



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.359.446 - SP (2012/0267496-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MÁRIO MANTONI FILHO
ADVOGADO : HERMEGILDO CUNHA CALDEIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. ESPECIAL FIM DE AGIR. PRESCINDIBILIDADE. PERDÃO JUDICIAL E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SÚMULA N. 282 DO STF. FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA. REGRA DO *ONUS PROBANDI*. ART. 156 DO CPP. PROVA SUFICIENTE DE QUE O IMPUTADO COMETEU O FATO A ELE ATRIBUÍDO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. Se já houve pronunciamento sobre o mérito da persecução penal, denotando, *ipso facto*, a plena aptidão da inicial acusatória, fica prejudicado o exame da violação do art. 41 do CPP, principalmente quando evidenciado que o recorrente exerceu, com plenitude, o contraditório e a ampla defesa.

2. Para a configuração do crime previsto no art. 168-A do CP basta a vontade livre e consciente de não repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, pois o tipo penal não exige especial fim de agir.

3. Os pedidos de extinção da punibilidade pela adesão ao REFIS, de perdão judicial e de aplicação do art. 168-A, § 3º, do CP não podem ser analisados diretamente no recurso especial, pois não houve prévio debate sobre tais matérias no acórdão impugnado e tampouco foram opostos embargos de declaração para provocar a manifestação do Tribunal de origem, o que atrai a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF, em razão da falta de prequestionamento.

4. O ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação, decorrência natural do princípio do *favor rei*, bem assim da presunção de inocência, sob a vertente da regra probatória, de maneira que o juiz deverá absolver quando não tenha prova suficiente de que o acusado cometeu o fato atribuído na exordial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusatória, bem como quando faltarem provas suficientes para afastar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

5. A regra do *onus probandi*, prevista no art. 156 do CPP, serve apenas para permitir ao juiz que, mantida a dúvida, depois de esgotadas as possibilidades de descobrimento da verdade real, decida a causa de acordo com a orientação expressa na regra em apreço.

6. O Ministério Público comprovou que o réu, na condição de sócio, gerente e administrador da empresa identificada na denúncia (autoria), deixou de repassar à previdência social as contribuições retidas de seus funcionários (materialidade), descumprindo, de forma voluntária, dever legal de que tinha conhecimento (elemento subjetivo do tipo). A defesa, a seu turno, não demonstrou eventuais dificuldades financeiras da empresa e nem criou dúvida razoável sobre os fatos constitutivos do *ius puniendi*.

7. Para desconstituir as conclusões do acórdão e reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa ou o estado de necessidade, seria necessário o reexame de provas, não admitido no recurso especial. Súmula n. 7 do STJ.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.359.446 - SP (2012/0267496-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MÁRIO MANTONI FILHO

ADVOGADO : HERMEGILDO CUNHA CALDEIRA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MÁRIO MANTONI FILHO interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região** (Apelação n. 0004395-46.2005.4.03.6109/SP).

O recorrente sustenta que: a) a empresa da qual foi sócio aderiu ao REFIS e, por tal motivo, deve ser declarada extinta a sua punibilidade ou aplicado o perdão judicial, pois a contabilidade da empresa "encontra-se em ordem" (fl. 1.048); b) a denúncia é inepta, pois, consoante o art. 41 do CPP, o Ministério Público deveria ter narrado o "dolo específico da apropriação indébita com o *animus* de fraude" (fl. 1.055), elemento subjetivo que, aliás, não existiu, porquanto ou se "recolhia à previdência e não se pagava os funcionários ou se pagava os funcionários e não se recolhia à previdência" (fl. 1.050); c) "no caso em exame, inexistiu o dolo específico, uma vez que inocorreu o *animus rem sibi habendi*" (fl. 1.063, *sic*) e que o Ministério Público não se desincumbiu do ônus de provar a existência do delito, nos termos do art. 156 do CPP.

Requer sua absolvição.

Contrarrazões às fls. 1.081-1.098. Decisão de admissibilidade às fls. 1.117-1.119.

