

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.678.519 - SP (2017/0148326-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **MARCELO SIMÕES ABRÃO**
ADVOGADOS : **LUIZ EDUARDO DE ALMEIDA SANTOS KUNTZ - SP307123**
DIEGO GODOY GOMES - SP316121
LUIZ CHRISTIANO GOMES DOS REIS KUNTZ E OUTRO(S) -
SP049806
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MARCELO SIMÕES ABRÃO, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado como incurso nos arts. 168-A, § 1º, inciso I, e 337-A, inciso III, ambos do Código Penal, de forma continuada. Contudo, foi absolvido pelo Magistrado de origem, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs recurso de apelação, ao qual se deu parcial provimento, para condenar o recorrente, como incurso no art. 337-A, inciso III, do Código Penal, em continuidade delitiva, à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 25 dias-multa, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 1.558/1.559):

PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIARIA (ART. 168-A, DO CÓDIGO PENAL) - NECESSIDADE DE CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - EXEGESE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 24, DO STF - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL - SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (ARTIGO 337-A DO CÓDIGO PENAL) - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS PROVADAS - DOLO COMPROVADO - PROVA DO "ANIMUS REM SIBI HABENDI" - DESNECESSIDADE - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA - CONTINUIDADE DELITIVA - DOSIMETRIA DA PENA - REGIME PRISIONAL SEMIABERTO - RECURSO DA

ACUSAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL.

1. Quanto ao delito do art. 168-A, do Código Penal (apropriação indébita previdenciária), verifica-se que o procedimento administrativo que apura as dívidas tratadas não está concluído, estando pendente de análise recursal, conforme informações colhidas. Assim sendo, não há, neste caso, justa causa para a propositura da ação penal, o que enseja a manutenção da sentença de origem. Precedentes. Exegese da Súmula Vinculante nº 24, do Supremo Tribunal Federal.

2. Acerca do delito tipificado no art. 337-A (sonegação de contribuições previdenciárias): Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Quanto ao dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar a conduta incriminada, asseguro que o elemento subjetivo do tipo previsto nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal é o dolo genérico, dispensável um especial fim de agir, conhecido como *animus rem sibi habendi* (a intenção de ter a coisa para si), tal como ocorre com o delito de apropriação indébita previdenciária. Precedentes. As aduzidas e eventuais dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa não foram devidamente comprovadas, não havendo provas suficientes a excluir a ilicitude do fato ou a responsabilidade penal do agente.

3. Pena -base fixada em 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias -multa, em razão do montante sonegado. Na segunda fase da dosimetria penal, ausentes agravantes ou atenuantes genéricas. Na terceira fase de fixação da pena, verifica-se que os crimes foram praticados em continuidade delitiva, razão pela qual deverá incidir um patamar de aumento sobre a pena referente ao delito mais grave.

4. Considerando que as omissões no recolhimento das contribuições perduraram por um período superior a 7 (sete) anos, entendo ser justo, razoável e proporcional que haja o aumento do percentual em 2/3, aplicando a causa de aumento de pena prevista no artigo 71 do Código Penal em 2/3 (dois terços) sobre a pena provisória de 3 (três) anos de reclusão, no que resulta a pena privativa de liberdade definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão.

5. No tocante à pena de multa, elevo-a de modo proporcional ao cálculo realizado na fixação da pena privativa de liberdade, restando em 25 (vinte e cinco) dias -multa, fixando o valor unitário de cada dia -multa em 1/2 (metade) do salário mínimo, em atenção à situação financeira do réu.

6. Fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da

Superior Tribunal de Justiça

pena privativa de liberdade, sem possibilidade de substituição por penas restritivas de direitos.

7. Recurso da Acusação parcialmente provido. Sentença Reformada.

Opostos embargos de declaração, esses foram rejeitados nos seguintes termos (e-STJ fl. 1.597):

APELAÇÃO CRIMINAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESPROVIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. 1. Não há qualquer contradição, sendo que todas as questões ora levantadas foram devidamente enfrentadas em segundo grau de Jurisdição, com a devida fundamentação. No caso ora em tela, enfrentou-se, no acórdão guerreado, de forma motivada e justificada, o ponto quanto à tipificação penal, bem como no que se refere à ausência de confissão espontânea. 2. Nestes termos, portanto, há sim mera e manifesta pretensão do embargante de revisar o julgado, não sendo os declaratórios a via processual legal para tanto. 3. Por derradeiro, ainda que não tenham ocorrido violações aos artigos 5º - incisos XLVI, LIV, LV e 65, III, d, estes da Constituição Federal, e aos arts. 59; 68; 71; 337-A, §1º, todos do Código Penal; bem como ao art. 613, I, do Código de Processo Penal, tenho-os como prequestionados, para exclusivos fins de interposição de recursos especial e extraordinário. 4. Embargos conhecidos e desprovidos.

