corpus denegado”. (STF, HC 96092, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 02/06/2009, DJe de 30/06/2009).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIMINAL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. QUESTÃO RESTRITA AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DESNECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO.

1. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: Als 382.214, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 114.548-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence.

2. De mais a mais, o acórdão impugnado afina com a jurisprudência desta nossa Corte, **que, em sede de habeas corpus, assentou o entendimento de que não se exige a configuração do dolo específico para caracterização do crime de apropriação indébita previdenciária.** Precedentes: RHC 86.072, da relatoria do ministro Eros Grau; HC 96.092, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; e HC 87.107, da relatoria do ministro Cezar Peluso.

3. Agravo desprovido.”(STF, AI 699103 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, julgado em 17/08/2010, DJe de 16/09/2010)

No mesmo ano de 2010, o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal voltou a manifestar-se sobre a matéria, mantendo o entendimento comum firmado nas Turmas da mencionada Corte. Veja-se, **in verbis**:

“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. **DOLO ESPECÍFICO. NÃO-EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS.** MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DETENTOR DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DA CO-RÉ. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PENA DE 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA, PARA CADA DELITO, TOTALIZANDO 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 60 (SESSENTA) DIAS-MULTA, FIXADOS EM ½ (UM MEIO) SALÁRIO MÍNIMO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMI-ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SURSIS. DESCABIMENTO.

1. O acusado, detentor do foro por prerrogativa de função, na condição de sócio-gerente da empresa Curtume Progresso Indústria e Comércio Ltda., deixou de repassar ao INSS, no prazo legal, no período de janeiro de 1995 a agosto de 2002,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valores arrecadados pela empresa a título de contribuições incidentes sobre a remuneração de empregados, relacionados em folha de pagamento mensal e rescisões de contrato de trabalho. Além disso, no período de maio de 1999 a agosto de 2002, omitiu fatos geradores de contribuições previdenciárias nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP referentes a remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais e à diferença de remuneração paga a segurados empregados. Valores consolidados em 14 de março de 2003, respectivamente, em R\$ 259.574,72 (duzentos e cinquenta e nove mil, quinhentos de setenta e quatro reais e setenta e dois centavos) e R\$ 618.587,06 (seiscentos e dezoito mil, quinhentos e oitenta e sete reais e seis centavos).

2. A materialidade delitiva ressaí do procedimento fiscal já encerrado, acompanhado de farta de documentação, que resultou nos valores indevidamente apropriados e sonegados, detalhados nas notificações fiscais de lançamento de débito lavradas pela autoridade fazendária e não impugnadas na esfera administrativa.

3. **A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, basta a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como *animus rem sibi habendi* (a intenção de ter a coisa para si). Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária.**

(...)" (STF, AP 516, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, DJe de 03/12/2010).

Assim sendo, firme se mostra o entendimento jurisprudencial do STF de que a materialidade do delito do art. 168-A do CP dá-se pela **simples omissão do agente, que, com vontade livre e consciente, não recolhe as importâncias descontadas dos salários dos empregados da empresa pela qual é responsável.**

A prova da autoria resulta do exame do contrato social da empresa, em que se verificam os poderes de gestão e administração, observando-se os eventuais afastamentos, temporários ou definitivos, bem como as alterações societárias, em conjunto com as demais provas coligidas, a fim de evitar-se – porque vedada em nosso sistema penal – a responsabilização objetiva daquele que apenas constou como sócio no contrato social, sem, contudo, praticar, conscientemente, a conduta típica ou ter domínio sobre o fato delituoso.

Em que pese a configuração da materialidade e autoria, alegam-se em feitos dessa natureza, como excludente de ilicitude ou de antijuridicidade, nos termos do art. 24 do Código Penal, as dificuldades financeiras pelas quais, eventualmente, pode passar o réu, ao fundamento de estado de necessidade, em face de crises econômicas que fazem parte do dia-a-dia das empresas neste país.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na linha do entendimento do TRF/1ª Região, para que as dificuldades financeiras sejam reconhecidas como de extrema gravidade, não bastam meras alegações. É necessária a efetiva comprovação de que a atividade empresarial do réu passava por profundos problemas financeiros, capazes de impedir o repasse das contribuições à Previdência. Confira-se:

“PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA.

(...)

3. Dificuldades financeiras não podem, em princípio, ser alegadas com proveito como inexigibilidade de outra conduta - causa supralegal de exclusão de culpabilidade -, pois a figura exige do agente um temor insuperável na colisão de bens do mesmo valor, por analogia in bonam partem com o estado de necessidade, e que eventuais dificuldades financeiras da pessoa jurídica, em face da crise econômica por que tem passado o país, já fazem parte do cotidiano da vida empresarial.

