RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 20.558 - SP (2006/0266781-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
RECORRENTE	:	JOSÉ LUIZ GOULART BOTELHO
ADVOGADO	:	PAULO FRANCISCO FERREIRA COSTA E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. RESTRIÇÃO A CRIMES AMBIENTAIS. ADESÃO AO REFIS. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. NECESSIDADE DE PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. DATA DO PARCELAMENTO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.964/2000. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DA SOCIEDADE. IRRELEVÂNCIA. DOLO ESPECÍFICO. DIFICULDADE FINANCEIRA DA EMPRESA NÃO EVIDENCIADA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. TESE A SER ANALISADO APÓS A INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. A única previsão legal para a responsabilização criminal de pessoa jurídica ocorre nas hipóteses de crimes ambientais e, mesmo assim, desde que haja também imputação à pessoa física que por ela responde.

2. A adesão ao REFIS não implica, necessariamente, na extinção da punibilidade, que está condicionada ao pagamento integral do débito. Considerando que a inclusão no REFIS ocorreu em 28.04.00, quando já em vigor a Lei nº 9.964, publicada em 11.04.00, é esta a norma a ser aplicada, daí decorrendo a exigência de pagamento integral do débito para a extinção da punibilidade.

3. O fato de o paciente não mais integrar a sociedade no momento do descumprimento das obrigações assumidas no REFIS não altera esse quadro, considerando que a punibilidade estava apenas suspensa, ficando sua extinção condicionada ao pagamento integral do débito, o que não ocorreu.

4. O tipo previsto no art. 168-A do Código Penal não se esgota somente no "deixar de recolher", isto significando que, além da existência do débito, deve ser analisada a intenção específica ou vontade deliberada de pretender algum benefício com a supressão ou redução do tributo, já que o agente "podia e devia" realizar o recolhimento.

5. Não se revela possível reconhecer a inexigibilidade de conduta se não ficou evidenciada a alegada crise financeira da empresa, cabendo ao magistrado de primeiro grau melhor examinar a matéria após a instrução processual.

6. Recurso improvido.

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: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e

Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 24 de novembro de 2009(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 20.558 - SP (2006/0266781-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
RECORRENTE	:	JOSÉ LUIZ GOULART BOTELHO
ADVOGADO	:	PAULO FRANCISCO FERREIRA COSTA E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de recurso ordinário interposto por José Luiz Goulart Botelho contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que denegou a ordem no prévio *writ* (HC nº 23582), assim ementado:

> *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 168-A, DO CÓDIGO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGENTE EXCLUÍDO DO QUADRO SOCIETÁRIO. INÉPCIA DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REFIS. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DIFICULDADE FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE DOLO. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. Resta caracterizada a legitimidade passiva do paciente para a ação penal, uma vez demonstrado que, à época dos fatos, participava da administração da empresa devedora das contribuições sociais não recolhidas, na condição de sócio-gerente.
>
> 2. Em matéria de criminalidade econômica, o direito penal vem passando por transformações, rompendo com tradicionais dogmas, chegando as discussões nesta seara à responsabilidade penal da pessoa jurídica, senão por outras razões, ao menos como medida de política criminal, devido à constatação de que através, ou em nome das empresas e entes coletivos, são praticados inúmeros delitos, nomeadamente àqueles de repercussão supra-individual.
>
> 3. Todavia, a matéria ainda está em evolução, não sendo de se entender deva a responsabilidade penal dos entes coletivos ser aplicada genericamente a toda e qualquer infração de natureza econômica, ou tributária, diante da ausência de previsão legal para tanto.
>
> 4. O ordenamento pátrio, por ora, somente reconhece a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica em se tratando de crimes contra o meio ambiente.
>
> 5. É o que se conclui da leitura do parágrafo 3°, do artigo 225, da Constituição Federal, do artigo 3°, parágrafo único, da Lei n° 9.605/98, em observância ao princípio da estrita legalidade que rege o Direito Penal, não sendo de se admitir a extensão da imputação jurídico-penal da culpa dos entes coletivos a outras situações que não aquelas previamente estabelecidas pela legislação em vigor, não prosperando, por esses fundamentos, a alegação quanto à ilegitimidade da pessoa física para figurar como ré na persecução penal, tratando-se da prática do delito previsto pelo artigo 168-A do Código Penal.
>
> 6. É impertinente a alegação de ilegitimidade de parte, também pelo fato

da remissão ao artigo 5°, da Lei n° 7.492/86, constante da denúncia.

7. O fato delituoso de trata a exordial acusatória, na redação que lhe era conferida pelo artigo 95, alínea d, e parágrafo 1°, da lei n° 8.212/91, remetia ao texto legal da Lei n° 7.492/86, no que respeita tão-somente à pena cominada ao delito que teria sido praticado pelo ora paciente, sem mais considerações no concernente ao tratamento a ser conferido relativamente à responsabilidade penal, nem tampouco com o condão de equiparar a conduta tratada nos presentes autos àquelas que são próprias da Lei dos crimes contra o sistema financeiro.

8. Nem aquela remissão autoriza concluir que o fato delituoso, descrito na exordial acusatória, somente poderia ser praticado por instituição financeira e não pelo agente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias.