No presente recurso especial, o recorrente aponta, em um primeiro momento, ofensa ao art. 613, inciso I, do Código de Processo Penal, haja vista a "alteração do Desembargador Revisor após o início do julgamento, sendo certo que a Magistrada convocada que indevidamente o substituiu não acompanhou nem a leitura do relatório e tampouco os debates orais". Conclui, assim, que o julgamento deve ser anulado.

Considera, no mais, ter sido violado o art. 337-A, inciso III, c/c o art. 18, inciso I, ambos do Código Penal, uma vez que, a seu ver, o tipo penal imputado depende da demonstração do dolo específico, o que não se verificou na

Superior Tribunal de Justiça

hipótese. Aponta, outrossim, violação dos arts. 59, 68 e 71, todos do Código Penal, por entender ter havido *bis in idem* na dosimetria, uma vez que foram sopesadas as consequências do crime, em razão do valor suprimido, e aplicada a regra da continuidade delitiva, em virtude de a supressão ter ocorrido por 84 meses.

Entende, ainda, ter sido vulnerado o art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, uma vez que os tributos só foram constituídos "em virtude do lançamento de débitos confessados, sim confessados, pelo recorrente", o que afirma ter sido expressamente reconhecido pelo acórdão recorrido. Aduz, outrossim, ter confessado ser o administrador da empresa. Dessarte, considera que deve ser beneficiado com a atenuante da confissão espontânea. Por fim, indica divergência jurisprudencial no que concerne ao não reconhecimento da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ fls. 1.700/1.734, o recurso foi admitido às e-STJ fls. 1.757/1.760 e o Ministério Público Federal se manifestou, às e-STJ fls. 1.802/1.812, pelo conhecimento parcial e não provimento do recurso especial, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. 1. A substituição do Desembargador Federal Relator por uma Juíza Federal convocada não causou prejuízo ao réu. Nulidade afastada. 2. Para a caracterização do delito de sonegação de contribuições previdenciárias, é suficiente a constatação do dolo genérico. 3. A confissão qualificada não é apta a ensejar a atenuação da pena com base no art. 65, inc. III, do Código Penal. 4. Para fins de aplicação da continuidade delitiva, foi considerado o número de vezes (infrações) em que o recorrente deixou de recolher a contribuição previdenciária. Situação, portanto, distinta do montante total do prejuízo causado, utilizado para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria. Inocorrência de *bis in idem*. 5. Não restou demonstrada a similitude fática dos acórdãos confrontados, a fim de comprovar o dissídio jurisprudencial. 6. Parecer pelo conhecimento parcial do recurso especial. Na parte conhecida, pelo não provimento.

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível e tempestivo.

No mérito, no que diz respeito à apontada ofensa ao art. 613, inciso I, do Código de Processo Penal e ao art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, verifico, de plano, que não houve o prévio prequestionamento da matéria. Com efeito, pela leitura do acórdão que julgou o recurso de apelação bem como do que julgou os embargos de declaração, observa-se que as matérias em nenhum momento foram analisadas pelo Tribunal de origem, não obstante o efetivo pedido do recorrente em aclaratórios.

Como é de conhecimento, "para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido **pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados**, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal" (AgRg no AREsp n. 454.427/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 19/2/2015).

Ademais, o prequestionamento "constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte" (AgRg no HC n. 413.921/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017).

Dessarte, não tendo o Tribunal de origem se manifestado sobre a apontada ofensa aos mencionados dispositivos legais, incide, na hipótese, o verbete n. 282 do Supremo Tribunal Federal, o qual disciplina ser "inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Nesse contexto, não é possível o exame dos temas pelo Superior Tribunal de Justiça, haja vista a ausência de prequestionamento das teses

jurídicas.