(...) 5. *Apelação a que se nega provimento.*” (TRF/1ª Região, ACR 2002.38.00.037234-7/MG, Rel. Juiz Federal Convocado César Cintra Fonseca, 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 25/04/2008, p. 218).

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP. DOLO. ESTADO DE NECESSIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE. PENA. DOSIMETRIA. CRIME CONTINUADO.

(...)

4. O estado de necessidade alegado não restou comprovado. Não foi juntado pela defesa demonstrativo contábil da empresa ou documentos que atestem que a mesma passava por dificuldades financeiras de elevada monta, não bastando a simples alegação para afastar a responsabilidade penal pelos delitos perpetrados.

(...) 8. *Comprovadas a autoria e materialidade, e estando devidamente fundamentada a dosagem da pena aplicada ao apelante, mister que seja mantida a sentença condenatória de 1º grau.*

9. *Apelação conhecida em parte e, nesta parte, improvida.*” (TRF/1ª Região, ACR 1999.43.00.002144-9/TO, Rel. Juiz Federal Convocado Klaus Kuschel, 4ª Turma, unânime, DJU de 02/05/2007, p.49).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, “a materialidade, como tem pontuado a jurisprudência, resulta positivada pela apuração a cargo da fiscalização previdenciária, ou seja, pela autuação e notificação, não sendo imprescindível a prova pericial contábil– nem mesmo para a demonstração de uma eventual dificuldade financeira da empresa, no nível da excludente da inexigibilidade de outra conduta, considerando-se que tal prova pode ser feita por documentos que comprovem tal situação, e mesmo com o contributo da prova oral. Matéria sumulada nos Tribunais Regionais Federais” (TRF/1ª Região - ACR 2003.38.02.007300-7/MG, Rel. Juiz Federal Convocado Jamil Rosa De Jesus Oliveira, 3ª Turma do TRF/1ª Região, unânime, DJU de 27/10/2006, p. 39).

Em tais circunstâncias, tem-se admitido a apresentação de vários documentos contábeis, tais como balanços patrimoniais, recibos de venda de bens para pagamento de dívidas, execuções, protestos, reclamações trabalhistas, pedidos de falência, certidões de registros de imóveis e do DETRAN, concessão de concordata, redução acentuada do quadro de pessoal, declaração de imposto de renda da pessoa jurídica, entre outros.

Há de se observar, também, que, não raras vezes, o contribuinte costuma negociar seus créditos tributários com o Fisco. A concessão de parcelamento para a empresa, nas mais diversas formas, mesmo que comprovado nos autos, não equivale ao pagamento do tributo e não tem o condão de extinguir a punibilidade do crime. Somente o pagamento integral do crédito tributário tem a capacidade de extinguir o crime. É o que já previa o art. 34 da Lei 9.249, de 1995, e o que atualmente estabelece o art. 9º, § 2º, da Lei 10.684, de 2003–

. Veja-se a jurisprudência recente da 4ª Turma do TRF/1ª Região:

“PROCESSUAL PENAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A, CP). DÉBITO TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA. PARCELAMENTO. LEI N. 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRETENSÃO PUNITIVA. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO.

1. O parcelamento do débito de tributo ou contribuição social não extingue a punibilidade, o que ocorre somente com o pagamento integral.

2. O parcelamento do débito administrativo enseja a suspensão da pretensão punitiva e do lapso prescricional.

3. Recurso parcialmente provido.” (RCCR 2005.39.02.001538-5/PA, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 05/12/2008, p. 53).

Após estas considerações sobre o tipo penal previsto no art. 168-A e parágrafos, do Código Penal, cumpre analisar o caso concreto.

Conforme reconhecido no **decisum** recorrido, a partir da análise do conjunto probatório constante dos autos não restam dúvidas quanto à comprovação da materialidade delitiva, demonstrada pelos documentos que instruem a Representação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fiscal para Fins Penais de fls. 02/115, bem como pelas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito 35.724.339-0 (R\$ 689.710,99, em 23/12/2005) e 35.724.338-2 (R\$ 97.569,03, em 23/12/2005), de fls. 5/115.