9. O delito previsto no artigo 95, "d", da Lei n° 8.212/95, atualmente capitulado na redação do artigo 168-A, do Código Penal, não requer, para sua configuração, que a denúncia aponte a existência de dolo específico, bastando para tanto, o dolo genérico.

10. Ademais, a verificação da presença do elemento subjetivo exigido pelo tipo penal, não é possível na via estreita do *habeas corpus*, que, por certo, demanda análise de mérito acerca da suposta conduta do impetrante/paciente, que deverá ser devidamente apurada no curso da persecução penal, além de que, ingressar nesta seara importa em apreciação do conjunto probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

11. Se houve a exclusão da empresa do programa de que trata a Lei n° 9.964/2000, permanece incólume o direito do Estado à persecução penal, inclusive em relação ao agente que, à época dos fatos, integrava o quadro societário da pessoa jurídica.

12. A análise da ocorrência de dificuldades financeiras, a ensejar o reconhecimento de inexigibilidade de conduta diversa, demanda análise do conjunto probatório, algumas vezes precedida de perícia e verificação de toda a documentação contábil da empresa devedora, a denotar ser inviável tal avaliação em sede de *habeas corpus*, devido aos limites estreitos da cognição que é desenvolvida neste *writ*.

13. Ordem de *habeas corpus* denegada.

Colhe-se dos autos que o recorrente foi denunciado, em 12.08.05, como incurso no art. 168-A, c/c os arts. 69 e 71, todos do Código Penal, c/c art. 95, "d", e § 1º, da Lei nº 8.212/91, e c/c art. 5º da Lei nº 7.492/86.

Pugnando pelo trancamento da ação penal, impetrou *mandamus* perante o Tribunal de origem, cuja ordem foi denegada (fls. 217/234).

Daí o presente recurso, no qual se alega que a empresa passou por dificuldades financeiras e o paciente "jamais teve o *animus* de inadimplir com as obrigações fiscais da pessoa jurídica representada, razão pela qual, aos 28 de abril de 2000, aderiu ao REFIS - Programa de Recuperação Fiscal, zelando pelo cumprimento de todas as exigências e obrigações a ele inerentes até sua retirada da sociedade, em 10 de dezembro de 2003" (fl. 239).

Aduz o recorrente que a empresa foi excluída do REFIS somente em 18 de

agosto de 2004, quase um ano após a retirada do paciente da sociedade, "razão pela qual o paciente não pode ser penalmente responsabilizado por atos que não mais lhe dizem respeito vez que, durante sua participação na sociedade a empresa cumpriu com todas as exigências do REFIS, tendo, como se verá, extinta a punibilidade" (fl. 239).

Afirma que a denúncia é totalmente inepta e descabida, sustentando para tanto que:

a) a pessoa jurídica é quem deveria ser responsabilizada penalmente, não possuindo o paciente legitimidade para figurar na ação penal;

b) "em razão da literalidade da Lei 7.492/86, se alguém tivesse realmente que ser denunciado em todos os acontecimentos descritos na denúncia, este deveria ser a instituição financeira responsável pela captação destes recursos, e não a pessoa do paciente";

c) o crime tipificado pelo artigo 168-A do Código Penal exige conduta específica do agente, não bastando o dolo genérico, não possuindo o paciente qualquer *animus* de prejudicar o erário;

d) a responsabilização penal (pessoal) do paciente fere a garantia à segurança jurídica, pois "celebrou negócio jurídico perfeito e seu descumprimento, por atos alheios à sua vontade ou consciência, fogem completamente à sua declaração de vontade observada ao aderir ao REFIS";

e) a adesão ao REFIS promovida pelo paciente durante sua participação na sociedade é causa de extinção da punibilidade, conforme preceitua o art. 34 da Lei nº 9.249/95, ressaltando que os fatos em comento não estão sob a égide da Lei 9.983/00, em razão de suas disposições mais rígidas;

f) a empresa passava por dificuldades financeiras, deixando de recolher os tributos "por não ter condições mínimas para cumprir com suas obrigações" (fl. 270), o que é causa de exclusão da ilicitude.

Pleiteia o provimento do recurso para "o trancamento do processo criminal nº 2000.61.03.005062-6", a expedição de salvo-conduto e o reconhecimento da extinção da punibilidade.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 287/290).

Prestadas informações, o Juiz de primeiro grau informou que o feito encontra-se na fase do art. 402 do Código de Processo Penal (fl. 316).

É o relatório.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 20.558 - SP (2006/0266781-3)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. RESTRIÇÃO A CRIMES AMBIENTAIS. ADESÃO AO REFIS. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. NECESSIDADE DE PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. DATA DO PARCELAMENTO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.964/2000. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DA SOCIEDADE. IRRELEVÂNCIA. DOLO ESPECÍFICO. DIFICULDADE FINANCEIRA DA EMPRESA NÃO EVIDENCIADA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. TESE A SER ANALISADO APÓS A INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. A única previsão legal para a responsabilização criminal de pessoa jurídica ocorre nas hipóteses de crimes ambientais e, mesmo assim, desde que haja também imputação à pessoa física que por ela responde.

2. A adesão ao REFIS não implica, necessariamente, na extinção da punibilidade, que está condicionada ao pagamento integral do débito. Considerando que a inclusão no REFIS ocorreu em 28.04.00, quando já em vigor a Lei nº 9.964, publicada em 11.04.00, é esta a norma a ser aplicada, daí decorrendo a exigência de pagamento integral do débito para a extinção da punibilidade.