O Ministério Público Federal opinou pela aplicação das Súmulas n. 7 e 83 do STJ (fls. 1.134-1.135).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.359.446 - SP (2012/0267496-4)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. ESPECIAL FIM DE AGIR. PRESCINDIBILIDADE. PERDÃO JUDICIAL E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SÚMULA N. 282 DO STF. FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA. REGRA DO *ONUS PROBANDI*. ART. 156 DO CPP. PROVA SUFICIENTE DE QUE O IMPUTADO COMETEU O FATO A ELE ATRIBUÍDO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. Se já houve pronunciamento sobre o mérito da persecução penal, denotando, *ipso facto*, a plena aptidão da inicial acusatória, fica prejudicado o exame da violação do art. 41 do CPP, principalmente quando evidenciado que o recorrente exerceu, com plenitude, o contraditório e a ampla defesa.

2. Para a configuração do crime previsto no art. 168-A do CP basta a vontade livre e consciente de não repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, pois o tipo penal não exige especial fim de agir.

3. Os pedidos de extinção da punibilidade pela adesão ao REFIS, de perdão judicial e de aplicação do art. 168-A, § 3º, do CP não podem ser analisados diretamente no recurso especial, pois não houve prévio debate sobre tais matérias no acórdão impugnado e tampouco foram opostos embargos de declaração para provocar a manifestação do Tribunal de origem, o que atrai a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF, em razão da falta de prequestionamento.

4. O ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação, decorrência natural do princípio do *favor rei*, bem assim da presunção de inocência, sob a vertente da regra probatória, de maneira que o juiz deverá absolver quando não tenha prova suficiente de que o acusado cometeu o fato atribuído na exordial acusatória, bem como quando faltarem provas suficientes para afastar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

5. A regra do *onus probandi*, prevista no art. 156 do CPP, serve apenas para permitir ao juiz que, mantida a dúvida, depois de esgotadas as possibilidades de descobrimento da verdade real, decida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a causa de acordo com a orientação expressa na regra em apreço.

6. O Ministério Público comprovou que o réu, na condição de sócio, gerente e administrador da empresa identificada na denúncia (autoria), deixou de repassar à previdência social as contribuições retidas de seus funcionários (materialidade), descumprindo, de forma voluntária, dever legal de que tinha conhecimento (elemento subjetivo do tipo). A defesa, a seu turno, não demonstrou eventuais dificuldades financeiras da empresa e nem criou dúvida razoável sobre os fatos constitutivos do *ius puniendi*.

7. Para desconstituir as conclusões do acórdão e reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa ou o estado de necessidade, seria necessário o reexame de provas, não admitido no recurso especial. Súmula n. 7 do STJ.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Depreende-se dos autos que o recorrente, nascido em 23/2/1960, foi condenado a 2 anos, 9 meses e 22 dias de reclusão, em regime aberto, como incurso no art. 168-A, c/c o art. 71, ambos do CP. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade e por pena pecuniária. A denúncia foi recebida em 6/3/2006 e a sentença condenatória foi publicada em 28/7/2008.

I. Art. 41 do Código de Processo Penal

O recurso especial não comporta conhecimento quanto à alegada violação do art. 41 do CPP, pois, consoante a jurisprudência desta Corte, é "impossível analisar mera higidez formal da acusação se o próprio intento condenatório já foi acolhido e confirmado em grau de recurso" (**AgRg nos EDcl no AREsp n. 817.327/SC**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 18/2/2016).

Ainda neste sentido cito os seguintes julgados:

[...]

Se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amalhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, *ipso facto*, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentindo em se analisar eventual inépcia, mácula condizente com a própria higidez da denúncia.
[...]

(AgRg no AREsp n. 497.062/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 3/9/2015)

[...]

2. A narrativa da inicial foi suficiente para viabilizar o entendimento do acusado sobre os fatos imputados em seu desfavor, com a demonstração da materialidade e da conduta perpetrada e das circunstâncias necessárias à configuração do tipo e dos indícios de autoria, possibilitando o amplo exercício do direito de defesa, conforme frisado pelo acórdão impugnado.