A autoria, por sua vez, encontra-se evidenciada pelo fato de o réu constar, no contrato social da empresa TITAN FUNDIÇÕES LTDA (fls. 97, 101/102, 109, 112, 219 e 227), na qualidade de Diretor responsável por sua administração, à época dos fatos, conforme a Representação Fiscal para Fins Penais, e consoante provado pelos depoimentos prestados pelas testemunhas da defesa (fls. 289/292) e confessado pelo próprio denunciado, em Juízo (fl. 254), quando confirmou ser o único administrador da empresa.

Conquanto a defesa sustente a impossibilidade de repasse das contribuições, em decorrência das dificuldades financeiras da empresa, de fato não foram apresentados documentos hábeis à comprovação de tal alegação, não sendo os protestos de fls. 297/309 suficientes para esse fim. Com efeito, declarou o Ministério Público Federal, em suas contra-razões, fazendo remissão à sentença, no particular, **in verbis**:

“Também não prospera a alegação de ausência de culpabilidade, ponto este que foi também enfrentado de forma esclarecedora por ocasião da sentença. Diz a recorrida:

'Tenho que o acervo probatório não se presta a referendar a tese da defesa segundo a qual os valores descontados dos salários dos empregados não foram repassados ao INSS por absoluta impossibilidade do recolhimento dos tributos, dada a má situação financeira da empresa. A defesa juntou certidão de cartório de protesto que coligidos a outros elementos, como testemunhas e outros documentos podem comprovar um momento de dificuldade financeira da empresa, mas, não significa, necessariamente, a inviabilidade de sua regular atuação empresarial e pontualidade nos compromissos financeiros. Tanto é verdade que os pedidos de falência contra a empresa TITAN FUNDIÇÕES LTDA estão com os autos em arquivo, um por acordo estabelecido entre as partes, e o outro por depósito elisivo efetuado pela mencionada pessoa jurídica.

E mais, a empresa sobrevive até hoje e consoante o defensor dos denunciados, 'com a recuperação do mercado da construção civil, iniciou o pagamento das parcelas em atraso' (f ls. 631v.), devendo honrar os compromissos fiscais.

Ainda que se admita, por hipótese, que a empresa tenha atravessado dificuldades financeiras graves, a circunstância, por si só, não autoriza a incidência de causa excludente de culpabilidade. De fato, em alguma quadra de sua existência, a grande maioria das empresas passa por dificuldades financeiras, o que é próprio do risco inerente (sic) à atividade empresarial. Todavia, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que se caracterize a impossibilidade (sic) absoluta de recolhimento da contribuição já descontada dos salários dos empregados, tenho que se deve demonstrar que os responsáveis pela administração da sociedade envidaram todos os esforços possíveis para a quitação do débito, inclusive; se necessário com o sacrifício de bens pessoais (fls.658)'.

Soma-se a isso o fato de que os protestos juntados às fls. 297/309 são todos de valores ínfimos quando comparados a valor da receita líquida da empresa no ano de 2002 (fls. 315). Ressalte-se que enquanto o total de protestos remontou a pouco mais que R\$ 50.000,00 nos anos de 1998, 1999, 2000, 2001 e 2002 (média de R\$ 10.000,00 por ano – fls. 297/309), a receita líquida, somente no ano de 2002 alcançou 531.265,41 (fls. 315), sendo, certo que o apelante não cumpriu integralmente seu ônus de demonstrar de forma cabal a inexigibilidade de conduta diversa.

Nesse aspecto, a jurisprudência tem se pronunciado:

'PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI Nº 8 137/90: ART. II', INC. 1). AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. ESTADO DE NECESSIDADE. INOCORRÊNCIA. DOLO. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. A conduta praticada pelo réu amolda-se ao tipo penal descrito no art. I, inciso 1, da Lei 8.137/90, vez que omitiu intencionalmente seus rendimentos ao prestar declaração falsa quando do ajuste anual do IRPF, com o firme propósito de suprimir tributo, lesando, de conseqüência, o FISCO. 2. O réu não conseguiu demonstrar nos autos o suposto desligamento voluntário, que ensejou a alegada indenização, e tampouco a origem dos valores depositados em sua conta-corrente e nas diversas aplicações financeiras existentes em seu nome. 3. **A jurisprudência desta Corte tem exigido para o reconhecimento do estado de necessidade ser indispensável a prova cabal das dificuldades econômico-financeiras. Meras conjecturas não são suficientes.** 4. Apelação improvida. (ACR – 200230000022386 – TR1 - QUARTA TURMA - DJ DATA:07/07/2006 PAGINA:3 1 - Unânime)