3. O fato de o paciente não mais integrar a sociedade no momento do descumprimento das obrigações assumidas no REFIS não altera esse quadro, considerando que a punibilidade estava apenas suspensa, ficando sua extinção condicionada ao pagamento integral do débito, o que não ocorreu.

4. O tipo previsto no art. 168-A do Código Penal não se esgota somente no "deixar de recolher", isto significando que, além da existência do débito, deve ser analisada a intenção específica ou vontade deliberada de pretender algum benefício com a supressão ou redução do tributo, já que o agente "podia e devia" realizar o recolhimento.

5. Não se revela possível reconhecer a inexigibilidade de conduta se não ficou evidenciada a alegada crise financeira da empresa, cabendo ao magistrado de primeiro grau melhor examinar a matéria após a instrução processual.

6. Recurso improvido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

A denúncia foi formulada contra o paciente nestes termos (fls. 179/181):

> Consta dos autos que os ora denunciados, na qualidade de sócios-gerentes da empresa CONVALE CONSTRUTORA DO VALE LTDA., CNPS n° 45.698.719/0001-96, estabelecida na Rua Heitor Villa Lobos, 624, Vila Ema, nesta cidade, cometeram o crime de apropriação

indébita previdenciária, ao deixar de recolher aos cofres do Instituto Nacional da Seguridade Social contribuições previdenciárias descontadas de segurados empregados nas épocas próprias, nas competências abaixo discriminadas, caracterizando o crime previsto no artigo 95, alínea d, da Lei 8.212/91.

Em função destes não recolhimentos, foram lavradas as seguintes Notificações Fiscais de Lançamentos de Débitos:

- NFLD n° 35.039.581-0, dando notícia dos débitos previdenciários referentes às competências de 05/97 a 08/99, cujo valor consolidado, à época, perfazia o montante de R$ 407.865,33 (quatrocentos e sete mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e trinta e três centavos);

- NFLD n° 35.039.582-9, dando notícia dos débitos previdenciários referentes às competências de 06/97 a 03/99 e 05/99 a 08/99, cujo valor consolidado, à época, perfazia o montante de R$ 23.638,05 (vinte e três mil, seiscentos e trinta e oito reais e cinco centavos);

- NFLD n° 32.092.266-9, dando notícia dos débitos previdenciários referentes às competências de 05/97, 12/97, 13/97, 04/98, 08/98 e 13/98, cujo valor consolidado, à época, perfazia o montante de R$ 6.812,10 (seis mil, oitocentos e doze reais e dez centavos);

A materialidade está fartamente comprovada pelas NFLD citadas, folhas de pagamento e outros documentos encartados aos autos.

Ademais, JOSÉ LUIZ GOULART BOTELHO reconheceu, em suas declarações de fls. 151, que no período de maio de 1997 a agosto de 1999 exerceu a gerência e administração da referida empresa juntamente com Valdroaldo de Sousa Borges, sendo que decidiram de comum acordo não repassar aos cofres públicos, no prazo legal, os valores recolhidos referentes às contribuições previdenciárias dos empregados ao INSS (g.n.).

Por outro lado, a autoria está comprovada pelas declarações de JOSÉ LUIZ GOULART BOTELHO e pela Alteração Contratual acostada a fls. 99/103.

Insta asseverar que a empresa foi incluída no Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) em 28/04/2000 (fls. 242 e 257), sendo que foi posteriormente excluída por falta de cumprimento regular das obrigações, conforme fls. 346.

Como os sócios da empresa reiteraram a conduta criminosa em diversas competências durante os anos de 1997 a 1999, e considerando que a continuidade delitiva deve ser aplicada apenas no período de um ano, cumpre reconhecer no presente caso o concurso material e a continuidade delitiva, tendo em vista a repetição da conduta criminosa a cada ano, nos termos dos arts. 69 e 71 do Código Penal.

São estas as alegações da Defesa:

a) a pessoa jurídica é quem deveria ser responsabilizada penalmente, não possuindo o paciente legitimidade para figurar na ação penal;

b) em razão da literalidade da Lei 7.492/86, se alguém tivesse realmente que ser denunciado em todos os acontecimentos descritos na denúncia, este deveria ser a instituição financeira responsável pela captação destes recursos, e não a pessoa do paciente;

c) o crime tipificado pelo artigo 168-A do Código Penal exige conduta específica do agente, não bastando o dolo genérico, não possuindo o

> paciente qualquer *animus* de prejudicar o erário;
>
> d) a responsabilização penal (pessoal) do paciente fere a garantia à segurança jurídica, pois "celebrou negócio jurídico perfeito e seu descumprimento, por atos alheios à sua vontade ou consciência, fogem completamente à sua declaração de vontade observada ao aderir ao REFIS";
>
> e) a adesão ao REFIS promovida pelo paciente durante sua participação na sociedade é causa de extinção da punibilidade, conforme preceitua o art. 34 da Lei nº 9.249/95, ressaltando que os fatos em comento não estão sob a égide da Lei 9.983/00, em razão de suas disposições mais rígidas;
>
> f) a empresa passava por dificuldades financeiras, deixando de recolher os tributos "por não ter condições mínimas para cumprir com suas obrigações" (fl. 270), o que é causa de exclusão da ilicitude.