3. O entendimento do STJ é no sentido de que "a superveniência da sentença penal condenatória torna esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal" (AgRg no AREsp n. 537.770/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 18/08/2015).

[...]

(AgRg no REsp n. 1.430.696/RS, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 1º/2/2016).

A acusação formalizada pelo Ministério Público descreveu as circunstâncias do crime de forma satisfatória, ao registrar que o recorrente, na qualidade de sócio, gerente e administrador da empresa Mário Mantoni Metalúrgica Ltda., deixou de repassar à previdência social as contribuições descontadas do pagamento de seus empregados, causando prejuízo à autarquia federal. A falta de descrição de especial fim de agir – nem sequer descrito no art. 168-A do CP – não maculou a exordial e nem impediu o recorrente de exercer com plenitude o contraditório e a ampla defesa, pois foram deduzidas as teses de inexigibilidade de conduta diversa e de inexistência de fraude nos registros contábeis da empresa.

II. Art. 168-A do CP

No que se refere à tipicidade da conduta relacionada ao art. 168-A do CP, é assente "o entendimento de que **o delito de apropriação indébita previdenciária se consuma com a mera omissão de recolhimento da contribuição previdenciária dentro do prazo e das formas legais, prescindindo, portanto, do dolo específico** (EResp 1.296.531/RN, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 17/9/2013 e EResp. 1.207.466/ES, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GURGEL DE FARIA, DJe 6/11/2014)" (**AgRg no REsp n. 1.426.882/AL**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 30/9/2015).

Esta Corte Superior, ao interpretar o dispositivo federal, entende que "o dolo exigível para o **crime de apropriação indébita previdenciária**, pela natureza omissiva, **exige apenas a vontade livre e consciente de não recolher os valores descontados a título de contribuições previdenciárias ao INSS**" (HC n. 183.963/SP, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 3/8/2015, destaquei), o que foi fartamente comprovado, pois o acórdão recorrido registrou que o recorrente, "na condição de sócio gerente da empresa, tinha o dever legal de proceder aos recolhimentos das contribuições previdenciárias descontadas das folhas de pagamento de seus funcionários" (fl. 981) e "ele confessou a prática do delito, conforme se vê do seu interrogatório judicial, e o outro prestado pelo outro réu, Mário Mantoni (seu pai e sócio da empresa)" (fl. 981).

Deveras, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, **basta a demonstração do elemento subjetivo genérico**, vale dizer, a vontade livre e consciente de infringir o dever de repassar à previdência social as contribuições recolhidas, no prazo e na forma legais, sendo irrelevante o fim específico de se apropriar de tais valores ou, mais ainda, a inversão do título da posse e o efetivo proveito da conduta criminosa.

Na lição de Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

[...] a situação que se apresenta como pressuposto necessário do comportamento típico **é não a apropriação, mas sim a retenção da contribuição social descontada e que deve ser repassada ou recolhida à previdência social**. É da comprovação desse pressuposto que nascerá o "dever de atuar". A omissão desse dever de atuar e a demonstração da capacidade atual do agente para fazer o que não fez constituem os dois elementos finais para a composição da parte objetiva do tipo. Mas não é só. Mesmo em relação aos crimes omissivos impróprios, "en el ámbito subjetivo, la imputación a título de dolo requiere el conocimiento de la situación típica y las posibilidades de intervención que el supuesto tiene y el sustrerse voluntariamente a pesar de ese conocimiento a la obligación de actuar" (Francisco Muñoz Conde e Mercedes Garía Arán. *Derecho Penal* - Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p.225). Não se trata, no caso, de dolo específico, categoria dogmática já superada. Cuida-se, em verdade, da análise da chamada parte subjetiva do tipo. (*Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência, Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco, 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 860).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segue igual trilha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

[...]

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme 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***, 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 n. 122766 AgR, Rel. Ministra **Cármen Lúcia**, 2ª T., Dje 12/11/2014).

Quanto **aos pleitos de extinção da punibilidade pela adesão ao REFIS, de perdão judicial e de aplicação do art. 168-A, § 3º, do CP, o recurso especial não comporta conhecimento**, pois não houve prévio debate sobre as teses defensivas, tampouco foram opostos embargos de declaração para provocar a manifestação do Tribunal de origem acerca das matérias, o que atrai a incidência das **Súmulas n. 282 e 356 do STF**, em razão da **falta de prequestionamento**.

III. Art. 156 do CPP

Registro, *ab initio*, que a regra do art. 156 do CPP não pode ser considerada de forma isolada, pela mera leitura da primeira parte do dispositivo federal, mas deve ser interpretada de forma sistêmica, de acordo com os ditames dos arts. 41 e 386, VI, do CPP, tendo como norte os princípios reguladores do processo penal condenatório, instrumento concebido para a tutela social da liberdade do indivíduo, orientado pela presunção de inocência e pelo *in dubio pro reo*, com vistas à melhor reconstrução histórica dos fatos sob julgamento.

Nesse sentido, destaco a lição de Afrânio Silva Jardim, para quem o disposto no art. 156 do CPP deve harmonizar-se com o princípio *in dubio pro reo*, consagrado no art. 386, VI, do CPP, pois, a rigor, levando-se em conta o art. 41 do CPP, **"somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu. Eventual 'alegação' deste, será tão-somente aparente**, vez que juridicamente deve ser reputada como mera negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa". Isso porque, no processo penal, o réu é **presumidamente inocente e a dúvida sempre o favorece**. Sob tal prisma, não é aplicável de forma automática, no processo penal, a distribuição do ônus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da prova regulada no processo civil, de forma a transferir ao acusado o dever de demonstrar sua inocência. Urge que a regra do art. 156 do CPP seja compreendida como **"a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal"** (JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 294-312, destaquei).

Vê-se, portanto, que a regra do *onus probandi*, prevista no art. 156 do CPP, serve apenas para permitir ao juiz que, mantida a dúvida – após esgotadas as possibilidades de descobrimento da verdade real, inclusive com o uso de seus poderes instrutórios complementares, mais amplos no processo penal –, decida a causa de acordo com a orientação expressa no dispositivo em apreço.

Deveras, como o réu não manifesta pretensão, apenas nega as circunstâncias narradas na denúncia ou na queixa, o ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação (decorrência natural do princípio do *favor rei*, bem assim da presunção de inocência, sob a vertente da regra probatória) e o benefício da dúvida deve, sempre, favorecer a defesa.

Isso equivale a dizer que a pretensão punitiva estatal somente poderá ser acolhida se o órgão jurisdicional se convencer, com apoio na prova judicializada, de que o réu praticou fato típico, ilícito e culpável, consoante a narrativa acusatória expressa ou implícita, e eventual **dúvida** relacionada às excludentes conduzem, necessariamente, à absolvição, consoante o art. 386, VI, do CPP.

Na dicção de Gian Antonio Micheli, o juiz deverá absolver quando não tiver prova suficiente de que o imputado cometeu o fato a ele atribuído, como também absolverá quando faltarem provas suficientes para excluir, e.g., a legítima defesa (ou outra excludente de ilicitude ou de culpabilidade):

la regla de la carga de la prueba en el proceso penal no contiene, pues, distribución alguna, a menos que presunciones relativas importen una particular regulación de la hipótesis, de modo que determinados hechos se tengan por verificados, salvo prueba contraria. En general, portanto, no se puede considerar aplicable el art. 54 (art. 1312 del Cód. Civ.), el cual se inspira en un procedimiento, como el civil, caracterizado por la igualdad de las partes en el proceso, en principios, por consiguiente, bien diversos de los que caracterizan el proceso penal. Bajo este aspecto, se comprende fácilmente por qué en este



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

último, como se ha dicho, a la acusación le incumbe la prueba positiva de la inexistencia de los hechos que lo excluyen. Consiguientemente, el juez deberá absolver, cuando no tenga pruebas suficientes de que el imputado haya cometido el hecho que se atribuye, y así también deberá absolver cuando falten pruebas suficientes para excluir, por ejemplo, la legítima defensa (*La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989, p. 241-242).

Nesse sentido também se coloca a acurada orientação de Celso de Mello:

Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irreversível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, **impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público (grifo nosso)**. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine iudicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. - **A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público (grifo nosso)**. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. **Não compete ao réu**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado.
(HC n 73.338, Rel. Ministro Celso de Mello, 1ª T., DJ 19/12/1996).

Nem se objete, contra tal interpretação da norma federal, a impossibilidade de a acusação fazer prova da inexistência de excludentes, pois tal impeditivo só existiria diante de fatos negativos indeterminados.

A esse respeito, aliás, Gustavo Badaró deixa registrado que as excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade são definidas em termos estritos. O acusado, quando alega, por exemplo, que agiu em legítima defesa, afirma um fato negativo determinado, que pode ser afastado por indicação de fato positivo – definido no espaço e/ou tempo – que se lhe contrapõe. Facilmente poderá a acusação demonstrar a não ocorrência da excludente, pois "a comprovação da inoccorrência de um fato negativo determinado se dá pela **prova de fatos positivos contrários ou incompatíveis**" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 316-317).

Para o doutrinador, o acusado não possui o encargo de provar a existência de excludente de ilicitude ou de culpabilidade para ser absolvido, nem mesmo o ônus de gerar tal dúvida, mas somente o **interesse em provar sua ocorrência**. E se, embora interessado, não consegue levar ao juiz essa certeza, mas, mesmo assim, surge **dúvida razoável sobre a alegação** – o que significa que o acusador não conseguiu desincumbir-se do seu ônus de provar plenamente a inoccorrência da excludente –, a consequência será a absolvição (*op. cit.*, p. 159).

Sob tais premissas, não houve violação do art. 156 do CPP, pois o Ministério Público comprovou todos os elementos necessários à condenação pela prática do crime do art. 168-A do CP. Produziu, em juízo, prova de que o recorrente, na condição de sócio, gerente e administrador da empresa identificada na denúncia (autoria), deixou de repassar à previdência social as contribuições retidas de seus funcionários (materialidade), descumprindo de forma voluntária o dever legal de repassá-las ao INSS (elemento subjetivo).

Não surgiu, outrossim, dúvida razoável sobre fatos contrários ou incompatíveis com o *ius puniendi*, que evidenciassem, por exemplo, o estado de necessidade ou a inexigibilidade de conduta diversa. Apesar das alegações da defesa, o acórdão registrou que "**nada há, nos autos, a autorizar qualquer interpretação que assegure a existência dos elementos necessários para a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configuração da inexigibilidade de conduta diversa ou do estado de necessidade" (fl. 987, destaquei), pois o acusado não demonstrou "a impossibilidade de recolhimento das contribuições devidas na época da prática delitiva" (fl. 984), notadamente por meio de protesto de títulos, devolução de cheques, cópia da declaração de imposto de renda, balanços patrimoniais ou outros tantos sinais documentais de inadimplemento da empresa por ele administrada. O julgador ressaltou que as testemunhas ouvidas apenas afirmaram a existência de dificuldades financeiras por ouvir dizer, sem conhecimento direto desse suposto fato, haja vista que não vivenciaram o "dia-a-dia da empresa na época dos fatos, trazendo alegações genéricas e superficiais" (fl. 985), resultantes de comentários dos próprios réus.

Assim, o órgão acusatório se desincumbiu do ônus de provar a prática de um fato típico, antijurídico e culpável, com todas as circunstâncias relevantes, demonstrando, sem qualquer dúvida, que as alegações defensivas não tinham fundamento algum.

Finalmente, para alterar a conclusão motivada do acórdão seria imprescindível o reexame de fatos e provas, providência incabível no recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **conheço parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, nego provimento ao reclamo**, por não verificar a violação dos arts. 156 do CPP e 168-A do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0267496-4 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.359.446 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200561090043958 37945 43954620054036109

PAUTA: 19/04/2016

JULGADO: 19/04/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MÁRIO MANTONI FILHO
ADVOGADO : HERMEGILDO CUNHA CALDEIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : MARIO MANTONI

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:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa extensão, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.