No mesmo sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DOLO GENÉRICO. DESNECESSIDADE DE CARACTERIZAR O DOLO ESPECÍFICO. SÚMULA N. 83/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282/STF E 356/STF. 1. "Em crimes de sonegação fiscal e de apropriação indébita de contribuição previdenciária, este Superior Tribunal de Justiça pacificou a orientação no sentido de que sua comprovação prescinde de dolo específico sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos" (AgRg no AREsp 493.584/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe 8/6/2016). 2. Incidência da Súmula n. 83/STJ, que também é aplicável aos recursos interpostos somente com base na alínea "a" do permissivo constitucional. 3. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, é defeso, em âmbito de agravo regimental, ampliar a quaestio veiculada nas razões do apelo nobre. 4. A alegação de que a pena pecuniária substitutiva foi fixada de forma exacerbada e desproporcional não foi objeto de debate pelo Tribunal de origem, sendo que nem sequer foram opostos embargos de declaração para esse fim. Incidência, portanto, das Súmulas 356 e 282/STF. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1077468/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 65, III, ALÍNEA 'D', DO CP. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. (I) - TESE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. (II) - EM CASOS DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI, A AUSÊNCIA DE DEBATE SOBRE A ATENUANTE, IMPEDE SUA APLICAÇÃO NA DOSIMETRIA. ART. 492, I, B, DO CPP. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ILEGALIDADES PATENTES. OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. VÍTIMA QUE CONTRIBUIU. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. É condição

Superior Tribunal de Justiça

sine qua non ao conhecimento do especial que tenham sido ventiladas, no contexto do acórdão objurgado, as teses jurídicas da formulação recursal, emitindo-se, sobre cada uma delas, juízo de valor, interpretando-se-lhes o sentido e a compreensão, em atenção ao disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio da apreciação da questão federal pelo Tribunal a quo, de modo a se evitar a supressão de instância. Súmulas 282/STF e 356/STF. 2. Nos casos de julgamentos pelo Tribunal do Júri, o juiz só pode utilizar na dosimetria penal as agravantes e as atenuantes alegadas nos debates em plenário. Súmula 568/STJ. 3. "De acordo com o entendimento desta Corte Superior, o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição". (REsp 1284562/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016) 4. Constando na ata de julgamento do Tribunal do Júri que houve a confissão do recorrente, em plenário, mesmo que qualificada, deve incidir a atenuante da confissão espontânea. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício. (AgInt no REsp 1633663/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017)

Relevante anotar, outrossim, que caberia ao recorrente, na presente hipótese, ter indicado violação ao art. 619 do Código de Processo Penal para que fosse possível determinar o retorno dos autos à origem, com o objetivo de ocorrer o efetivo exame das matérias suscitadas em embargos de declaração. Contudo, não tendo sido apontada mencionada ofensa, a matéria se encontra preclusa.

De fato, "a permanência da omissão no acórdão recorrido, ainda que opostos embargos aclaratórios, enseja a arguição de ofensa ao artigo 619 do CPP, o que não ocorreu na espécie, atraindo a incidência das Súmulas n. 211/STJ, 282 e 356 do STF" (AgRg no REsp n. 1.832.392/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 7/11/2019, DJe 22/11/2019).

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ARGUIÇÃO DE OFENSA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM FORA DOS LIMITES DELIMITADOS NO RECURSO. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA N. 211/STJ. OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO SUSCITADA. 1. A tese de ofensa ao princípio do tantum devolutum quantum appellatum, enunciado no art. 515 do CPC de 1973, não sofreu o devido prequestionamento perante a instância ordinária, fato que impede o conhecimento do recurso especial nesta parte. Súmula n. 211/STJ. Precedentes. 2. Em que pese a oposição de embargos de declaração, o Tribunal de origem não se manifestou acerca do conteúdo normativo do dispositivo de lei federal tido pela parte como contrariado. A defesa, por sua vez, não cuidou de suscitar a violação ao art. 619 do CPP, fato que torna inviável a análise de suposta omissão da Corte a quo, sob pena de inobservância dos limites estabilizados pela pretensão deduzida no recurso especial. Precedentes. (...). (AgRg nos EDcl no REsp 1582261/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 25/10/2019)

Por oportuno, destaco que o art. 613, inciso I, do Código de Processo Penal dispõe que, "exarado o relatório nos autos, passarão estes ao revisor, que terá igual prazo para o exame do processo e pedirá designação de dia para o julgamento". Dessarte, o dispositivo indicado como violado não alberga a irresignação trazida pelo recorrente, uma vez que dele não consta a impossibilidade de substituição do revisor, conforme defendido pelo recorrente.