PENAL. APROPRIAÇÃO 'INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PAGAMENTO PARCIAL DO DÉBITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. **NÃO COMPROVAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS.** ÔNUS DA DEFESA. DIMINUIÇÃO DA PENA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA. 1. Não ocorrência da extinção da punibilidade pelo pagamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da dívida. O apelante, não, logrou comprovar a quitação integral do débito. 2. A materialidade do delito e a autoria foram amplamente comprovadas por prova documental e oral. 3. **O réu não logrou comprovar as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa. Não há nos autos elementos de convicção que se mostram suficientes para se concluir que a empresa enfrentava dificuldades financeiras insanáveis à época dos fatos, ao menos na forma cabal exigida para fins de reconhecimento da excludente de culpabilidade.** 4. Diminuição de pena e, por consequência, em caso de não interposição de recurso. pela acusação, extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 61, do CPP, d/c os artigos 107, inciso IV, 110,. §§ 1º e 2º e 109, inciso V, todos do Código Penal. 5. Apelação parcialmente provida e declarada, de ofício, extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição, em caso de não interposição de recurso pela acusação. (ACR 20065.1020051750 - Relator(a') Desembargadora Federal LILIANE RORIZ . - TRF2 -, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA -. DJU-Data::17/07/2009 - Página::96/97 – Unânime)

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. COMPROVAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. ÔNUS DA DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA INCONTESTE. 1. O delito previsto no art. 168-A, do Código Penal configura-se como crime omissivo próprio ou puro, consumando-se quando o responsável tributário, embora tenha deduzido a contribuição social dos salários dos contribuintes de fato, deixa de repassá-la à Previdência Social no prazo legal. A doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecem como um dos pressupostos dos crimes omissivos a existência da possibilidade física de agir, sendo necessário, para que a omissão seja penalmente relevante, que o agente se abstenha de praticar uma conduta imposta pela norma, quando lhe era possível agir, ficando a atipicidade condicionada à comprovação da impossibilidade física de cumpri-la. Tal impossibilidade, que pode tornar atípica a sua conduta, é ônus da prova do réu, conforme determina o art. 156, do CPP, a quem cabe demonstrar que a omissão no repasse das contribuições se deu em virtude de falta de numerário, ou que, embora dito recolhimento lhe fosse possível, não lhe era exigível, pois comprometeria a sobrevivência financeira da empresa. 2. **In casu, os réus não lograram comprovar as dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa à época dos fatos, ao menos na forma cabal exigida para fins de reconhecimento da excludente de culpabilidade, uma vez que trouxe aos autos somente informações sobre os seus débitos, a maioria não contemporânea aos fatos, nada deduzindo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acerca dos ativos da empresa. Como é intuitivo, não há como, sem essa informação, concluir pela possibilidade ou não dos réus agirem de forma diversa. 3. Ademais, o fato de o não recolhimento ter se dado por um longo período (de fevereiro de 2001 a junho de 2006, com raros intervalos) é suficiente para se concluir que a atividade criminosa ora em análise perdurou por intervalo demasiadamente longo de tempo, o que é mais um forte indício de que as dificuldades da sociedade empresária não eram insuportáveis. 4. Provido o recurso do Ministério Público, para reformar a sentença e condenar o réu. (ACR 200750010011045 - Relator(a) Desembargadora Federal LILIANE RORIZ - TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA - DJU - Data: :09/01/2009 - Página::14 – unânime)

Por outro lado, **a prova testemunhal genérica apresentada não é suficiente por si só para comprovar de forma cabal a existência de dificuldades financeiras suficientes à caracterização de inexigibilidade de conduta diversas** Nesse aspecto, aliás, os seguintes precedentes:

Recolhimento de contribuições previdenciárias (omissão). Dificuldades financeiras (alegação). Exclusão da culpabilidade (não-comprovação). Provas testemunhais (insuficiência). Súmula 7 (incidência). Embargos de declaração (hipóteses de cabimento). Omissão (inexistência). 1. Os embargos de declaração destinam-se a aclarar obscuridade, corrigir contradição ou suprir omissão; não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses, os embargos não têm cabimento, evidentemente. 2. No caso, as dificuldades financeiras da empresa, alegadas pelos embargantes, não foram comprovadas. Obviamente que, se foi essa a conclusão do Tribunal, é porque lá se entendeu que somente as provas testemunhais apresentadas não foram suficientes para demonstrar aquele fato. Ir além disso ensejaria o reexame das provas. 3. Embargos rejeitados. (EDAGA 200701212072 - Relator(a) NILSON NAVES STJ - SEXTA TURMA - DJE DATA: 14/04/2008 – Unânime).

PENAL. PROCESSO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE. DEMONSTRAÇÃO. NÃO RECOLHIMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA. CONDENAÇÃO. ART. 168-A, § 10, INC. I, DO CP. ÔNUS DA PROVA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INCUMBÊNCIA. DEFESA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DEPOIMENTOS GENÉRICOS. ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. FISCAIS DO INSS. ATOS ADMINISTRATIVOS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. CORPO DE DELITO INDIRETO. SÚMULA 231 DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ. APELO MINISTERIAL PROVIDO. 1. Provada a autoria e a materialidade e demonstrado, pela confissão do apelado e pela prova testemunhal colhida em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que aquele não recolheu, no prazo legal, contribuição destinada à Previdência que fora descontada de pagamento efetuado a segurado, é imperiosa a condenação nas penas do art. 168-A, § 1º, inc. I, do CP. 2. O ônus da prova de demonstrar que determinada empresa passava por dificuldades financeiras incumbe à defesa. 3. Não há que se falar em inexigibilidade de conduta diversa, e, conseqüentemente, em exclusão da culpabilidade, com base apenas em depoimentos genéricos a respeito de crise, restando necessário para a configuração da excludente em questão que seja inexigível conduta diversa do agente. 4. Não há falar-se que o apelado agira sob o pálio de estado de necessidade, se não restaram configurados alguns de seus requisitos, quais sejam, a existência de um perigo inevitável ou a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado. 5. Não há falar-se que documentos acostados aos autos foram forjados por fiscais do INSS, ao argumento de que estes têm interesse no aumento da arrecadação por parte do INSS, visto que os servidores foram legalmente investidos em função pública, presumindo-se legítimos e verdadeiros os atos administrativos por eles praticados. 6. O crime previsto no art. 168-A tem seu corpo de delito apurado indiretamente, por via do respectivo procedimento administrativo fiscal. 7. A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Súmula 231 do STJ. 8. Recurso do apelante provido para condenar o apelado como incurso nas penas do art. 168-A, § 1º, inc. I, do Código Penal. (ACR 200138000349783 - TRF1 - QUARTA TURMA - DJ DATA:2510812005 PAGINA:6 1 – unânime).” (fls. 669/673).

Conquanto os balanços da empresa, de fls. 314/343, registrem prejuízo, de 2000 a 2004, tal não comprova dificuldade financeira extrema e imprevisível, incapaz de ser contornada, inclusive com o sacrifício do patrimônio pessoal do réu, hipótese que geraria o alegado estado de necessidade, como bem demonstrado pela sentença, a fls. 638/639.

Os documentos juntados pelo réu, a fls. 297/343, foram, de fato, analisados pela sentença, que entendeu não configurada a alegada excludente de culpabilidade (fls. 638/639).

Conforme pacífico entendimento jurisprudencial sobre o tema, uma vez demonstrado que a dificuldade financeira extrema, invencível e imprevisível foi o motivo ensejador da prática do delito previsto no art. 168-A, do Código Penal, é de se reconhecer a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, como excludente da culpabilidade do réu – o que não é o caso dos autos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. , ART. 168-A, , I, C/C O ART. 71. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. EMPRESA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. COMPROVAÇÃO. APELADO SÓCIO-GERENTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CULPABILIDADE. EXCLUSÃO. ACOLHIMENTO. ABSOLVIÇÃO. CPP, ART. , . CABIMENTO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. 1. Constitui a infração descrita no art. 168-A, , , do , deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. 2. Materialidade e autoria provadas, inclusive com a confissão do apelado. 3. **Resta demonstrado nos autos que a empresa da qual o apelado era sócio-gerente na época dos fatos passava por dificuldades financeiras aptas a ensejar o acolhimento de causa supralegal de exclusão de culpabilidade.** 4. Acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, visto que, **apesar de o comportamento do apelado amoldar-se à figura prevista no art. 168-A do e de não estar albergado por qualquer causa excludente de ilicitude, não é culpável, na medida em que não lhe era exigível portar-se de maneira diversa, em consonância com o ordenamento jurídico.** 5. *Apelação não provida.*"(TRF/1ª Região, ACR 0008714-81.2005.4.01.3500/GO, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, 4ª Turma, e-DJF1 de 15/07/2010, p.86).

Entretanto, à míngua de elementos probatórios que demonstrem a dificuldade financeira extrema e imprevisível da empresa do réu, afasto a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, no caso.