Com relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica e à ilegitimidade passiva do recorrente, constou do acórdão atacado:

> Pela leitura da exordial acusatória, verifica-se que o ora paciente, na época dos fatos, participava da administração da empresa CONVALE CONSTRUTORA DO VALE LTDA., na condição de sócio-gerente. A alteração do instrumento social juntado às fls. 31/32, datado de 19 de novembro de 2003 e anotado na Junta Comercial em 10 de dezembro de 2003 (fl. 53), evidencia que a retirada do paciente da sociedade referida deu-se em data posterior à ocorrência dos fatos geradores das contribuições previdenciárias não recolhidas, ou seja, 05/97 a 08/99 (NFLD n° 35.039.582-9); 06/97 a 03/99 e 05/99 a 08/99 (NFLD n° 35.039.582-9); e 05/97, 12/97, 13/97, 04/98, 08/98 e 13/98 (NFLD n° 32.092.266-9).
>
> Assim, pela análise das provas dos autos, verifica-se não prosperar a alegação de constrangimento ilegal, ao argumento de ilegitimidade passiva do ora paciente para a ação penal, posto que restou demonstrado que, à época dos fatos, figurava como representante legal da sociedade CONVALE CONSTRUTORA DO VALE LTDA. Ademais, o aprofundamento da questão está a demandar dilação probatória, que, por certo, é inviável em se tratando da via estreita do presente *writ*.
>
> Alega, ainda, o impetrante/paciente ser parte ilegítima para o feito criminal, também ao argumento de que o fato delituoso deve ser imputado à pessoa jurídica, e não a ele, pois o ordenamento pátrio, em matéria de criminalidade econômica, não mais convive com o princípio “societas delinquere non potest”.
>
> De fato, em matéria de criminalidade econômica, o direito penal vem passando por transformações, rompendo com tradicionais dogmas, chegando as discussões nesta seara à responsabilidade penal da pessoa jurídica, senão por outras razões, ao menos como medida de política criminal, devido à constatação de que através, ou em nome das empresas e entes coletivos, são praticados inúmero delitos, nomeadamente àqueles de repercussão supra-individual.
>
> Todavia, a matéria ainda está em evolução, não sendo caso de se entender deva a responsabilidade penal dos entes coletivos ser aplicada genericamente a toda e qualquer infração de natureza econômica, ou tributária, diante da ausência de previsão legal para tanto.
>
> E o ordenamento pátrio, por ora, somente reconhece a possibilidade de

responsabilização da pessoa jurídica em se tratando de crimes contra o meio ambiente. É o que se conclui da leitura do artigo do parágrafo 3°, do artigo 225, da Constituição Federal, do artigo 3°, parágrafo único, da Lei n° 9.605/98, assim redigidos:

Constituição Federal

"Art. 225. ....."

"§ 3°. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas (g.n.), independentemente de reparar os danos causados".

Lei n° 9.605/98

"Art. 3°. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei (g.n.), nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato."

Portanto, o ordenamento penal pátrio, no que respeita à implementação de uma nova dinâmica no tratamento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com o abandono de princípio tradicional segundo o qual *societas delinquere non potest*, somente a tem admitido nos casos de crimes práticos contra o meio ambiente, por expressa autorização dos dispositivos acima mencionados, e em observância ao princípio da estrita legalidade que rege o Direito Penal, não sendo de se admitir a extensão da imputação jurídico-penal da culpa dos entes coletivos a outras situações que não aquelas previamente estabelecidas pela legislação ora em análise.

Por tais fundamentos, descabe a alegação que a empresa CONVALE CONSTRUTORA DO VALE LTDA., na qual o ora paciente era sócio e representante legal, à época dos fatos, é que deveria figurar como ré na ação penal.

No mais, é impertinente a alegação de ilegitimidade de parte, pelo fato da remissão ao artigo 5° da Lei n° 7.492/86, constante da denúncia.

É que, o fato delituoso de trata a exordial acusatória, na redação que lhe era conferida pelo artigo 95, alínea d, e parágrafo 1°, da lei n° 8.212/91, remetia ao texto legal da Lei n° 7.492/86, no que respeita tão-somente à pena cominada ao delito que teria sido praticado pelo ora paciente, sem mais considerações no concernente ao tratamento a ser conferido relativamente à responsabilidade penal, nem tampouco com o condão de equiparar a conduta tratada nos presentes autos àquelas que são próprias da Lei dos crimes contra o sistema financeiro.

Nem aquela remissão autoriza concluir que o fato delituoso, descrito na exordial acusatória, somente poderia ser praticado por instituição financeira e não pelo agente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias.

A propósito, leia-se o texto do parágrafo 1°, alínea d, do artigo 95, da Lei n° 8.212/91, que se encontrava assim redigido:

"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;

§ 1°. No caso dos crimes caracterizados nas alíneas "d", "e" e "f" deste artigo, a pena será aquela estabelecida no art. 5° da Lei n° 7.492, de

> 16 de junho de 1986 (g.n.), aplicando-se à espécie as disposições constantes dos arts. 26, 27, 30, 31 e 33 do citado diploma legal."
>
> De modo que, por tais considerações, não há que se falar que o ora paciente é parte ilegítima para figurar como réu na ação penal n° 2000.61.03.005062-6, nem tampouco em inépcia da exordial acusatória por estes fundamentos, invocados na inicial.

