

Superior Tribunal de Justiça

RE nos EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.404.837 - SP (2018/0313729-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : R G DE S
ADVOGADOS : VINICIOS LEONCIO - MG053293
MARIA CLEUSA DE ANDRADE - MG087037
ADRIANO HENRIQUE SILVA - MG105558
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE EM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 339/STF. SEGUIMENTO NEGADO.

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário, interposto por R G DE S, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. RELEVANTE PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS. MAJORAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO CUMPRIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. INAPLICABILIDADE. AGRADO DESPROVIDO.

1. Se o Tribunal de origem afirma que há provas suficientes da materialidade e autoria delitivas, a modificação desse quadro, na forma pretendida pela parte agravante, não se pode fazer sem o reexame do conjunto probatório, aplicando-se, assim, ao caso, o óbice da Súmula n. 7/STJ.

2. Tendo o Tribunal *a quo* asseverado a ausência de comprovação da causa supralegal de exclusão de culpabilidade, consistente na inexigibilidade de conduta diversa, rever tal posicionamento, reconhecendo a dificuldade financeira enfrentada pela empresa, encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. (AgRg no REsp 1393904/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 27/3/2018)

3. O relevante prejuízo causado aos cofres públicos, em razão do montante desviado, a fim de aumentar a pena-base fixada, não merece qualquer reparo, eis que tal fundamento se mostra idôneo, nos termos da

Superior Tribunal de Justiça

jurisprudência desta Corte, o que atrai a incidência do verbete sumular n. 83 da Súmula deste Sodalício. Precedente.

4. *In casu*, não obstante a pena definitiva seja inferior a 4 anos de reclusão, inviável a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não estar atendido o requisito subjetivo previsto no art. 44, inciso III, do Código Penal – CP.

5. Agravo regimental desprovido. (fls. 1.682/1.688)

Na sequência foram rejeitados os embargos de declaração opostos, *verbis*:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO JULGADO. INADEQUAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Conforme estabelece o art. 619 do Código de Processo Penal – CPP, os de declaração são cabíveis nas hipóteses de correção de omissão, obscuridade, ambiguidade ou contrariedade no *decisum*. Na espécie, o acórdão embargado não ostenta nenhum dos aludidos vícios.

2. Observa-se que a parte embargante pretende, em verdade, a modificação do provimento anterior, com a rediscussão da questão, o que não se coaduna com a medida integrativa.

3. Embargos de declaração rejeitados". (fls. 1.700/1.705)

Nas razões do recurso extraordinário (fls. 1.709/1.715) sustenta a parte recorrente que está presente a repercussão geral da questão tratada e que houve ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, alegando, para tanto, que o acórdão não teria apreciado todos os argumentos apresentados pela parte, incidindo em negativa de prestação jurisdicional e falta de fundamentação.

Apresentadas as contrarrazões às fls. 1.720/1.723.

É o relatório.

O recurso extraordinário não comporta seguimento.

Quanto à alegada afronta ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, consoante a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do AI-RG-QO 791.292/PE, "o artigo 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas" (Tema 339/STF).

A ementa do aresto foi sintetizada nos seguintes termos:

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. (AI 791.292

Superior Tribunal de Justiça

QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, pp. 113-118)

Na espécie, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, impugnado no recurso extraordinário, está de acordo com a orientação do Excelso Pretório, pois foram devidamente explicitadas razões suficientes para o colegiado negar provimento ao agravo regimental, hipótese distinta da ausência de motivação do julgado, que caracterizaria ofensa ao princípio constitucional da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.

A propósito, cumpre transcrever trechos da fundamentação do aresto:

Primeiramente, não há que se falar em ausência de provas da materialidade e autoria delitivas, eis que o Tribunal de origem expressamente consignou que (e-STJ, fl. 1453):

Com efeito, **a prova da materialidade delitiva está demonstrada** pelo o procedimento administrativo fiscal 35437.000726/2004-39 (fls. 95/214), em especial pela NFLD n.º 35.657.434-2 (fls. 95), apontando a falta de recolhimento de contribuições previdenciárias, a cargo da empresa "VIAÇÃO CAPITAL DO VALE LTDA", descontadas dos salários dos seus empregados, no valor, atualizado em junho/2014, de R\$ 2.697.082,00 (fls. 1196/1198).

A autoria delitiva restou sobejamente demonstrada pelo conjunto probatório produzido no decorrer da instrução criminal.

Assim, a modificação desse quadro, na forma pretendida pela parte agravante, não se poderia fazer sem o reexame do conjunto probatório, aplicando-se, assim, ao caso, o óbice da Súmula n. 7/STJ.

Quanto à tese de manifesta causa excludente da culpabilidade, decisão ressaltou (e-STJ, fl. 1457):

Por seu turno, a alegação de inexigibilidade de conduta diversa não encontra respaldo no quadro probatório.

As dificuldades financeiras acarretadoras de estado de necessidade (excludente de antijuridicidade) ou de inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade) devem ser de tal monta que ponham em risco a própria sobrevivência da empresa, e cabia ao acusado, segundo o disposto no art. 156 do CPP, a cabal demonstração de tal circunstância, trazendo aos autos elementos concretos de que a existência da empresa/sociedade estava comprometida, caso recolhesse as contribuições devidas, o que não se evidenciou in casu.

(...)

Com efeito, não obstante a testemunha Paulo Henrique Gregório da Silva (fls. 612) tenha declarado em Juízo que houve redução no patrimônio pessoal de R., mediante a venda de empresas e outras transações, cujos recursos obtidos teriam sido aplicados em transações e fluxo da empresa Capital do Vale, **a Defesa não trouxe aos autos qualquer prova nesse sentido .**

Ao contrário, restou evidenciado nos autos que o réu efetuou retiradas de pro labore no período destacado da denúncia bem como tomou empréstimos pessoais da empresa (fls. 612, 613v/614, 719), o que não se coaduna com a alegada ausência de higidez financeira da sociedade empresarial.

Superior Tribunal de Justiça

(...)

Dessa forma, não há como se concluir pela ocorrência de exclusão da ilicitude, por estado de necessidade ou em exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa.

Assim, "tendo o Tribunal a quo asseverado a ausência de comprovação da causa supralegal de exclusão de culpabilidade, consistente na inexigibilidade de conduta diversa, rever tal posicionamento, reconhecendo a dificuldade financeira enfrentada pela empresa, encontra óbice na Súmula 7/STJ". (AgRg no REsp 1393904/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 27/03/2018) " (AgRg no AREsp 1111582/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/6/2018, DJe 22/6/2018)

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. DISPENSABILIDADE DO ANIMUS REM SIBI HABENDI. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. REEXAME DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Inexistência de negativa de prestação jurisdicional: o acórdão recorrido dirimiu a causa com base em fundamentação sólida, sem nenhuma omissão ou contradição.

2. A jurisprudência do STJ é no sentido de que "o dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, dentro do prazo e da forma legais, não se exigindo o animus rem sibi habendi, sendo, portanto, descabida a exigência de se demonstrar o dolo específico de fraudar a Previdência Social como elemento essencial do tipo penal" (REsp 811.423/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 536). Incidência da Súmula 83 do STJ.

3. Ausência de inexigibilidade de conduta diversa: O Tribunal de origem asseverou que a defesa não comprovou a alega causa supralegal de exclusão de culpabilidade. 3.1. Desse modo, o acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões do especial, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, situação vedada pela Súmula 7 do STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1291995/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018)

Quanto à pena-base fixada, a decisão ressaltou (e-STJ, fl. 1460):

Contudo, assiste razão ao Ministério Público Federal no sentido de majorar a pena-base, tendo em vista as consequências do crime, pelo grande prejuízo causado ao erário.

Com efeito, compulsando os autos (fls. 99 - vol. 11), verifica-se que o total das contribuições sociais, descontadas dos segurados e não repassadas à Previdência Social, atingiu o montante de R\$ 1.035.385,61, em dezembro de 1994, data da emissão da NFLD 35.657.434-2 (fls. 1196). Tal valor, em junho de 2014 já era superior a dois milhões de reais (fls. 1195/1198).

Nesse diapasão, a consequência dos delitos perpetrados

Superior Tribunal de Justiça

apresenta-se significativa, ainda mais se comparada ao salário mínimo vigente à época, o que justifica a majoração da pena-base pouco acima do mínimo legal.

No que se refere à dosimetria, não merece revisão quanto ao ponto a decisão firmada eis que também *"na hipótese, ao ratificar a elevação da pena-base estabelecida pelo Togado singular, o Tribunal Regional destacou, no tocante a valoração negativa das consequências do crime, 'o relevante prejuízo causado aos cofres públicos, em razão do montante desviado, não merecendo qualquer reparo', fundamento que se mostra idôneo, nos termos da jurisprudência desta Corte, o que atrai a incidência do Verbete Sumular n.º 83 da Súmula deste Sodalício."* (AgRg no AREsp 1257125/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018)

Por fim, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, restou consignado (e-STJ, fl. 1462):

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, não se afigurando socialmente recomendável a substituição.

Com efeito, conquanto o recorrente tenha sido condenado à reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, estão ausentes os requisitos subjetivos previsto no art. 44, do Código Penal – CP, uma vez que o Tribunal de origem entendeu não se tratar de uma medida socialmente recomendável no caso, o que obsta a concessão da referida benesse.

Neste diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. (...) PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO ATENDIDO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. In casu, não obstante a pena definitiva seja inferior a quatro anos de reclusão, inviável a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito subjetivo previsto no art. 44, inciso III, do CP.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1304014/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/9/2018, DJe 24/9/2018)

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental. (fls. 1.682/1.688)

Em assim sendo, nos moldes definidos pela Corte Suprema, o aresto impugnado foi suficientemente fundamentado, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal decide em sentido contrário ao interesse da parte.

Saliente-se que o exame da referida questão constitucional nesta fase processual limita-se à análise acerca da existência de motivação suficiente para embasar o acórdão recorrido, não competindo a esta Vice-Presidência examinar se corretos os seus fundamentos, o que extrapolaria os limites da cognição inerente ao juízo de

Superior Tribunal de Justiça

admissibilidade do recurso extraordinário.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil, **nego seguimento ao recurso extraordinário.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 09 de outubro de 2019.

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Vice-Presidente