Inexiste, nos autos, notícia de eventual parcelamento ou posterior quitação do débito previdenciário sob análise. Pelo contrário, o Ofício 170/2009/GAB/DRF/STL/MG (fls. 625/627) informa a existência de saldo devedor, relativamente à NFLD 35.724.338-2.

Apreciando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o ilustre Magistrado sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão.

Presente a causa de aumento do art. 71 do Código Penal, a pena-base foi elevada em 1/6 (um sexto), implicando, à míngua de recurso da acusação e de quaisquer outras circunstâncias a serem apreciadas, a fixação da pena definitiva em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 40 (quarenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.**

A pena privativa de liberdade foi, em seguida, substituída, nos termos do art. 44 do CP, por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação pecuniária, no valor de 04 (quatro) salários-mínimos, a entidade assistencial a ser designada pelo Juízo da Execução, e prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Faço à dosimetria um pequeno reparo: como a pena de reclusão foi fixada no mínimo legal – 2 anos –, também a pena de multa assim deveria sê-lo, pelo que a fixo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos; deixo de aplicar a atenuante de confissão, em face da Súmula 231 do egrégio STJ; sem agravantes e sem causas de diminuição de pena, aplico a causa de aumento do art. 71 do Código Penal, fixando a pena definitiva de multa em **11 (onze) dias-multa, no valor mencionado pela sentença.**

Pelo exposto, dou parcial provimento à apelação, para reduzir a multa a 11 (onze) dias-multa, no valor fixado pela sentença.

É como voto.

VOTO – REVISOR

O EXMO. SR. JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (REVISOR CONVOCADO): Proceedi ao exame dos autos sem nada ter a acrescentar ao relatório de fl. 684.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra JAIME LUIZ DA SILVA e LUIZ MARCOS DOS REIS, imputando-lhe a prática do delito tipificado no art. 168-A, **caput**, do Código Penal (Apropriação Indébita Previdenciária), face ao não recolhimento da importância relativa à Seguridade Social, arrecada de seus empregados, a título de contribuições previdenciárias.

A inicial acusatória assim descreveu os fatos (fls. 03/04):

“(…)

3. Em decorrência de tais fatos, foi lançada a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – **NLFD n. 35.724.338-2** (fls. 05/31), relativa ao período de 01/2000 a 03/2003, às competências 04/2004, 12/2004 e 13º/2004 e ao período de 01/2005 a 04/2005, para os empregados; e relativa ao período de 04/2003 a 04/2005 para os contribuintes individuais empresários, no valor consolidado em 23/12/2005 **de R\$ 97.569,03 (noventa e sete mil, quinhentos e sessenta e nove reais e três centavos).**

4. Foi ainda apurado crédito previdenciário referente à parte patronal, relativo ao período de 01/2000 a 04/2005, lançado através da **NLFD DEBCAD n. 35.724.339-0** (fls. 122/196), no valor consolidado em 23/12/2005 **de R\$ 689.710,99 (seiscentos e oitenta e nove mil, setecentos e dez reais e noventa e nove centavos).**

5. Comprovam os fatos cópias dos resumos das folhas de pagamentos, anexadas por amostragem, referentes às seguintes competências: 01, 04, 10/2000; 05, 08, 10/2001; 01, 03, 05, 08/2002; 03, 04, 07, 10/2003; 01, 04, 08, 11/2004; e cópias das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GFIP's retificadoras: 05, 09, 11/2003; 01, 04, 06, 09, 12/2004; 01, 04/2005, relativas aos valores retidos sobre a retirada de pró-labore no período de 04/2003 a 04/2005.

6. Em resposta ao Ofício 189/2006 exarado por esta Procuradoria, a Delegacia da Receita Previdenciária em Belo Horizonte informou, em 06/09/2006, que os débitos provenientes das referidas NFLD'S não foram pagos, nem tampouco impugnados área administrativa (fls. 121).

7. Notificação para regularização dos referidos débitos no prazo de 30 dias às fls. 212.

8. Lavratura de Termo de Revelia às fls. 214, por não ter a empresa cumprido a notificação ou apresentado prova de interposição de ação judicial anulatória dos débitos dentro do prazo regulamentar.

9. A responsabilidade dos denunciados é clara, uma vez que, voluntariamente e com a consciência da ilicitude de seus atos, não repassaram à Previdência Social as contribuições descontadas dos segurados empregados e contribuintes individuais no prazo e forma legais, nem tampouco recolheram o montante relativo à parte patronal, causando à autarquia um prejuízo na ordem de **R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais)**.

10. Deve-se ressaltar que essas condutas perpetuaram-se ao longo de vários meses, de modo que as subseqüentes, face às condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem ser consideradas continuação da primeira, configurando-se crimes continuados nos termos do artigo 71 do diploma penal.

11. Pelo exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** denuncia **JAIME LUIZ DA SILVA e LUIZ MARCOS DOS REIS** como incursos nas sanções dos artigos 168-A e 337-A, c/c o art. 29, art. 69 e art. 71, todos do Código Penal, requerendo seja a presente recebida e a ação penal processada, até final julgamento, com a condenação dos acusados nas sanções dos dispositivos penais indicados."

(...)

Regularmente instruída a ação penal, o MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária e Vara Única de Sete Lagoas/MG, absolveu LUIZ MARCOS DOS REIS (art. 386, inciso IV do CP), e condenou JAIME LUIZ DA SILVA a **02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e multa de 40 (quarenta) dias-multa, na proporção de 1/30 (um trigésimo)** do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no art.168-A do Código Penal, em continuidade delitiva (CP, art. 71), substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direito (fls. 634/643).

Inconformado, recorre o JAIME LUIZ DA SILVA (fls. 649/663), postulando a reforma da sentença, nos termos expostos pela I. Relatora (fl. 684).

No caso dos autos, a materialidade do delito restou devidamente comprovada através da Representação Fiscal para Fins Penais (fls. 02/113), bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Das Notificações Fiscais de Lançamento de Débito 35.724.339-0 (R\$ 689.710,99 em 23/05/2005) e 35.724.338-2 (R\$ 97.569,03 em 23/12/2005) fls. 121/205, acompanhada da documentação da constituição da empresa a revelar que o denunciado, na qualidade de responsável pela gerência e administração da empresa TITAN FUNDIÇÕES LTDA., deixou de recolher ao órgão previdenciário a importância de **R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais)**, descontados dos salários dos empregados a título de contribuições previdenciárias.

A autoria também ficou provada através do contrato social (fls. 97, 101/102, 109, 112, 219 e 227), o qual evidencia que, à época dos fatos investigados, a administração dos recursos da mencionada empresa estava a cargo da denunciada JAIME LUIZ DA SILVA.

É de ressaltar QUE não há falar em necessidade de dolo específico para a prática do delito de apropriação indébita previdenciária. A jurisprudência pátria já pacificou o entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária se aperfeiçoa com a simples conduta de deixar de recolher as contribuições sociais descontadas dos empregados da empresa, não sendo necessário o *animus rem sibi habendi* para sua configuração. Trata-se de delito omissivo puro ou próprio, que se caracteriza independentemente do fato de o acusado vir a se beneficiar com os valores arrecadados de seus empregados e não repassados à Previdência Social, ou seja, não se exige nenhum resultado naturalístico, esgotando-se o tipo subjetivo apenas na transgressão da norma incriminadora, no dolo genérico.

Neste sentido encontra-se a jurisprudência do STJ e desta Corte, *verbis*:

“PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TIPO PENAL (ART. 168-A DO CP) QUE EXIGE TÃO-SOMENTE O DOLO GENÉRICO. DESNECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS REM SIBI HABENDI).

1. Para a configuração do delito de apropriação indébita previdenciária, não é necessário um fim específico, ou seja, o animus rem sibi habendi, exigido para o crime de apropriação indébita simples.

2. Recurso ao qual se nega provimento.” (STJ - AgRg no RESP 1.019484/SC, Rel. Min. Jane Silva, Desembargadora Convocada do TJ/MG, 6ª Turma, DJ 02/02/2009).

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, C/C O ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. HIPÓTESE DE PRISÃO CRIMINAL E NÃO PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. 1. Os fatos descritos na denúncia se enquadram no delito previsto no art. 168-A do Código Penal, restando inconsistente o argumento de inconstitucionalidade desse dispositivo legal, uma vez que não se trata de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII, da CF/88), mas de um crime contra o patrimônio público, consistente em deixar de repassar a contribuição recolhida, não se vislumbrando vício de inconstitucionalidade da figura típica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descrita, repercutindo, portanto, na esfera penal.

2. Constitui a infração descrita no art. 168-A do Código Penal, deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

3. O crime de apropriação indébita não exige para sua consumação o dolo específico, consistente no animus rem sibi habendi.

4. Autoria e materialidade demonstradas.

5. A conduta delituosa caracteriza-se como crime continuado, pois a falta de repasse das contribuições previdenciárias se repetiu entre 1997 a 2003.

6. Apelação provida, para condenar o acusado nas penas do art. 168-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal.” (g.n. - ACR 2003.38.00.052972-0/MG, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Rel. Convocada Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de C. Fonseca, 4ª Turma, DJ 27/02/2009, p. 260)

Com efeito, não há a necessidade de demonstração de dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de ter a coisa para si (*animus rem sibi habendi*), mas, tão somente, como já dito, o dolo genérico, uma vez tratar-se de crime omissivo próprio.

O próprio réu, quando interrogado perante a autoridade policial, confessou o cometimento do delito (fl. 254), asseverando que assim agiu em razão de dificuldades financeiras por que passava a empresa em questão.

Oportuno transcrever o seguinte trecho de seus esclarecimentos, nos seguintes termos, verbis:

“

QUE os fatos narrados na denúncia em parte são verdadeiros e em parte não; o depoente é administrador da empresa TITAN FUNDIÇÕES LTDA, desde 1996; teve que deixar de repassar as contribuições recolhidas porque priorizou a folha de pagamento dos funcionários que não foram demitidos e os principais fornecedores, já que o mercado imobiliário, de construção civil não estava bom, sendo que a empresa do depoente fabrica contrapesos para elevadores, 95% da produção da empresa é disso; teve que parcelar dívidas com empregados que foram demitidos e com fornecedores;” (fl.254)

Embora tenha alegado dificuldades financeiras para quitar o débito previdenciário, o acusado não juntou qualquer documento que pudesse demonstrar, de forma convincente, tal alegação. Os protestos juntados às fls. 297/309 são insuficientes para tal fim, pois como salientou o Ministério Público são todos de valores ínfimos, se comparados ao faturamento anual da empresa (fls. 315).

Assim, não há como reconhecer, no caso, a hipótese de excludente da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade do réu por inexigibilidade de conduta diversa, devido à dificuldade financeira pela qual passava a empresa, visto que não restou devidamente comprovada nos autos.

Como se vê do apurado no Inquérito Policial e do depoimento do próprio réu, não há dúvidas acerca da materialidade e autoria do delito a ele imputado na inicial.

DOSIMETRIA DA PENA

Observo que o juízo de primeiro grau analisou detidamente os requisitos dos arts. 59 e 68, do Código Penal, fixando a reprimenda no mínimo legal, considerando que o réu é primário e de bons antecedentes; que as circunstâncias fáticas e pessoais não geraram um grau de reprovação superior ao normal; que as circunstâncias demonstram grau de delinquência normal; e, ainda, que somente as consequências foram desfavoráveis porque não há notícias de ressarcimento total ao erário.

Conforme entendimento firmado nesta Corte, o aumento da pena pela continuidade delitiva (art. 71, CP), é fixado gradativamente, levando-se em conta o número de infrações cometidas.

Assim, ante a ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes, e de causas de diminuição de pena, mantenho a pena-base fixada pelo juiz em **2 (dois) anos de reclusão**. Presente a causa de exasperação prevista no (art. 71 do CP) decorrente da continuidade delitiva. Cabível, a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, tornando-a **definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão**.

Nessa linha de raciocínio, merece forma parcial a sentença, para adequar a fixação da pena de multa a estes critérios, a fim de guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

Fixo, portanto, a pena de multa em 10 (dez) dias-multa, acrescida de 1/6 (um sexto), em razão da continuidade delitiva (art. 71 do CP), totalizando 11 (onze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Há que ser mantido o **regime aberto** (art. 33, § 2º, alínea “c”) para o cumprimento da pena, na forma como fixada na sentença recorrida.

Finalmente, verifica-se que o juiz aplicou corretamente o art. 44 do CP, quando substituiu a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, uma de prestação de serviço à comunidade e uma de pena de multa.

Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para reduzir a pena de multa, como supradescrito.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0201581-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 150.574 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200061030011359

EM MESA

JULGADO: 04/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : CARLA CRISTINA MIRANDA DE MELO GUIMARÃES - DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ANTÔNIO CARLOS GONÇALVES GROSSI
PROCURADOR : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora concedendo a ordem de habeas corpus, no que foi acompanhada pelo voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, e os votos divergentes das Sras. Ministras Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira, denegando-a, verificou-se empate na votação. Prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente, a Turma concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidas as Sras. Ministras Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira."

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior votou com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.