De fato, a pretensão de que a empresa figure no polo passivo da ação penal, e não o paciente, não merece guarida. Como bem registrou a Corte estadual, a única previsão legal para a responsabilização criminal de pessoa jurídica ocorre nas hipóteses de crimes ambientais e, mesmo assim, desde que haja também imputação à pessoa física que por ela responde. Veja-se:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO EXCLUSIVA DA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FIGURAÇÃO DA PESSOA FÍSICA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> 1. "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 18/6/07).
>
> 2. Recurso especial conhecido e provido para anular o acórdão que determinou o recebimento da denúncia. (REsp 865864/PR, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13/10/2009)

Regra geral, cometidos crimes societários, a imputação penal recai sobre a pessoa física que responde pelas ações da pessoa jurídica, e, quanto a isso, por ora, não há maiores discussões. O que não se tem admitido é a imputação objetiva, vale dizer, responsabilizar alguém criminalmente apenas em razão do cargo de ocupa na empresa. Tem-se exigido que a peça acusatória demonstre o nexo de causalidade entre a conduta do denunciado e o crime a ele atribuído.

Na hipótese, a denúncia narra que o recorrente teria reconhecido que "no período de maio de 1997 a agosto de 1999 exerceu a gerência e administração da referida empresa juntamente com Valdroaldo de Sousa Borges, sendo que decidiram de comum acordo não repassar aos cofres públicos, no prazo legal, os valores recolhidos referentes às contribuições previdenciárias dos empregados ao INSS" (fl. 180). Assim, foi observada a descrição mínima exigida para a imputação do delito.

A tipificação contida na peça acusatória é a seguinte: "art. 168-A, c/c art. 69 e 71, todos do Código Penal, c/c o artigo 95, alínea "d", e § 1º, da Lei nº 8.212/91 e c/c art. 5º da Lei nº 7.492/86" (fl. 181). Em razão da menção à Lei nº 7.492/86, sustenta o recorrente que a

"instituição financeira" é que deveria ser responsabilizada.

Tal argumento, todavia, não procede, pois, na verdade, a menção à Lei nº 7.492/86 se deu exclusivamente em razão de os fatos serem anteriores à Lei nº 9.983/00, que criou o art. 168-A do Código Penal. Fez-se necessária, portanto, a referência à norma que estava em vigor à época, a Lei nº 8.212/91, que se remetia à pena prevista no art. 5º da Lei nº 7.492/86.

Quanto à pretendida extinção da punibilidade em decorrência da adesão ao REFIS, justificou a Corte estadual:

> Aduz, ainda, que não pode ser responsabilizado penalmente pelos fatos descritos na exordial acusatória, já que, à época em que participava da sociedade, a empresa tratou de aderir ao REFIS, não remanescendo mais qualquer responsabilidade após sua retirada dos quadro sociais. Afirma, pelo mesmo fato, que, nos termos do artigo 34, da Lei n° 9.249/95, deve ser declarada extinta a sua punibilidade, pois, à época própria, promoveu o pagamento do débito previdenciário através do parcelamento.
>
> Mais uma vez, por tal fundamento, não é de se reconhecer a presença de constrangimento ilegal.
>
> É que, conforme uma vez mais se constata pelas provas dos autos, inclusive do quanto consta da inicial do presente *writ*, a empresa, incluída no REFIS em 28/04/2000, foi excluída em 29/10/2004 do programa de recuperação fiscal a que se refere o impetrante/paciente (fls. 180 e 185).
>
> Constatando-se que houve a cessação do pagamento das parcelas acordadas, com a exclusão do programa especial de parcelamento, fica restabelecido o direito estatal à persecução penal, tendo em vista o comando expresso inserto no artigo 15, da Lei n° 9.964/2000, que autorizava a suspensão da pretensão punitiva estatal, porém, somente enquanto a pessoa jurídica relacionada com o agente do delito estivesse incluída no REFIS.
>
> Nesse sentido foi o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n° 40522/SP, tendo por Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, cuja ementa está assim redigida:
>
> "*HABEAS CORPUS*. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITO PREVIDENCIÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ART. 15 DA LEI 9.964/00. EXCLUSÃO DO REFIS.
>
> Não há que se cogitar no trancamento da ação penal quando houver a exclusão do contribuinte do REFIS em razão do inadimplemento das prestações (g.n.).
>
> O art. 15 da Lei n° 9.964/00 deve ser aplicado de imadito, nos casos em que houve a inscrição do programa do REFIS antes do recebimento da denúncia, ainda que os fatos que geraram o débito tenham ocorrido em momento anterior ao da vigência da Lei.
>
> Ordem denegada".
>
> (STJ. HC n. 40522/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, jul. 20/09/2005, DJU 24/10/2005, p. 351).
>
> Logo, se houve a exclusão da empresa do programa de que trata a Lei n° 9.964/2000, permanece incólume o direito do Estado à persecução

> penal, inclusive em relação ao ora paciente, que, à época dos fatos, integrava o quadro societário.

Nesse aspecto, entendo correto o acórdão impugnado, pois o fato de a empresa ter aderido ao REFIS não implica, necessariamente, na extinção da punibilidade, que está condicionada ao pagamento integral do débito.