Ressalto, ademais, que o julgamento foi unânime. Nesse contexto, ainda que verificado qualquer tipo de irregularidade na substituição do Desembargador revisor, o que não ficou demonstrado, não seria possível anular o julgamento da apelação, porquanto mantidos hígidos dois votos no sentido da

Superior Tribunal de Justiça

condenação do recorrente, a denotar a manifesta ausência de prejuízo com relação à ocorrência da substituição.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. APELAÇÃO CRIMINAL. TESE DE NULIDADE POR IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. ATUAÇÃO DESINFLUENTE NO RESULTADO DO JULGAMENTO. VOTAÇÃO UNÂNIME. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO RÉU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Nos termos do art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal, o Juiz não poderá exercer a jurisdição se estiver atuando como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão. 2. No caso em apreço, no entanto, observa-se que a condenação do Paciente foi mantida por votação unânime. Nesse contexto, não se constata prejuízo apto a justificar a anulação do julgamento, tendo em vista que o resultado obtido não se alteraria com a subtração do voto do Desembargador impedido. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. "O pronunciamento da nulidade absoluta não terá nenhum efeito prático no mundo jurídico, devendo imperar, na espécie, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'" (STF, HC 92.235/PE, Rel. Ministro MENEZES DIREITO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2007, DJe 15/02/2008). 4. Ademais, a atuação do Desembargador em primeira instância restringiu-se à homologação do auto de prisão em flagrante, com concessão da liberdade provisória ao Réu, e à prolação de dois despachos: ordenando providências e determinando vista ao Ministério Público, o que reforça, ainda mais, a constatação da ausência de prejuízo à Defesa. 5. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 510.837/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 04/11/2019)

No que diz respeito à apontada ofensa ao art. 337-A, inciso III, c/c o art. 18, inciso I, ambos do Código Penal, uma vez que, a seu ver, o tipo penal imputado depende da demonstração do dolo específico, observo que o Tribunal de

Superior Tribunal de Justiça

origem se manifestou nos seguintes termos (e-STJ fls. 1.538/1.540):

Dolo. O dolo se encontra presente. O crime de sonegação fiscal, tipificado no artigo 337-A, do CP, exige supressão ou redução de contribuições sociais previdenciárias, ou seus acessórios, pela conduta de omitir informações das autoridades fazendárias, como é exatamente o caso dos autos.

*Consigno que é irrelevante perquirir sobre a comprovação do elemento subjetivo (dolo), porquanto o tipo penal de sonegação de contribuição previdenciária **exige apenas o dolo genérico** consistente na conduta omissiva de suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária ou qualquer acessório.*

(...).

Outrossim, não possui relevância jurídica o fato de o apelante não ter supostamente tomado em proveito próprio o numerário devido à Autarquia, não sendo exigida, in casu, a presença do animus rem sibi habendi para a caracterização do delito.

Portanto, provado o dolo na conduta do réu que deixou de informar nas GFIPs os valores das remunerações pagas ou devidas aos empregados e aos contribuintes individuais que lhe prestaram serviço, suprimindo assim contribuições devidas pela empresa à previdência social.

Assim sendo, restaram demonstradas, in casu, a autoria e a materialidade dos delitos, bem como o elemento subjetivo do tipo penal imputado ao apelante.

Como visto, não há se falar em ofensa ao art. 337-A, inciso III, c/c o art. 18, inciso I, ambos do Código Penal, porquanto o Tribunal Regional considerou ser desnecessária a demonstração do dolo específico, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Ao ensejo:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO COMBATEU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 337-A DO CP. (I) - DOLO ESPECÍFICO. COMPROVAÇÃO DESNECESSÁRIA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PRECEDENTES. (II) -

EXCLUDENTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADE FINANCEIRA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. OFENSA AO ART. 49 DO CP. NORMA LEGAL QUE NÃO ALBERGA A TESE VENTILADA. FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É inviável o agravo que deixa de atacar, especificamente, todos os fundamentos da decisão agravada. Incidência do enunciado 182 da Súmula desta Corte. 2. **"Segundo a orientação desta Corte, para a consumação do crime sonegação de contribuições previdenciárias, é suficiente a constatação do dolo genérico"**. (AgInt no AREsp 692.950/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/05/2016) 3. "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) 4. O dispositivo de lei indicado como violado não alberga a pretensão recursal perquirida pelo recorrente, fato este que impossibilita a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. Enunciado 284 da Súmula do STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1111582/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 337-A DO CP. DOLO ESPECÍFICO. PRESCINDIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE. 1. Segundo a orientação desta Corte, para a consumação do crime sonegação de contribuições previdenciárias, é suficiente a constatação do dolo genérico. 2. Segundo precedente da Sexta Turma, por se tratar o crime continuado de uma ficção jurídica, na fixação da pena-base pode ser considerado o prejuízo total decorrente dos delitos cometidos em continuidade, sem que isso configure bis in idem. 3. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como a confissão extrajudicial não foi utilizada para justificar a condenação, não fazem os recorrentes jus à atenuante. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1552195/SP, Rel.

Superior Tribunal de Justiça

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016)

Dessa forma, incide no ponto o disposto no enunciado n. 83 da Súmula desta Corte, o qual também se aplica aos recursos interpostos pela alínea "a", no sentido de que "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

No que concerne à apontada ofensa aos arts. 59, 68 e 71, todos do Código Penal, verifico que a Corte local procedeu à dosimetria da pena, nos seguintes termos (e-STJ fls. 1.541/1.543):

Passo, pois, à dosimetria da pena.

Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, verifico pelas informações criminais constantes dos autos que o acusado é primário e não possui antecedentes criminais a desfavorecê-lo. Considerando, todavia, o alto valor do débito previdenciário apurado em decorrência das condutas delitivas praticadas pelo Apelante - R\$ 834.169,17 (oitocentos e trinta e quatro mil, cento e sessenta e nove reais e dezessete centavos), até a data de 26.12.2007 - justifica-se a majoração da pena -base, conforme vêm decidindo os tribunais pátrios (negritei): (...).

Por esta razão, aumento a pena-base em 1/2 (um meio), fixando-a em 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias -multa.

Na segunda fase da dosimetria penal, ausentes agravantes ou atenuantes genéricas.

Na terceira fase de fixação da pena, presente a causa de aumento de pena decorrente da continuidade delitiva e ausentes causas de diminuição de pena.

Incidente a causa de aumento de pena decorrente da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), consigno que a C. 2ª Turma desta E. Corte Regional adotou o critério de números de parcelas não recolhidas para gradação da majorante do artigo 71, do Código Penal, nos seguintes termos: de dois meses a um ano de omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias, o acréscimo é de 1/6 (um sexto); de um a dois anos de omissão, aumenta-se 1/5 (um quinto); de dois a três anos de omissão, 1/4 (um quarto); de três a quatro anos de omissão, 1/3 (um terço); de quatro a cinco anos de

Superior Tribunal de Justiça

omissão, 1/2 (um meio); e acima de cinco anos de omissão, 2/3 (dois terços) (cito julgado em Apelação Criminal -19003 - Proc: 0001643-55.2000.4.03.6181, Segunda Turma, Relatoria do Juiz Convocado Renato Toniasso).

Nesse passo, com base no critério exposto por aquela E. Turma, e considerando que as omissões no recolhimento das contribuições perduraram por um período superior a 84 (oitenta e quatro) meses, ou seja, mais de 07 (sete) anos, entendo ser justo, razoável e proporcional que haja o aumento do percentual em 2/3, aplicando a causa de aumento de pena prevista no artigo 71 do Código Penal em 2/3 (dois terços), aplicada sobre a pena provisória de 3 (três) anos de reclusão, no que resulta a pena privativa de liberdade definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão.

No tocante à pena de multa, elevo-a de modo proporcional ao cálculo realizado na fixação da pena privativa de liberdade, restando em 25 (vinte e cinco) dias -multa, fixando o valor unitário de cada dia-multa em 1/2 (metade) do salário mínimo, em atenção à situação financeira do réu.

Fixo o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. Em atenção ao disposto no artigo 44, I, do Código Penal, deixo de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Da leitura do excerto acima transcrito, não se verifica o alegado *bis in idem*. Com efeito, as consequências do crime dizem respeito ao valor total suprimido - R\$ 834.169,17 (oitocentos e trinta e quatro mil, cento e sessenta e nove reais e dezessete centavos), e o reconhecimento da continuidade delitiva consiste na prática da conduta delitiva ao longo de mais de 7 anos. Dessarte, tem-se que os elementos utilizados em cada etapa são distintos.

Com efeito, a continuidade se atém principalmente à quantidade de fatos praticados, que podem ocorrer ao longo do mesmo ano ou durante vários anos, sendo irrelevante o valor total suprimido, para o fim de se configurar a continuidade. Não se confunde, portanto, com a fundamentação utilizada para considerar negativas as consequências do crime.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. REVALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS INCONTROVERSOS POSTOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE. EVASÃO DE DIVISAS. SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NA PRIMEIRA FASE, E APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA, NA TERCEIRA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. APLICABILIDADE DA AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CP. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO COM RELAÇÃO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO QUANTO AOS CRIMES REMANESCENTES. EVASÃO DE DIVISAS. NECESSIDADE DE SALDO REMANESCENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. I - "O debate de teses jurídicas sem extrapolar os limites fáticos delineados pelas instâncias antecedentes não viola o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, uma vez que não se está diante de situação que demanda reexame, mas apenas a reavaliação dos elementos probatórios considerados" (AgRg no REsp 1660053/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 4/6/2018). II - In casu, a sentença condenatória considerou desfavorável a circunstância judicial referente à culpabilidade não somente em virtude do longo lapso temporal (1997 a 2000), mas também em decorrência dos altos valores mantidos e movimentados no exterior pelos agravados, superiores a U\$ 23.000.000,00 (vinte e três milhões de dólares), bem como, no que se refere ao crime de sonegação fiscal, a continuidade delitiva, fixada a fração de 1/4, uma vez cometidas diversas infrações nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, o que está de acordo com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, não havendo que se falar em bis in idem. Precedentes. III - É possível a aplicação da agravante prevista no art. 62, inciso I, do CP, ainda que tenha sido extinta a punibilidade pelo crime de associação criminosa, tendo outros corréus (Renata e Rodrigo) sido condenados por este delito em face da existência de outros crimes remanescentes, desde que comprovada a posição de liderança no cometimento de qualquer crime, como é o caso dos autos. IV - A ausência de análise, pelo acórdão recorrido, quanto à necessidade ou não de saldo remanescente superior a U\$ 100.000,00 (Cem mil dólares), enseja a oposição de embargos de declaração para sanar a omissão e viabilizar o necessário debate sobre a matéria, sob pena de inviabilizar o conhecimento do recurso especial, dada a ausência de

Superior Tribunal de Justiça

prequestionamento, que atrai a incidência das Súmulas 282 e 356, ambas do STF. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1292676/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 22/08/2018)

Por fim, no que diz respeito à alegada divergência jurisprudencial, em razão da não aplicação da causa de exclusão da culpabilidade, relativa à inexigibilidade de conduta diversa, observo que o recorrente não indica qual o dispositivo legal estaria sendo interpretado de forma divergente pelos tribunais pátrios, o que atrai a incidência do enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, como é de conhecimento, o Superior Tribunal de Justiça possui a missão constitucional de, por meio do recurso especial, uniformizar a jurisprudência pátria a respeito da adequada aplicação dos dispositivos infraconstitucionais. Nesse contexto, a ausência de indicação do dispositivo violado ou cuja aplicação revela dissídio jurisprudencial, impede o conhecimento do recurso especial no ponto.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO. SÚMULA N.º 284/STF. COTEJO ANALÍTICO. INEXISTÊNCIA. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A ausência de delimitação da legislação federal alegadamente violada, inclusive no recurso especial fundado na divergência entre tribunais, impede a exata compreensão da controvérsia e atrai a incidência do óbice contido na Súmula n.º 284/STF. 2. A demonstração do dissídio jurisprudencial não se contenta com a mera transcrição de ementas, como ocorreu na hipótese dos autos, sendo indispensável um adequado cotejo analítico entre os julgados recorrido e paradigma que seja capaz de demonstrar a similitude fática entre situações jurídicas enfrentadas. 3. No

Superior Tribunal de Justiça

processo penal, a falta da defesa técnica constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. No caso, o Tribunal de origem concluiu que não houve nenhum prejuízo ao Recorrente em decorrência da atuação de sua Defesa, pois esta desenvolveu seu encargo de maneira diligente. A revisão da conclusão alcançada pela instância ordinária encontra óbice na Súmula n.º 7/STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 1447962/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 07/10/2019)

Ainda que assim não fosse, verifico que o pleito do recorrente, no sentido de se reconhecer a causa excludente da culpabilidade, consistente na inexigibilidade de conduta diversa, foi rejeitado pelo Tribunal de origem nos seguintes termos (e-STJ fls. 1.540/1.541):

Demais disso, para que se afaste, por fim, a conduta típica ora em tela, em razão de supostas dificuldades financeiras da empresa, faz-se imprescindível a prova inequívoca de tais fatos - que não de ser excepcionais, frise-se - que lhe dão suporte, não se afigurando suficientes, por razões de ordem intuitiva, meras declarações prestadas pelo réu, nos autos.

No caso em tela, a despeito dos documentos juntados aos autos, que comprovariam as alegadas dificuldades financeiras, verifica-se que todos são posteriores ao período do débito em questão. A grande maioria dos documentos juntados são posteriores ao ano de 2010, alguns poucos anteriores a essa época, sendo que o débito perdurou de 1999 a 2007.

Assim, não foram trazidos aos presentes autos elementos que comprovam, de forma incontestável, que as alegadas dificuldades financeiras enfrentadas pelo réu eram invencíveis a tal ponto de que o dinheiro não repassado à Previdência Social foi efetivamente utilizado na tentativa de preservação da empresa, especialmente no pagamento de salários dos empregados.

Em outras palavras, a inexigibilidade de conduta diversa só será reconhecida no crime do artigo 337-A do Código Penal em casos extremos de dificuldade financeira, nos quais o não repasse do tributo devido à Seguridade Social constitua recurso inevitável para a sobrevivência da empresa ou o pagamento de verbas alimentares aos funcionários. É preciso que essa

Superior Tribunal de Justiça

omissão de repasse seja analisada dentro de um contexto de diversas medidas adotadas pelos gestores da pessoa jurídica visando à preservação de suas atividades.

Não pode tampouco ser desprezado o fato de a empresa do apelado ter deixado de cumprir a obrigação previdenciária, de forma sistemática, por longo período, afigurando-se que a falta de recolhimento não foi ocasional ou esporádica, mas sim passou a integrar a própria forma de administração empresarial, vale dizer, uma opção mais cômoda de conseguir recursos, ante a notória falta de capacidade fiscalizatória do Estado.

A propósito, não se pode perder de vista que a atividade empresarial é de risco constante. Assim, se o empresário desfruta dos lucros e o empregado/prestador de serviços beneficia-se com seu salário/remuneração (do qual é descontada a contribuição previdenciária), deve aquele também suportar os prejuízos advindos de seu empreendimento e não, simplesmente, transferi-los à Previdência Social, prejudicando, destarte, os interesses de toda a sociedade.

Nessa ordem de ideias, não havendo prova escorreita de que o – apelante não tinha outra alternativa senão incorrer na prática delitiva, inviável a aplicação de qualquer excludente de culpabilidade, razão pela qual de rigor a condenação do réu, nos termos da denúncia.

Dessarte, ainda que superada a incidência do óbice do enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, tem-se manifesto que eventual exame da matéria por esta Corte Superior demandaria inevitavelmente o revolvimento de fatos e provas carreados aos autos, o que não é possível na via eleita, conforme disposto no verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, a análise de eventual dissídio ou violação da norma infraconstitucional não pode demandar o revolvimento fático-probatório, porquanto as instâncias ordinárias são soberanas no exame do acervo carreado aos autos. Assim, não é dado a esta Corte Superior se imiscuir nas conclusões alcançadas pelas instâncias ordinárias, com base no conjunto probatório trazido

Superior Tribunal de Justiça

aos autos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. EXCLUDENTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. APLICAÇÃO DE MULTA SUBSTITUTIVA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Cumpre destacar que não há que se falar em ofensa ao princípio da colegialidade em razão do julgamento monocrático do recurso especial. Isso porque, nos termos da Súmula n. 568, desta Corte, "o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". 2. Para rever o entendimento da Corte Estadual no sentido de excluir a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado pela Súmula n. 7/STJ. 3. "Se ao tipo penal é cominada pena de multa cumulativa com a pena privativa de liberdade substituída, não se mostra socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva prevista no art. 44, § 2º, 2ª parte, do Código Penal" (AgRg no HC 415.618/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/5/2018, DJe 4/6/2018). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1378201/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 22/04/2019).

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do recurso especial para, nessa extensão, **negar-lhe provimento**.

Publique-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator