



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 164.533 - RS (2012/0082789-9)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : ROBERTO PAULO PAGNO
ADVOGADO : GLADEMIR JOSÉ MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. SÚMULA N.º 07/STJ. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E DO VALOR ATRIBUÍDO AO DIA-MULTA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºS 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E 211 DESTA CORTE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A análise da alegação de inexigibilidade de conduta diversa, em decorrência dos problemas econômicos financeiros por que passou a empresa administrada pelo Recorrente com vistas a sua absolvição em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária, demandaria, necessariamente, o reexame das provas produzidas nos autos, o que não é possível em face do entendimento sufragado na Súmula n.º 07/STJ.

2. As insurgências relacionadas ao valor da prestação pecuniária aplicada - pena substitutiva da pena corporal -, bem como do *quantum* atribuído ao dia-multa, não foram apreciadas pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, carecendo a matéria do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial. Assim, incidem na espécie as Súmulas n.ºs 282 do Supremo Tribunal Federal e 211 desta Corte

3. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 164.533 - RS (2012/0082789-9)

AGRAVANTE : ROBERTO PAULO PAGNO
ADVOGADO : GLADEMIR JOSÉ MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por ROBERTO PAULO PAGNO, contra decisão de minha lavra, ementada nos seguintes termos, *in verbis*:

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE DOLO. DESNECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DO ANIMUS REM SIBI HABEMDI. DIFICULDADES FINANCEIRAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. SÚMULA N.º 07/STJ. FIXAÇÃO DA PENA. RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES PREVISTAS NAS LETRAS A E D DO INCISO III DO ART. 65 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231 DESTA CORTE. ILEGALIDADE NO PERCENTUAL DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 45, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºS 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E 211 DESTA CORTE. PENA DE MULTA QUE NÃO GUARDA PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA. AGRADO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL" (fl. 692).

Sustenta o ora Agravante, nas razões do regimental, *"a inaplicabilidade da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça quanto à inexistência de culpabilidade"* (fl. 716). Enfatiza que lhe era inexigível outra conduta por se encontrar com dificuldades financeiras.

Insiste, ainda, na alegação de que a prestação pecuniária - substitutiva da pena corporal - e o valor atribuído ao dia-multa se mostram desproporcionais, tendo em vista que a reprimenda foi estabelecida no mínimo legal.

Requer, assim, seja reconsiderado o *decisum* e provido o recurso especial interposto em sua integralidade.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 164.533 - RS (2012/0082789-9)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. SÚMULA N.º 07/STJ. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E DO VALOR ATRIBUÍDO AO DIA-MULTA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºS 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E 211 DESTA CORTE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A análise da alegação de inexigibilidade de conduta diversa, em decorrência dos problemas econômicos financeiros por que passou a empresa administrada pelo Recorrente com vistas a sua absolvição em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária, demandaria, necessariamente, o reexame das provas produzidas nos autos, o que não é possível em face do entendimento sufragado na Súmula n.º 07/STJ.

2. As insurgências relacionadas ao valor da prestação pecuniária aplicada - pena substitutiva da pena corporal -, bem como do *quantum* atribuído ao dia-multa, não foram apreciadas pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, carecendo a matéria do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial. Assim, incidem na espécie as Súmulas n.ºs 282 do Supremo Tribunal Federal e 211 desta Corte

3. Agrado regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

A irresignação não merece prosperar.

Na ausência de argumento apto a afastar as razões consignadas no *decisum* impugnado quanto aos temas ora suscitados, deve ser mantido por seus próprios fundamentos. A propósito, veja-se a decisão ora agravada, na parte que interessa:

"Quanto à primeira insurgência recursal, constata-se, da simples leitura do acórdão recorrido, que o Tribunal de origem expressamente consignou que a crise financeira não restou comprovada, o que afastou a alegação de inexigibilidade de conduta diversa.

A propósito, confira-se o teor do voto condutor do acórdão atacado, litteris:

"Em que pesem os argumentos do acusado de que não há comprovação de dolo específico na omissão dos recolhimentos das contribuições previdenciárias, impende salientar ser omissiva a ação descrita no mencionado dispositivo legal. Destarte, revela-se prescindível demonstrar, na presente hipótese, o animus rem sibi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habendi para caracterização do delito. Basta que se verifique vontade livre e consciente de descontar contribuições dos salários dos trabalhadores, sem repassá-las, posteriormente, à Previdência Social.

Tal entendimento não se modificou pela circunstância de ter o mencionado tipo sido inadequadamente "revogado" e incluído no capítulo do Código Penal que trata da apropriação indébita, por força da Lei nº 9.983/2000 instituindo o art. 168 - A. Com efeito, o novo texto legal repetiu a descrição da conduta inserta na Lei nº 8.212/91, diminuindo tão-somente a pena máxima cominada ao delito de seis para cinco anos de reclusão, limitando-se, pois, a este tópico a novatio legis in melius.

O tipo penal descrito no citado artigo continua a ser omissivo, dependendo apenas da abstenção da prática do ato para sua consumação. Existindo efetiva previsão da causalidade pelo agente delitivo, não há se falar em necessidade da comprovação de dolo específico, contrariamente ao crime previsto no dispositivo antecedente do Estatuto Repressivo (art. 168 - apropriação Indébita) para o qual se exige o animus de ter a coisa para si [...].

Logo, nenhuma dúvida persiste acerca da existência de dolo na conduta do acusado.

Intenta o acusado, ainda, afastar a condenação, em razão da causa supralegal de exclusão da culpabilidade - inexigibilidade de conduta diversa - alegando dificuldades financeiras da empresa.

Quanto ao tema, pacificou-se nesta Corte que configura exclusão da culpabilidade, no crime de omissão de recolhimento, a ocorrência de dificuldades financeiras muito graves que impeçam o cumprimento da obrigação com a Previdência Social. Contudo, sua aplicabilidade depende da demonstração cabal, por parte dos denunciados, da absoluta impossibilidade de recolhimento das verbas previdenciárias descontadas dos segurados, bem como do esgotamento de todos os meios necessários para efetivar essa obrigação.

Em verdade, o argumento de não poder honrar os compromissos sociais deve fundar-se em documentos contábeis, revelando, no período das omissões, absoluta insolvência, constrição de bens, impedimentos que tornem difícil uma livre administração e continuidade dos negócios, afastando a possibilidade de qualquer conduta tendente ao recolhimento do tributo. Na ausência de demonstração documental específica, descabe acolher tal justificativa [...].

Afora isso, convém ressaltar que o ônus da prova compete à defesa, e não à acusação, por força do art. 156 do CPP. A propósito, transcrevo o aresto do e. STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO NO MONTANTE AUFERIDO. INCIDÊNCIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÚMULA 7/STJ. DOLO GENÉRICO. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. ÔNUS PROBATÓRIO DA DEFESA. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO JUSTIFICADO PELO NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) 3. O crime de apropriação indébita previdenciária tem sido entendido como crime omissivo próprio (ou omissivo puro), isto é, aquele em que não se exige necessariamente nenhum resultado naturalístico, esgotando-se o tipo subjetivo apenas na transgressão da norma incriminadora, no dolo genérico, sem necessidade de comprovação do fim especial de agir, ou dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de ter a coisa para si (animus rem sibi habendi). 4. A impossibilidade de repasse das contribuições previdenciárias em decorrência de crise financeira da empresa constitui, em tese, causa supralegal de exclusão da culpabilidade - inexigibilidade de conduta diversa -, e, para que reste configurada, é necessário que o julgador verifique a sua plausibilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, não bastando para tal a referência a meros indícios de insolvência da sociedade. (...). 6. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (Quinta Turma, RESP 1.113.735, Relator(a) Arnaldo Esteves Lima, pub. m DJE 29/03/2010).

Compulsando os autos, constata-se que o acusado reportou, singelamente, o insucesso do investimento sem, no entanto, evidenciar de forma cabal a absoluta impossibilidade de cumprir suas obrigações, muito embora lhe tenha sido oportunizado comprovar a delicada situação que supostamente o impediu de fazer os repasses à Autarquia Previdenciária.

A par disso, os documentos colacionados pela defesa, quais sejam cópias das declarações de imposto de renda do réu, referentes a 2007 e 2008 (fls. 31-44); informações econômico-fiscais (DIPJ da empresa), dos anos-calendários 2007 e 2008 (fls. 45-74); ocorrências policiais de roubos e acidentes envolvendo veículos pertencentes à empresa (fls. 75-164); relação de ações judiciais em desfavor da empresa e do acusado (fls. 165-67, 339-46); certidões do SERASA (fls. 328-333); não permitem concluir pela aplicação da referida exculpanção.

Por outras palavras, como bem destacou o magistrado singular, seria necessária a juntada de demonstrativos financeiros e declarações de imposto de renda da pessoa jurídica contemporâneos aos fatos denunciados, o que não consta nos autos. Além disso, a prova testemunhal arrolada pela defesa (fls. 235-36) ainda que, de certo modo, tenha informado a existência de crise financeira, não é suficiente, por si só, para caracterizar a causa supralegal de exclusão da culpabilidade, porquanto possui valor ínfimo na demonstração do extremo esforço pessoal do réu para o resgate da sociedade, revelando-se incapaz de autorizar, isoladamente, a exclusão da culpabilidade [...].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após efetuado o exame do conjunto probatório dos autos, noto que o réu não trouxe qualquer prova documental apta a comprovar as supostas dificuldades financeiras, não sendo colacionados quaisquer documentos hábeis a comprovação da alegada dificuldade financeira ou outro meio de que o agente não tinha outro modo de evitar o sacrifício do bem jurídico tutelado pela norma penal.

Assevera-se que o interesse particular ou de grupo não pode prevalecer em detrimento do interesse público, ou seja, manter o empreendimento às custas da apropriação de recursos da Previdência. O empreendedor deve buscar a manutenção dos empregos e dos investimentos, apenas não se pode aceitar que estes objetivos sejam alcançados com prejuízo à previdência social, que por via de consequência atinge toda a coletividade.

Nessa ordem de idéias, mister referir que a tese somente é admissível quando a situação precária resta devidamente comprovada, de forma consistente e indubitável. Ou seja, não basta mera e isolada declaração do réu e das testemunhas de defesa.

Inviável, portanto, acolher o argumento defensivo no tocante à inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que, de fato, não atendidos os pressupostos dessa excludente da ilicitude porquanto a lesão ao bem jurídico não era apropriada para proteger o direito ameaçado nem tampouco a conduta adotada era a única possível ao réu, perpetrando-se por quase 10 (dez) anos" (fls. 546/554; sem grifos no original).

Nessa esteira, a reforma do acórdão recorrido se mostra inviável de ser realizada na via estreita do recurso especial, na medida em que a verificação da inexistência de dolo na conduta do Recorrente, em decorrência dos problemas econômicos financeiros da empresa, demandaria, necessariamente, o reexame das provas produzidas nos autos, o que não é possível em face do entendimento sufragado na Súmula n.º 07/STJ.

A corroborar esse entendimento, merecem destaque os seguintes julgados, cujas ementas a seguir transcritas, foram proferidas em casos semelhantes, in verbis:

"CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DOLO GENÉRICO. ANIMUS REM SIBI HABENDI. COMPROVAÇÃO DESNECESSÁRIA VERIFICAÇÃO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE E DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. PRETENSÃO DE REEXAME DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚM. 07/STJ. DOSIMETRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. 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. Precedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. É inviável o conhecimento do recurso quanto às alegadas excludentes de ilicitude - estado de necessidade - e de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, em face das dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa, se a pretensão deixa, por si só, entrever o interesse de verdadeira reapreciação de aspectos fático-probatórios, impossível de ser satisfeito nesta sede, em respeito ao enunciado da Súm. nº 07/STJ.

III - Incabível o argumento de ausência de justa causa para imposição da pena acima do mínimo legal, se foram respeitados os critérios legais para sua fixação.

IV. Recurso parcialmente conhecido e desprovido." (REsp 1194510/SP, 5.^a Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 01/02/2011; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DISSENSO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. DESNECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DO ANIMUS REM SIBI HABEMDI. DIFICULDADES FINANCEIRAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA IMPRÓPRIA. SÚMULA N.º 7 DO STJ. EXCLUSÃO DA EMPRESA DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. A demonstração do dissídio jurisprudencial não se contenta com meras transcrições de ementas, sendo absolutamente indispensável o cotejo analítico de sorte a demonstrar a devida similitude fática entre os julgados, não verificada na espécie.

2. Nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, como verificado na hipótese.

3. No caso, a inicial acusatória descreve as condutas delituosas dos Agravantes, relatando, em linhas gerais, os elementos indispensáveis para a demonstração da existência do crime em tese praticado, bem assim os indícios suficientes para a deflagração da persecução penal.

4. Há indicação de que os Denunciados eram, à época dos fatos, sócios-gerentes da pessoa jurídica, o que, segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal "é suficiente para a aptidão da denúncia por crimes societários a indicação de que os denunciados seriam responsáveis, de algum modo, na condução da sociedade, e que esse fato não fosse, de plano, infirmado pelo ato constitutivo da pessoa jurídica." (HC 94.670/RN, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ de 24/04/2009.)

5. O dolo do crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, dentro do prazo e das formas legais, não se exigindo o animus rem sibi habendi, sendo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portanto, descabida a exigência de se demonstrar o especial fim de agir ou o dolo específico de fraudar a Previdência Social, como elemento essencial do tipo penal.

6. O Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, afastou o argumento da inexigibilidade de conduta diversa, em virtude das dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa. Sendo assim, entender de modo diverso demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial.

7. A exclusão da empresa do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS implica o prosseguimento da ação penal. Precedentes.

8. Agravo desprovido." (AgRg no Ag 1177062/SP, 5.^a Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 29/11/2010.) [...]

De outro lado, observo que não houve apreciação da questão da desproporcionalidade da prestação pecuniária aplicada - pena substitutiva da pena corporal - tampouco do valor atribuído ao dia-multa, pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, carecendo a matéria do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial. A propósito, o que se considera, para efeitos de satisfação desse requisito, é o debate e a decisão efetiva da Corte de origem acerca da matéria federal suscitada. Assim, incidem na espécie, ainda, as Súmulas n.ºs 282 do Supremo Tribunal Federal e 211 desta Corte" (fls. 694/700).

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0082789-9

AgRg no
AREsp 164.533 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001662420084047107 1662420084047107 200871070001665 4422007

EM MESA

JULGADO: 14/08/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ROBERTO PAULO PAGNO
ADVOGADO : GLADEMIR JOSÉ MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ROBERTO PAULO PAGNO
ADVOGADO : GLADEMIR JOSÉ MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.