Considerando que a inclusão no REFIS ocorreu em 28.04.00 (fl. 180), quando já em vigor a Lei nº 9.964, publicada em 11.04.00, é esta a norma a ser aplicada, daí decorrendo a exigência de pagamento integral do débito para a extinção da punibilidade. Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PACIENTE DENUNCIADO EM DUAS AÇÕES PENAIS DISTINTAS, POR FATOS SEMELHANTES, MAS OCORRIDOS EM PERÍODO DIVERSO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NA AÇÃO PENAL DE Nº 0039190-7, EM FACE DO PAGAMENTO QUASE INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. PROCESSO Nº 032230-2 (REF. 99.2001282-3). APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.249/95. IMPOSSIBILIDADE. PARCELAMENTO DO DÉBITO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI 9.964/00. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que, por força do disposto no art. 34 da Lei nº 9.249/1995, o parcelamento do débito fiscal, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade dos crimes definidos nas Leis nos 8.137/90 e 8.212/91, ainda que não se tenha efetuado o pagamento integral da dívida.
>
> 2. Entretanto, após a edição da Lei nº 9.964/00, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, a extinção da punibilidade ficou condicionada ao pagamento integral do débito tributário ou contribuição social, inclusive dos acessórios, conforme se verifica da leitura do art. 15 desse diploma legal.
>
> 3. Conforme noticiado nos autos, o paciente foi denunciado, no Processo nº 032230-2, por fatos ocorridos no período compreendido entre julho de 1996 a dezembro de 1997, tendo os débitos descritos na exordial sido incluídos no Programa de Recuperação Fiscal em 25 de abril de 2000. A denúncia, por sua vez, foi recebida em 10/8/2000.
>
> 4. Com efeito, ao contrário do que alega o impetrante, não se aplica ao paciente o disposto no art. 34 da Lei 9.249/95, mas, sim, os preceitos constantes no art. 15 da Lei nº 9.964/00, de 11/04/2000, na medida em que a adesão ao REFIS implica a submissão às condições trazidas pela nova legislação, independentemente da época em que foram constituídos os débitos ensejadores da ação penal.
>
> 5. No caso, apesar de o parcelamento ter ocorrido antes do oferecimento da denúncia, a adesão ao programa de recuperação fiscal se operou sob a égide da Lei nº 9.964/00, o que afasta a incidência da Lei nº 9.249/95.
>
> 6. Por fim, "o reconhecimento da continuidade delitiva não tem o efeito

de obstar a persecução penal, mas, tão somente, de determinar a unificação das penas, respeitado o limite máximo de exasperação de 2/3". (HC 90310/PR, Relatora Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 19/12/2008)

7. De qualquer forma, o acolhimento da pretensão, neste ponto, seria prejudicial ao paciente. A uma, porque o acórdão impugnado já transitou em julgado na parte em que declarou extinta a punibilidade na Ação Penal de nº 0039190-7. A duas, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que em se tratando de continuidade delitiva, dada a unidade jurídica conferida pela lei penal (art. 71 do Código Penal), aplica-se a lei nova (*tempus regit actum*), ainda que mais prejudicial ao condenado.

8. *Habeas corpus* denegado. (HC 37541/SC, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe 13/10/2009)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AGRAVO REGIMENTAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA ADESÃO AO REFIS ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA.

1 - Esta Corte firmou a compreensão de que a adesão ao programa de parcelamento na vigência da Lei nº 9.964/2000 - REFIS afasta a aplicação da Lei nº 9.249/95, acarretando tão só a suspensão do processo e do prazo prescricional, não havendo falar em extinção da punibilidade, que só se opera quando houver o pagamento integral do tributo, a teor do contido no art. 15, § 3º, do diploma legal.

2 - Se a adesão ao programa de parcelamento se deu quando já vigia a Lei nº 9.964/2000, publicada no Diário Oficial da União em 11 de abril daquele ano, inexiste constrangimento ilegal se o processo-crime é retomado em razão da exclusão da empresa do REFIS.

3 - *Habeas corpus* denegado. (AgRg no RHC 23624/SP, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 01/07/2009)

O fato de o recorrente não mais integrar a sociedade no momento do descumprimento das obrigações assumidas no REFIS não altera esse quadro, considerando que a punibilidade estava apenas suspensa, ficando sua extinção condicionada ao pagamento integral do débito, o que não ocorreu.

Embora seja curiosa a tese da Defesa de que, se o paciente não mais integrava os quadros da sociedade, fugia ao seu controle o cumprimento da obrigação assumida, forçoso é convir que a extinção da punibilidade, em casos tais, facilitaria a fraude para esquivar-se do processo criminal. Isso porque, como o sócio recém integrado à empresa não pode responder pelos crimes cometidos anteriormente, bastaria que o verdadeiro responsável se afastasse formalmente da sociedade para que esta pudesse deixar de pagar a dívida parcelada, ficando impune a conduta criminosa.

Ademais, beneficia-se o agente que, embora tenha cometido o delito, pagou integralmente o débito, deixando de causar qualquer prejuízo à previdência social. Tal benefício não se aplica na hipótese de simplesmente se aderir ao programa de refinanciamento. Não basta a intenção de pagar, exige-se, em casos tais, para a extinção da

punibilidade, o efetivo pagamento integral.

No tocante à exigência de dolo específico, disse o Tribunal de origem:

> Aduz, outrossim, o impetrante e paciente, ausência do elemento subjetivo exigido pelo tipo penal, consubstanciado no dolo específico, sob o argumento de que o ora paciente não agiu com *animus* de causar prejuízo aos cofres da previdência social.
>
> Ora, o delito imputado ao ora paciente na exordial acusatória, previsto pelo artigo 95, "d", da Lei n° 8.212/95, atualmente capitulado na redação do artigo 168-A, do Código Penal, não requer, para sua configuração, que a denúncia aponte a existência de dolo específico, bastando para tanto, o dolo genérico.
>
> Não é por outro motivo que, para a configuração da figura descrita na alínea "d", artigo 95, da Lei 8.212/91 e, atualmente, no artigo 168-A, do Código Penal, não se apresenta necessário a ocorrência de um desvio dos valores, mas, tão-somente, uma situação fática de sonegação de custos repassáveis, justamente em razão do objeto jurídico se constituir na receita previdenciária, tutelada pelo ordenamento jurídico..
>
> Na verdade, o tipo penal, expresso em "deixar de recolher", revela uma ação omissiva, norteada pelo elemento subjetivo, consubstanciado no dolo. A consumação, por sua vez, ocorre com o não recolhimento das contribuições descontadas dos segurados ou do público, nas épocas estabelecidas legalmente, sendo, portanto, um crime formal.
>
> A propósito do tema, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando o Recurso Especial n° 622763/RJ, assim decidiu:
>
> "PENAL. RESP. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DOS RÉUS. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DOLO GENÉRICO. *ANIMUS REM SIBI HABENDI*. COMPROVAÇÃO DESNECESSÁRIA. RECURSO PROVIDO.
>
> I. Em se tratando de crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, tem-se como desnecessária a prévia notificação dos acusados, por não se configurar como condição de procedibilidade da ação penal, não havendo previsão legal expressa para tal.
>
> II - A conduta descrita no tipo penal do art. 95, "d", da Lei 8.212/95 é centrada no verbo "deixar de recolher", sendo desnecessária, para a configuração do delito, a comprovação do fim específico de apropriar-se dos valores destinados à Previdência Social. Precedentes (g.n.)".
>
> III – Recurso provido, nos termos do voto do Relator".
>
> (STJ. Resp n° 622763/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJU de 18/10/2004).
>
> Ademais, não é possível tal ordem de verificação na via estreita do habeas corpus, que, por certo, demanda análise de mérito acerca da suposta conduta do impetrante/paciente, que deverá ser devidamente apurada no curso da persecução penal, além de que ingressar nesta seara importa em apreciação do conjunto probatório, o que não se apresenta viável na via estreita do *habeas corpus*.
>
> Neste sentido também já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, cujos julgados seguem transcritos abaixo:
>
> "O *habeas corpus* é meio impróprio para a análise de alegações

concernentes à inexistência de dolo, ainda que genericamente considerado, tendo em vista o inconcebível revolvimento de fatos e provas que se faria necessário". (STJ. HC n. 30898-SP. Quinta Turma. Rel. Min. Gilson Dipp, Julgado em 13/04/2004, v.u., DJU 24/05/2004, p. 307).

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE PEÇAS ESSENCIAIS À ANÁLISE DO PEDIDO. QUESTÕES NÃO EXAMINADAS PELO TRIBUNAL *A QUO*. NÃO CONHECIMENTO.

O *habeas corpus* é ação de rito sumário, que demanda prova pré-constituída e não comporta dilação probatória, exigindo-se para o seu conhecimento a presença de elementos que possibilitem o exame das questões nele suscitadas.

Não se conhece de habeas corpus quanto a questões que não foram submetidas a exame pelo Tribunal a quo, sob pena de supressão de instância e malferimento da repartição constitucional de competências. Habeas corpus não conhecido." (STJ - HC 31561/SP; HABEAS CORPUS 2003/0200020-6, DJ 07/06/2004, p. 285, Relator Min. Paulo Medina - Data da Decisão 04/05/2004 - Sexta Turma) - grifamos.

Da mesma forma está o voto do ilustre Ministro Celso de Mello, do Excelso Pretório, *in verbis*:

"- O caráter sumaríssimo do processo de "habeas corpus" revela-se incompatível com a análise de questões de fato destituídas de liquidez, além de inconciliável com o reexame aprofundado do quadro probatório subjacente à condenação penal emanada de órgão judiciário competente (RTJ 151/554-555), especialmente naquelas hipóteses em que se busca, por intermédio desse "writ" constitucional, o reconhecimento do estado de inocência do réu sentenciado. Precedentes." (STF - HC 83022/SP - Relator(a): Min. Celso de Mello, Julgamento: 17/06/2003 - Segunda Turma, DJ 03-10-2003, p. 00026) – grifamos.

Remansoso, ainda, nesse sentido, é o entendimento doutrinário, conforme se depreende do escólio de Grinover, Magalhães e Scarance, a saber:

"Em face de suas características fundamentais - simplicidade e sumariedade - o procedimento do habeas corpus não possui uma fase de instrução probatória, mas isso não significa, absolutamente, que não seja necessária a produção de provas destinadas à demonstração dos fatos, até porque somente a indiscutibilidade destes dará lugar à concessão da ordem.

De regra, a inicial deve vir acompanhada de prova documental pré-constituída, que propicie o exame, pelo juiz ou tribunal, dos fatos caracterizadores do constrangimento ou ameaça, bem como de sua ilegalidade, pois ao impetrante incumbe o ônus da prova." (in Recursos no processo penal, revista dos tribunais, São Paulo, 1996, p. 373/74).

De sorte que, a análise do elemento subjetivo da conduta do paciente é matéria de mérito a ser aferida, sendo o caso, no âmbito de cognição apropriada e não por meio deste writ, em face da ausência de prova pré-constituída, que esteja a corroborar a argüição do impetrante/paciente nesse aspecto, mormente porque, ao contrário do alegado, a denúncia está a desautorizar tal sede de argumentação, pois, segundo a acusação, o paciente teria admitido a prática de delito ora em análise (fl. 180).

Sobre a questão, este Tribunal vem considerando que o dolo nos denominados crimes tributários e de apropriação indébita previdenciária esgota-se 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 provido para cassar a ordem de habeas corpus e determinar o prosseguimento da ação penal. (REsp 1107297/PE, Relator Ministro 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 Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 03/08/2009)

No entanto, com a vênia dos que defendem este posicionamento, tenho posição diversa da até então preconizada por esta Corte. 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 inexiste o dolo na conduta não intencional, como a que irrealizada por circunstância fora das condições do agente (podia e devia).

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, 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)

A Quinta Turma deste Sodalício também já se manifestou nesse sentido:

> *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 inconteste 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 118462/SP, Relatora Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 21/09/2009)

Em 10.11.09, no julgamento do AgRg no REsp nº 695.485/CE, do qual fui relatora, esta Sexta Turma, por unanimidade de votos, acolheu o entendimento ora adotado, entendendo pela exigência de dolo específico, estando o acórdão respectivo ainda pendente de publicação.

Na hipótese, contudo, não há como reconhecer o apontado constrangimento ilegal, haja vista que a denúncia, baseada nas declarações do próprio recorrente, narrou que ele e o sócio "decidiram de comum acordo não repassar aos cofres públicos, no prazo legal, os valores recolhidos" (fl. 180), indicando, assim, não se tratar de hipótese de impossibilidade de agir de modo diverso.

Não se revela possível, na via eleita e nesse momento processual, reconhecer a alegada inexigibilidade de conduta diversa, notadamente considerando a declaração prestada pelo recorrente na delegacia, fls. 151/152, quando afirmou que a empresa "não está em situação concordatária ou com falência requerida", embora esteja "com suas atividades reduzidas". A questão, assim, deverá ser melhor analisada pelo magistrado após a instrução do feito.

O Tribunal de origem, ao decidir pela impossibilidade de acatar a tese de dificuldade financeira da empresa em sede de *habeas corpus*, ressaltou:

> Finalmente, afirma o impetrante/paciente que a empresa deixou de recolher as contribuições previdenciárias no momento oportuno, devido a dificuldades financeiras.
>
> Todavia, a análise da presença dessa espécie de causa a ensejar o reconhecimento de inexigibilidade de conduta diversa, demanda análise aprofundada do conjunto probatório, algumas vezes precedida de perícia e verificação de toda a documentação contábil da empresa devedora, a denotar ser inviável tal avaliação em sede de *habeas corpus*, devido aos limites estreitos da cognição que é desenvolvida neste *writ*.
>
> Assim também tem entendido o Pretório Excelso, como restou evidenciado no julgamento do RHC n° 86072/PR, cuja ementa está assim expressa:
>
> "RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. NÃO-RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. *ABOLITIO CRIMINIS*. INOCORRÊNCIA. DIFICULDADE FINANCEIRA. MATÉRIA PROBATÓRIA.
>
> 1. O artigo 3° da Lei n. 9.983/2000 apenas transmudou a base legal da imputação do crime da alínea "d" do artigo 95 da Lei n. 8.212/1991 para o artigo 168-A do Código Penal, sem alterar o elemento subjetivo do tipo, que é o dolo genérico. Daí a improcedência da alegação de *abolitio criminis* ao

> argumento de que a lei mencionada teria alterado o elemento subjetivo, passando a exigir o *animus rem sibi habendi*.
>
> 2. A pretensão visando ao reconhecimento de inexigibilidade de conduta diversa, traduzida na impossibilidade de proceder-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias, devido a dificuldades financeiras, não pode ser examinada em *habeas corpus*, por demandar reexame das provas reexame das provas coligidas na ação penal (g.n.).
>
> Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.
>
> (STF. RHC n. 86072/PR, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJU de 28/10/2005).
>
> Portanto, por todos esses fundamentos, não vislumbro qualquer espécie de constrangimento ilegal a que estaria sendo submetido o impetrante/paciente nos autos da ação penal n° 2000.61.03.005062-6.

Assim, notadamente porque ainda não foi proferida sentença no feito originário, faltando-lhe a devida instrução, não há como examinar, desde logo, a veracidade do argumento de inexigibilidade de conduta diversa pela dificuldade financeira da empresa, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2006/0266781-3 **RHC 20558 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200061030050626 200603000089308

EM MESA JULGADO: 24/11/2009

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

Presidenta da Sessão
Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	JOSÉ LUIZ GOULART BOTELHO
ADVOGADO	:	PAULO FRANCISCO FERREIRA COSTA E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

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 Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 24 de novembro de 2009

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário