

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.940.726 - RO (2021/0245185-9)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. REGULARIDADE DO ATO PROCESSUAL. ART. 337-A, III, DO CÓDIGO PENAL. DELITO DE NATUREZA MATERIAL. MERA INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE SONEGAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DO ART. 337-A DO CP. MONOPÓLIO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO MINISTERIAL DE ABSOLVIÇÃO. NECESSÁRIO ACOLHIMENTO. ART. 3º-A DO CPP. OFENSA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Reputa-se válida a publicação dirigida a um dos advogados constituídos, quando ausente requerimento de intimação exclusiva.

2. O delito de sonegação de contribuições previdenciárias, previsto no art. 337-A do CP é de natureza material, consiste na efetiva supressão ou omissão de valor de contribuição social previdenciária, não sendo criminalizada a mera inadimplência tributária.

3. O descumprimento de obrigação tributária acessória, prevista no inciso III do art. 337-A do CP, por omissão ao dever de prestar informações, sem demonstração da efetiva supressão ou omissão do tributo, não configura o crime previsto no caput do art. 337-A do CP.

4. Nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público o monopólio da titularidade da ação penal pública.

5. Tendo o Ministério Público, titular da ação penal pública, pedido a absolvição do réu, não cabe ao juízo a quo julgar procedente a acusação, sob pena de violação do princípio acusatório, previsto no art. 3º-A do CPP, que impõe estrita separação entre as funções de acusar e julgar.

6. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para anular o processo após as alegações finais apresentadas pelas partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos

Superior Tribunal de Justiça

votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por maioria, negar provimento, com concessão de *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão. Votou vencido o Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT).

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik.

O Sr. Ministro Jorge Mussi não proferiu voto, nos termos do Art. 200, Parágrafo 3º, do RISTJ.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2022(Data do Julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Relator p/ Acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1940726 - RO (2021/0245185-9)

RELATOR : **MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**
AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA E ADEQUADA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS E A DISPOSITIVOS DE EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL. VIA INADEQUADA, AINDA QUE PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. COMPETÊNCIA DO STF. PLEITO DE CONCESSÃO DA ORDEM DE **HABEAS CORPUS**, DE OFÍCIO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A ausência de impugnação específica e adequada dos fundamentos da decisão que não admitiu o recurso especial impõe o não conhecimento do agravo em recurso especial.

II - In casu, a parte agravante deixou de infirmar, como ressaltado no decisum monocrático reprochado, de maneira adequada e suficiente, as razões apresentadas pelo eg. Tribunal de origem para negar trânsito ao recurso especial.

III - Não compete a este eg. Superior Tribunal de Justiça se manifestar sobre violação a princípios ou a dispositivos de extração constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do STF (Precedentes).

IV - Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, *"Descabe postular HC de ofício, em*

sede de regimental, como forma de tentar burlar a inadmissão do recurso especial. O deferimento ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional, quando constatada a existência de ilegalidade flagrante ao direito de locomoção, inexistente na hipótese" (AgRg nos EAREsp n. 263.820/DF, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 30/10/2018). Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **EVANDRO ARAUJO CAIXETA** e **FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO** contra a decisão de fls. 941-942, na qual a Presidência desta Corte Superior não conheceu do agravo em recurso especial, por ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo nobre.

Consoante se depreende dos autos, os agravantes foram condenados, em primeiro grau, como incurso nas sanções do art. 337-A, III, c.c. os arts. 29 e 71, todos do Código Penal, sendo aplicada, a ambos, a pena de 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, e ao pagamento de 238 (duzentos e trinta e oito) dias-multa (fls. 672-678).

O eg. Tribunal de origem, em decisão unânime, **negou provimento ao recurso em sentido estrito** interposto pela Defesa, em acórdão assim ementado (fls. 764-770):

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. NÃO RECEBIMENTO DA APELAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I — Nos termos do art. 798, §5º, 'a', do CPP, os prazos correrão da intimação do acusado, sendo certo que estando o réu solto, a sua intimação poderá ser efetivada por meio do seu defensor constituído, nos exatos termos do art. 392, II, do CPP.

II - Neste caso, intimados os réus, via DJ, no dia 22/05/18, teriam estes até o dia 27/05/18 (domingo) para a interposição do seu apelo, prorrogando-se o termo final para próximo dia útil subsequente, ou seja, 28/05/18. Interposto o seu apelo, somente, em 11/06/18 (data da postagem), constata-se a sua intempestividade, pelo que não merece qualquer reparo o decisum que não conheceu do recurso interposto na hipótese.

III — Recurso em sentido estrito desprovido."

Os embargos de declaração opostos pela Defesa (fls. 773-777) foram rejeitados pelo Tribunal a quo, em acórdão assim ementado (788-794):

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE DE RECURSO DE APELAÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DESPROVIDO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REDISSCUSSÃO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE.

I — Não há no acórdão embargado qualquer omissão a ser sanada.

II — Não se prestam os embargos de declaração à rediscussão do mérito ante o inconformismo da parte com a fundamentação exposta.

III — Embargos de declaração rejeitados."

Nas razões do recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c da Constituição da República, a Defesa alegou violação aos arts. 392, II c.c. 577 ambos do Código de Processo Penal, art. 5º, incisos, LIV, LV e XXXV da Constituição Federal, bem como alega dissídio jurisprudencial, sob o argumento de que os réus deveriam ter sido intimados pessoalmente da sentença condenatória. Para tanto, afirmaram que:

a) *"(...) antes da realização do "juízo de retratação", a Defesa demonstrou a situação excepcional a justificar o recebimento da apelação, consubstanciada no fato de que o advogado Rodrigo Otávio Soares Pacheco, ora subscritor, não foi intimado da sentença. via publicação no eDJF1" (fl. 799);*

b) *"(...) em virtude da pandemia do novo coronavírus, o TRF1, por meio de sucessivas resoluções, suspendeu os prazos processuais dos processos físicos não urgentes do dia 17 de março de 2020 até o dia 04 de outubro de 2020" (fl. 800);*

c) *"A doutrina relaciona, como exteriorização da autodefesa no processo penal, o direito do réu de ser citado pessoalmente para responder à acusação (art. 351 c/c art. 564, III, "c", ambos do CPP); o direito do réu de ser intimado para que, caso queira, acompanhe a realização dos atos processuais (art. 367, CPP); o direito de ser intimado pessoalmente das decisões para que, querendo, exerça o seu direito de recorrer, conforme positivado no art. 577 do CPP" (fl. 802);*

d) *"Ao confirmar a decisão de que a intimação do réu solto acerca da sentença pode ser feita por meio do defensor, via publicação no Dj, sendo dispensável a*

intimação pessoal do acusado, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região divergiu de precedentes desse Colendo Tribunal Superior e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região" (fl. 804).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 878-890), o especial foi inadmitido na origem pela aplicação da n. 83/STJ (fls. 892-893).

Foi interposto o respectivo agravo, no qual os recorrentes repisaram os argumentos expendidos no apelo nobre (fls. 899-912).

Em decisão de fls. 941-942, em decorrência da não impugnação aos fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo nobre, a d. Presidência deste Superior Tribunal de Justiça não conheceu do agravo em recurso especial.

Nas razões deste recurso, a Defesa assevera que impugnou devidamente os argumentos do eg. Tribunal de origem. Alega, resumidamente, que:

a) *"(...) além da impugnação específica, a Defesa recorreu da decisão, pois o Vice-Presidente do TRF1 não apresentou fundamentação concreta acerca dos motivos pelos quais entendeu que os precedentes invocados nas razões recursais não são aplicáveis ao presente caso (art. 315, §2º, V, CPP, c/c art. 93, IX, CR/88). E mais, não examinou a tese de nulidade da intimação em decorrência do erro na publicação da intimação do advogado constituído, **Dr. Rodrigo Otávio Soares Pacheco**" (fl. 951);*

b) *"Conforme asseverado, um dos desdobramentos do direito constitucional à ampla defesa (art. 5º, LV, CR/88) no processo penal é o direito de o réu exercer a autodefesa, a qual se manifesta de diversas formas e em momentos processuais distintos" (fl. 952);*

c) *"(...) a Defesa colacionou nas razões do recurso um acórdão paradigma cujas circunstâncias fáticas são semelhantes à do presente caso, pois houve o trânsito em julgado da sentença sem a intimação pessoal dos réus, e esse Egrégio STJ, ao contrário da decisão proferida pelo TRF1, desconstituiu o trânsito em julgado, independentemente de ter havido a intimação do advogado constituído" (fl. 953);*

d) *"Portanto, é evidente que a inobservância das regras processuais para intimação do advogado (art. 272, §2º, do CPC/15, c/c art. 3º do CPP) causou prejuízo concreto aos recorrentes (art. 564, III, "o", do CPP), posto que o advogado constituído não foi intimado da sentença, não sendo interposto o recurso de apelação no quinquídio legal" (fl. 959).*

Pelo despacho de fl. 964, foi determinada a redistribuição dos autos. Conforme

Termo de Distribuição e Encaminhamento de fl. 968, o feito foi a mim atribuído.

O Parquet Federal, em contrarrazões, requereu que o agravo regimental fosse desprovido.

Por manter o decisum, trago o feito a julgamento do Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O presente regimental não reúne condições de prosperar.

Em que pesem os argumentos dos agravantes, a decisão impugnada deve ser mantida.

Nesta Corte Superior, o agravo em recurso especial deixou de ser conhecido porque não foram infirmados os fundamentos empregados pela eg. Corte de origem para inadmitir o recurso (Súmula n. 83 do STJ).

Não logra êxito a irresignação, porque, efetivamente, não foram impugnados todos os fundamentos da decisão proferida pelo Tribunal de origem.

Deve ser mantida a decisão monocrática da Presidência, pois, quando da interposição do agravo em recurso especial, não cuidaram os agravante de refutar a aplicação da Súmula 83/STJ.

Com efeito, nas razões do agravo em recurso especial, a parte limitou-se a asseverar, quanto a incidência a referida Súmula, que *"o fundamento utilizado não se sustenta, pois a tese do julgado citado na decisão recorrida não foi afetada pelo procedimento de julgamento dos recursos repetitivos (art. 1.036, do CPC), havendo outros precedentes desse Colendo Tribunal Superior favoráveis à tese exposta pela Defesa em suas razões recursais"* (fl. 904). E que *"em suas razões recursais, a Defesa apresentou acórdão paradigma cujas circunstâncias fáticas são semelhantes à do presente caso, porquanto houve o trânsito em julgado da sentença sem a intimação pessoal dos réus, e esse Egrégio Tribunal, ao contrário do precedente citado na decisão recorrida, desconstituiu o trânsito em julgado, independentemente de ter havido a intimação do advogado"* (fl. 905).

Assim, deve ser mantida a decisão monocrática da Presidência, pois, quando da interposição do agravo em recurso especial, não cuidaram os agravantes de refutar todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo nobre.

Com efeito, esta Corte firmou o entendimento de que, "*quando o inconformismo excepcional não é admitido pela instância ordinária, com fundamento no enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a impugnação deve indicar precedentes contemporâneos ou supervenientes aos mencionados na decisão combatida*" (AgRg no AREsp n. 637.462/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 1º/8/2017).

No caso, deveriam os agravantes terem comprovado, **por meio da indicação de precedentes atuais desta Corte Superior, a desarmonia do julgado ou da ausência de entendimento pacificado sobre a matéria**, por exemplo, evidenciando, assim, a inaplicabilidade do embaraço indicado pelo Tribunal de origem, o que não ocorreu.

Nas razões do agravo em recurso especial, a parte deixou de colacionar precedentes atuais sobre o tema, pelo que, de fato, não logra êxito a irresignação, porque, efetivamente, não foram impugnados todos os fundamentos da decisão proferida pelo Tribunal de origem.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso.

2. Não assiste razão ao agravante, pois, no caso, incide o óbice da Súmula 182/STJ, uma vez que deixou de impugnar, no seu agravo em recurso especial, de forma específica, ausência/deficiência de cotejo analítico e certidão não juntada/cópia não autenticada/repositório não autorizado/repositório não oficial.

3. A concessão de habeas corpus, de ofício, ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional quando constatada a existência de ilegalidade flagrante ao direito de locomoção, o que ocorre na hipótese.

4. Em 8/11/2019, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, e decidiu, por maioria de votos, que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

5. Mesmo antes do mencionado julgamento, esta Corte Superior, por sua Terceira Seção, havia pacificado entendimento no sentido de que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos.

6. Agravo regimental não provido. Concessão de habeas corpus de ofício para suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos" (AgRg no AREsp n. 1.682.769/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 23/06/2020).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. VERBETE SUMULAR N. 182/STJ. INCIDÊNCIA CONFIRMADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DEFERIDA.

1. O Agravante não infirmou, especificamente, todos os fundamentos da decisão combatida, o que atrai a incidência da Súmula n. 182 desta Corte.

2. Os Tribunais Superiores, em recentes decisões, firmaram o entendimento de que, após esgotadas as vias recursais ordinárias, apenas casuísticos efeitos suspensivos concedidos aos recursos excepcionais impedirão a execução provisória.

3. Agravo regimental improvido e deferida a execução provisória da pena, determinando o imediato cumprimento da condenação, delegando-se ao Tribunal local a execução de todos os atos preparatórios" (AgRg no AREsp n. 984.287/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 26/06/2017).

No que diz respeito à alegação de que "(...) por força do princípio da máxima efetividade, deve-se atribuir às normas, no caso o art. 392, II, c/c o art. 577, ambos do CPP, o sentido que lhes dê maior eficácia, sobretudo porque conferem ao réu o direito fundamental de recorrer (art. 5º, LIV, LV e XXXV, CR/88)" (fl. 952), constato que o recurso não merece prosperar.

Com efeito, cumpre, por oportuno, ressaltar que não compete a esta eg. Corte Superior de Justiça a verificação de eventual violação a dispositivo ou princípio de extração constitucional, ainda que para fins de mero prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Pretório Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõem os seguintes precedentes, verbis:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. NÃO INDICAÇÃO DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO

ART. 619 DO CPP. EXAME DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DA CF. NÃO CABIMENTO.

[...]

3. Consoante reiterado entendimento desta Corte, é incabível o exame de matéria constitucional em sede de recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.

4. Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no AgRg no REsp n. 1.350.825/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 12/2/2014, grifei).

"PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. SÚMULA N. 115 DO STJ. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

[...]

2. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o exame de suposta violação de princípios e dispositivos constitucionais, mesmo com o cunho de prequestionamento, por ser matéria reservada à competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal.

3. Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp n. 877.973/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 17/4/2017, grifei)

Por fim, no que diz respeito à alegação de que "*Por medida de economia processual, caso se entenda pela impossibilidade de exame da tese de falha na intimação do advogado Rodrigo Otávio Soares Pacheco pelos recorrentes, será possível o conhecimento da matéria por meio de habeas corpus de ofício (RHC n. 107.394/ES, Rel.: Min. Rosa Weber), sanando-se a flagrante ilegalidade de submeter os recorrer às agruras de uma condenação criminal sem que seu advogado tenha sido intimado para a interposição de recurso*" (fl. 959), de igual modo, diviso que o reclamo **não** merece prosperar.

Nos termos da jurisprudência consolidada no âmbito desta eg. Corte, **não** se há falar em concessão da ordem de **habeas corpus**, de ofício, em situações nas quais não se vislumbra a ocorrência de flagrante ilegalidade ou de constrangimento ilegal para tanto. Nesse sentido, confira-se: "*Não cabe a análise de habeas corpus de ofício para superar óbice de conhecimento do recurso especial*" (AgRg no REsp n. 1.525.417/MG, **Quinta**

Turma, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 14/11/2018).

Em reforço:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. AGRAVO REGIMENTAL QUE REPISA OS FUNDAMENTOS DO APELO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. BURLA À INADMISSÃO DO RECURSO.

[...]

IV - Ademais, "é descabido postular a concessão de habeas corpus de ofício, como forma de tentar burlar a inadmissão do recurso especial." (AgRg no AREsp n. 864.672/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1/6/2016).

Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 1.726.781/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 12/11/2020).

Portanto, a parte agravante não trouxe qualquer inovação de fundamento apta a desconstituir a decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0245185-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** AgRg no
AREsp 1.940.726 /
RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0007552-16.2013.4.01.4100 00075521620134014100 70264920134014100
75521620134014100

EM MESA

JULGADO: 08/02/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Sonegação de contribuição previdenciária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental, pediu vista o Sr. Ministro João Otávio de Noronha."

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0245185-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
AREsp 1.940.726 /
RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0007552-16.2013.4.01.4100 00075521620134014100 70264920134014100
75521620134014100

EM MESA

JULGADO: 26/04/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Sonegação de contribuição previdenciária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, acolheu requerimento de prorrogação do prazo para proferir voto-vista, nos termos do art. 162, § 1º, do RISTJ."

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0245185-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
AREsp 1.940.726 /
RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0007552-16.2013.4.01.4100 00075521620134014100 70264920134014100
75521620134014100

EM MESA

JULGADO: 02/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Sonegação de contribuição previdenciária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"Julgamento adiado por indicação do Sr. Ministro Relator"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1940726 - RO (2021/0245185-9)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
AGRAVANTE : **EVANDRO ARAUJO CAIXETA**
AGRAVANTE : **FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO**
ADVOGADO : **GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. REGULARIDADE DO ATO PROCESSUAL. ART. 337-A, III, DO CÓDIGO PENAL. DELITO DE NATUREZA MATERIAL. MERA INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE SONEGAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DO ART. 337-A DO CP. MONOPÓLIO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. TITULARIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO MINISTERIAL DE ABSOLVIÇÃO. NECESSÁRIO ACOLHIMENTO. ART. 3º-A do CPP. OFENSA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Reputa-se válida a publicação dirigida a um dos advogados constituídos, quando ausente requerimento de intimação exclusiva.

2. O delito de sonegação de contribuições previdenciárias, previsto no art. 337-A do CP é de natureza material, consiste na efetiva supressão ou omissão de valor de contribuição social previdenciária, não sendo criminalizada a mera inadimplência tributária.

3. O descumprimento de obrigação tributária acessória, prevista no inciso III do art. 337-A do CP, por omissão ao dever de prestar informações, sem demonstração da efetiva supressão ou omissão do tributo, não configura o crime previsto no *caput* do art. 337-A do CP.

4. Nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público o monopólio da titularidade da ação penal pública.

5. Tendo o Ministério Público, titular da ação penal pública, pedido a absolvição do réu, não cabe ao juízo *a quo* julgar procedente a acusação, sob pena de violação do princípio acusatório, previsto no art. 3º-A do CPP, que impõe estrita separação entre as funções de acusar e julgar.

6. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para anular o processo após as alegações finais apresentadas pelas partes.

VOTO-VISTA

Trata-se de agravo regimental no agravo em recurso especial interposto por EVANDRO ARAÚJO CAIXETA e FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO. Na sessão da Quinta Turma de 8/2/2022, pedi vista dos autos para melhor exame da alegada nulidade de intimação aduzida pela defesa.

Após exame detido do processo, verifico que a irregularidade apontada pelos recorrentes não

possui aptidão para produzir a pretendida anulação dos atos praticados após a sentença. Explico.

O extrato de publicação da sentença condenatória (fls. 735) demonstra que, de fato, houve erro em sua realização, pois ocorreu equivocada indicação de que o número de inscrição de um dos advogados na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) se referia ao Estado de Rondônia, quando de fato a inscrição era da OAB/MG. Ocorre que esse mesmo documento indica que o outro advogado regularmente constituído pelos réus foi adequadamente intimado, sem incorreção alguma. E ambos os advogados receberam poderes para, em conjunto ou isoladamente, representarem as partes (fls. 261 e 307).

Nos termos de pacífica jurisprudência, a intimação de ao menos um dos advogados constituídos pela parte torna válido o ato, especialmente quando não há pedido de intimação exclusiva, hipótese dos autos.

Houve, pois, correto enfrentamento do tema pelo relator, não havendo falar, neste ponto, em nulidade prejudicial à defesa.

Não obstante me tenha convencido da regularidade da intimação dos réus da sentença condenatória, o exame aprofundado dos autos fez-me deparar com a manifesta nulidade da sentença prolatada, a qual me impele a proceder de ofício.

Passo à análise do decreto condenatório, individualizando-o por acusado.

I - Condenação de FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO

O réu FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO foi condenado, como incurso no art. 337-A, III, c/c os arts. 29 e 71, todos do Código Penal, às penas de 3 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão e de 238 dias-multa. A pena de reclusão foi substituída por penas restritivas de direitos. Confira-se a sentença no que importa (fls. 678-679):

Já em relação a FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO, não se mostra possível o afastamento de sua responsabilidade penal sob o fundamento de que era apenas empregado da PJ Transporte Coletivo Rio Madeira e, por essa razão, não detinha poder para determinar o pagamento dos tributos (conforme sustentado pelo Ministério Público Federal). **É que o fato de FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO não possuir, em tese, poderes para realizar os pagamentos dos tributos devidos pela sociedade empresária não afasta a sua contribuição/participação na prática delitiva, pois o referido acusado, na condição de administrador ou gerente geral de fato, tinha o dever de prestar Informações verdadeiras à RFB.** Nesse ponto, saliente-se que o delito de sonegação de contribuição previdenciária não se configura com a simples falta de pagamento do tributo devido (caso contrário, seria apenas ilícito tributário), sendo necessária a perpetração de uma fraude (omissão de remunerações pagas aos empregados). No caso em tela, é na prática dessa fraude que se verifica a conduta delituosa de FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO. **Ficou suficientemente comprovado que FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO era o responsável pela administração ou gerência geral de fato da sociedade empresária em Porto Velho e, ainda, que o departamento responsável pela elaboração das GFIP'S se reportava diretamente ao referido acusado. É o que se depreende do depoimento da testemunha ANA PAULA DE MELLO CARVALHO (fl. 338):**

[...] que trabalhou na Transporte Coletivo Rio Madeira entre janeiro de 2044 e dezembro de 2013; que

Inicialmente foi contratada como encarregada de recursos humanos e que

depois passou a ser encarregada de departamento pessoal; que as GFIP'S eram geradas no departamento de pessoal, após a geração da folha de pagamento, pelos próprios colaboradores; que acompanhou a fiscalização da Receita Federal; que na fiscalização foram constatadas irregularidades nas guias em relação aos encargos; que havia divergências entre as guias e as folhas de pagamento; que foi informada que as diferenças se deram em razão arredondamento e que não imaginava que as diferenças eram tão graves; que o fiscal emitiu relatórios dizendo o que estava errado; que o fiscal pediu que as GFIP'S fossem corrigidas e que fossem recolhidos os tributos; que foi feita a correção; que o FABIANO não participava da geração das GFIP'S; que FABIANO exercia apenas a administração geral da empresa; que EVANDRO era um dos sócios; que FABIANO era o gerente geral; que se reportava ao FABIANO [...]

Ou seja, FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO foi condenado pela infração do "dever de prestar informações à RFB" e por ser administrador da empresa. Não houve sequer menção ao dolo de supressão ou redução de contribuição previdenciária, núcleos do tipo penal do art. 337-A do CP, assim redigido (destaquei):

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa

Em outras palavras: em um **crime de natureza material cuja conduta principal é a supressão ou omissão de valor de contribuição previdenciária que surge com o fato gerador, houve condenação apenas pela infração de obrigação tributária acessória**, consubstanciada na suposta omissão do dever de prestar informações à Receita Federal do Brasil, atribuída ao réu por presunção.

Os incisos do transcrito art. 337-A do CP não constituem o núcleo do tipo penal, referindo-se a condutas meio. São a forma pela qual o agente age com o fim de provocar o resultado de supressão ou redução de tributos, verdadeiros núcleos daquele tipo penal. E em nenhum trecho da sentença é mencionada a presença do elemento subjetivo do tipo, que é a prática de uma das condutas omissivas **com a finalidade de redução ou supressão** de valor devido a título de contribuição previdenciária.

O que se tem é uma condenação em crime material pela conduta meio (omissiva), o que não se pode admitir.

Mas não é essa a única pecha do decreto condenatório. Merece especial atenção o fato de o Ministério Público Federal ter requerido a absolvição do acusado nas derradeiras alegações, das quais extraio o seguinte excerto (fls. 556-557):

Em relação a FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO, nota-se que ele **era empregado encarregado da administração geral da empresa, de modo que não possuía o poder de mando**

necessário para decidir sobre o recolhimento ou não das devidas contribuições previdenciárias.

A testemunha de defesa Ana Paula de Mello Carvalho, encarregada do departamento pessoal, declarou que as guias GFIPs eram geradas pelo seu departamento e repassadas para o setor financeiro. **Afirmou que FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO não participava da geração das guias GFIPs, pois cuidava da administração geral da empresa. Declarou que, ao final do mês, prestavam contas de todos os valores para encaminhar para o sócio (mídia de fl. 338).**

Ao ser interrogado, FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO declarou que somente soube das divergências com a fiscalização da Receita Federal, que apurou que as guias eram geradas em valores diferentes dos devidos, por problemas nos sistemas. **Afirmou que exercia a função de gerente-geral e não cuidava da parte financeira, a cargo do sócio, em Belo Horizonte.** Disse que, nem que quisesse, conseguiria conferir os valores das guias, pois a empresa tinha cerca de 450 empregados. Ressaltou que não houve qualquer intenção em sonegar o pagamento de contribuições previdenciárias (mídia de fl. 338)

Nesse contexto, entendo não existirem provas suficientes para a condenação de FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO.

Tratando-se de processo relativamente simples, com oitiva de poucas testemunhas, chama a atenção o fato de **a condenação ter-se apoiado exclusivamente no mesmo depoimento utilizado pelo MPF para postular a absolvição do réu, a saber, o depoimento da testemunha de defesa Ana Paula de Mello Carvalho, com conclusão diferenciada.**

Saliento que não estou a examinar provas em busca de convicção, papel que certamente não cabe ao STJ. **Trago excertos das alegações finais da acusação e da sentença prolatada que se ancoraram no mesmo depoimento genérico de uma testemunha de defesa para conclusões absolutamente antagônicas.**

Não desconheço a existência de inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça que reconhecem a possibilidade de prolação de sentença condenatória independentemente de a acusação postular, em alegações finais, a absolvição do réu.

Não comungo, *data venia*, desse entendimento por considerar que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve clara opção pelo sistema acusatório. De fato, a Carta Magna reserva ao Ministério Público o monopólio da titularidade da ação penal pública (art. 129, I). E a acusação não é atividade que se encerra com o oferecimento da denúncia, já que a atividade persecutória persiste até o término da ação penal. Assim, considero que, quando o Ministério Público requer a absolvição do réu, ele está, de forma indireta, retirando a acusação, sem a qual o juiz não pode promover decreto condenatório, **sob pena de acusar e julgar simultaneamente.**

Em verdade, a adoção ou aprimoramento de um modelo de persecução penal é atividade paulatina, que deriva de uma construção diária do Poder Judiciário na interpretação dos dispositivos legais pertinentes ao tema. E, desde a promulgação da Constituição de 1988, essa atividade vem sendo desenvolvida na definição dos limites da recepção dos diversos artigos do Código de Processo Penal de 1941.

O importante é pontuar que o caminho que vem sendo seguido, a passos lentos, mas firmes, é

no sentido de se extirpar o rançoso viés inquisitório que permanece em nossos diplomas legais. Reformas tópicas vêm sendo herculeamente implementadas, contribuindo para a formação de uma colcha de retalhos descombinados, cabendo ao Judiciário, de tempos em tempos, ajustá-la para preservar a coerência do sistema.

O ideal, talvez, seria que os projetos de um novo Código de Processo Penal (que, há décadas, tramitam no Congresso Nacional) fossem aprovados, o que se aguarda com grandes expectativas.

O entendimento minoritário de rejeição da tese de possibilidade de condenação sem pedido expresso da acusação em alegações finais já foi defendido, nesta Corte, pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, para quem:

[...] o constituinte brasileiro, por ocasião da Constituição Federal de 1988, optou, claramente, pelo sistema acusatório, sistema este em que a função do juiz é de observador, cabendo ao mesmo a mediação do conflito entre as partes litigantes, não podendo ele agir no lugar das partes [...]

E, lendo o Código de Processo Penal, em especial o seu art. 385, considerando as balizas que permeiam o sistema acusatório, não vejo, pedindo vênias aos que pensam de modo contrário, como entender possível o juiz condenar mesmo quando o Ministério Público requer a absolvição [...]

Assim, sem querer me prolongar mais, tendo em vista que, **como consequência do sistema acusatório que hoje vige no processo penal brasileiro não pode o juiz condenar sem que haja pedido expresso nesse sentido pelo órgão acusador, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação**, peço vênias à eminente Ministra Relatora e aos que pensam de forma diferente para conceder a ordem nos termos do pedido. (Voto vencido apresentado no HC n. 623.598/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 1º/2/2022.)

Fosse esse o único argumento, apenas ressaltaria meu posicionamento com relação à impossibilidade de condenação diante de pedido de absolvição da acusação. Ocorre que não há como cancelar uma condenação penal sem fundamentação adequada. **Em verdade, para se contrapor a um pedido de absolvição da acusação, a sentença deve ser robustamente fundamentada, com a indicação de provas firmes e coerentes que apontem para direção diversa.** Esse é o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como se pode aferir da seguinte ementa de julgamento (destaquei):

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIME DO DECRETO-LEI Nº 201/67. EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE PROVAS DA OCORRÊNCIA DO FATO. ABSOLVIÇÃO REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. As provas produzidas sob o contraditório demonstram que servidor público ocupante de cargo em comissão, nomeado pelo réu, dividiu seu salário com terceiro, que não integrava a Administração Pública Municipal.

2. Contudo, a própria Procuradoria-Geral da República sustenta que a prova produzida não foi suficiente para demonstrar que a ordem de divisão dos valores tenha partido efetivamente do réu e, por essa razão, requer a sua absolvição.

3. Nesse tipo de delito costuma haver um pacto de silêncio entre os envolvidos, todos beneficiados pela ilicitude. Por essa razão, no mais das vezes, o crime será provado por meios indiretos.

4. O art. 385 do Código de Processo Penal permite ao juiz proferir sentença condenatória, embora o Ministério Público tenha requerido a absolvição. Tal norma, ainda que considerada constitucional, impõe ao julgador que decidir pela condenação um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir contra o titular da ação penal. No caso concreto, contudo, as poucas provas colhidas pela Procuradoria-Geral da República são insuficientes para justificar a aplicação da norma excepcional.

Pois bem. A sentença, no que diz respeito à demonstração de autoria pelo réu FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO, é manifestamente nula. O decreto condenatório não cumpre o requisito de possuir fundamentação que possua aptidão para afastar a conclusão absolutória externada pelo titular da ação penal.

A condenação com amparo exclusivo em frágil depoimento de uma testemunha de defesa (que leva a conclusões contraditórias entre a acusação e o julgador) e que se baseia na presunção da prática de uma conduta meio, sem indicação da presença do elemento subjetivo do tipo, não pode prosperar, especialmente frente ao pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público Federal.

II - Condenação de EVANDRO ARAÚJO CAIXETA

O réu EVANDRO ARAÚJO CAIXETA foi condenado, como incurso no art. 337-A, III, c/c os arts. 29 e 71, todos do Código Penal, às penas de 3 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão e de 238 dias multa. A pena de reclusão foi substituída por penas restritivas de direitos. Confirma-se a sentença no que importa (fls. 676-678):

Quando a EVANDRO ARAÚJO CAIXETA, observa-se que, conforme a 'Terceira Alteração do Contrato Social' (fls. 23/28 do Apenso), **o referido acusado detinha, à época dos fatos, 95% das cotas sociais da PJ Transporte Coletivo Rio Madeira e, ainda, que era o responsável pela administração da sociedade empresária** (segundo dispunha a cláusula sexta do mencionado documento de alteração contratual).

Além disso, em juízo (fl. 338), o correu FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO afirmou: que EVANDRO era o sócio responsável pela gerência financeira da Transporte Coletivo Rio Madeira; que EVANDRO era o responsável pelo pagamento dos empregados juntamente com a funcionária Lúcia Maria Ramos; e que toda a parte financeira era em Belo Horizonte porque era lá que residia EVANDRO.

Pois bem, no caso em análise, mostra-se aplicável a EVANDRO ARAÚJO CAIXETA a teoria da cegueira deliberada, segundo a qual o agente, de modo premeditado, coloca-se em situação de ignorância em relação à ilicitude da conduta.

O referido acusado provocou o seu próprio desconhecimento acerca do ilícito (sonegação de tributos), de forma que a sua ignorância deliberada equivale ao dolo eventual. Vejamos:

PROCESSO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. ARTIGO 90 DA LEI 8.666/93. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO COMPROVAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA CONCESSÃO. ELABORAÇÃO DE PARECER EM CERTAME LICITATÓRIO. TEORIA DA 'CEGUEIRA DELIBERADA'. APLICABILIDADE. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E LIAME SUBJETIVO. PRESENÇA. NECESSIDADE DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE INTERVENÇÃO NO FEITO PELO CONSELHO FEDERAL DA OAB. DEFERIMENTO. ORDEM DENEGADA.

[...]

10. Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, onde o agente deixa de conhecer algo ou, na prática de um ato judicial ou administrativo, não se aprofunda no conhecimento exigível, imaginando que o fato de não tratar do assunto ou o desconhecer, o protegeria. É o caso aqui tratado, pois o ora paciente abriu mão de sua responsabilidade, de praticar ato de ofício, com o intuito deliberado de ajudar terceiros ou alcançar uma vantagem indevida.

11. "Segundo a doutrina, essa teoria fundamenta-se na seguinte premissa: o

indivíduo que, suspeitando que pode vir a praticar determinado crime, opta por não aperfeiçoar sua representação sobre a presença do tipo objetivo em um caso concreto, reflete certo grau de indiferença em face do bem jurídico tutelado pela norma penal tão elevado quanto o daquele que age com dolo eventual, daí por que pode responder criminalmente pelo delito se o tipo penal em questão admitir a punição a título de dolo eventual". (in: Legislação Criminal Especial Comentada: Renato Brasileiro de Lima, ed. rev, ampl. e atualizada. Editora Jus Podivm, 2015, p. 266 e segs).

12. Não há qualquer motivo para o trancamento da ação penal, tampouco desfazer o seu andamento, pois não se trata de um juízo de condenação ou absolvição, mas de aptidão da denúncia para sustentar eventual acusação. Os fatos estão descritos, os pareceres foram exarados, há um mínimo de justa causa, na medida em que não se está imputando ao indiciado a conduta de meramente lançar um parecer, mas sim de fazer um conluio para benefícios de alguns em detrimento da pública administração, fazendo-o mediante o documento de sua lavra que foi juntado aos autos. 13. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 00701118220164010000, DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, E-DJF1 DATA 05/05/2017)— grifo nosso

Frise-se que, como detentor de 95% das cotas sociais da PJ Transporte Coletivo Rio Madeira, EVANDRO ARAÚJO CAIXETA ficava com a maior parte dos lucros da sociedade empresária, de forma que se pode afirmar, com grau razoável de certeza, que o aludido denunciado escolheu ignorar a sonegação da contribuição previdenciária como forma de garantir o auferimento de renda.

Não é plausível que EVANDRO ARAÚJO CAIXETA, na condição de sócio, não tenha tomado conhecimento da sonegação da contribuição previdenciária devida pela PJ Transporte Coletivo Rio Madeira, uma vez que não se tratava de valores irrisórios. Repise-se que, atualizado em 2007, o valor referente à contribuição previdenciária sonegada alcançou R\$ 4.569.555,21 (apenas o tributo).

Tratando-se de crime tributário, é compreensível que, no momento da denúncia, a persecução penal seja iniciada contra aqueles que figurem como administradores no contrato social ou tenham efetivos poderes de administração da empresa. Ocorre que, ao longo da instrução, é indispensável a individualização da conduta dos agentes envolvidos, demonstrando a participação nos fatos delituosos perpetrados.

O excerto da sentença condenatória transcrito acima revela que o acusado **EVANDRO ARAÚJO CAIXETA foi condenado exclusivamente por ocupar a posição de sócio da empresa Transporte Coletivo Rio Madeira, posição que, no entendimento do magistrado, trouxe a presunção de ter escolhido ignorar a sonegação fiscal investigada** como forma de "auferimento de renda".

A controvertida teoria da cegueira deliberada deriva de importação doutrinária e jurisprudencial cuja aplicação vem sendo admitida pelas cortes pátrias em restritas hipóteses. De maneira sintética, pode-se afirmar que vem sendo acolhida em casos que demonstram a indubitável criação de barreiras ao conhecimento de atos ilícitos como escudo defensivo contra a responsabilização penal. Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro impede a responsabilização penal objetiva ou por presunção de conhecimento de fatos e da possibilidade de impedi-los pela ocupação de posição específica em estrutura empresarial.

Sem preservação da coerência sistêmica do sistema penal brasileiro, não há como admitir a aplicação de doutrina alienígena.

A sentença prolatada em desfavor do réu EVANDRO ARAÚJO CAIXETA **não traz uma linha sequer acerca de conduta por ele praticada que tenha contribuído para a materialização do ilícito penal investigado.** Não há o demonstrado e exigível nexo de causalidade entre o crime e o agente, nenhuma circunstância que vincule o réu, no campo fático e probatório, à ação delituosa investigada. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. ABSOLVIÇÃO. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Para que ocorra a aplicação da teoria da cegueira deliberada, deve restar demonstrado no quadro fático apresentado na lide que o agente finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida. Óbice da Súmula 7/STJ. O Tribunal de origem baseou seu entendimento no contexto fático-probatório da demanda para firmar seu posicionamento no sentido de absolver o réu quanto à prática do delito previsto no art. 313-A, do Código Penal - CP.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.565.832/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/12/2018, DJe de 17/12/2018.)

O delito de sonegação de contribuições previdenciárias exige, para sua configuração, que haja a **demonstração da prática de conduta dolosa materializada por condutas meio que violem a lei fiscal com objetivo de favorecimento próprio ou alheio.** Não se trata de criminalização da mera ausência de pagamento de tributos.

Ora, ainda que EVANDRO ARAÚJO CAIXETA pudesse "intuir" que os gestores não estivessem providenciando o pagamento de tributos (pelo volume de recursos sonegados), não poderia ele ser responsabilizado penalmente por "cegueira deliberada" relacionada à eventual (e não demonstrada) distribuição de lucros. Afinal, "o legislador ordinário, ao descrever abstratamente o crime de sonegação fiscal, não previu a possibilidade de sua punição pela forma culposa" (HC n. 135.426/SP, relator para o acórdão Ministro Jorge Mussi, DJe de 18/4/2013).

Em magistral decisão sobre o tema, o Ministro Rogerio Schietti, no julgamento do Recurso Especial n. 1.854.893/SP, analisa delito de sonegação fiscal, concluindo pela exigência da presença de dolo conectado à prática de procedimentos que violem, de forma direta, a lei fiscal com objetivo de favorecimento próprio ou de terceiros. Confira-se, no que importa, a ementa de julgamento, que é suficientemente explicativa (destaquei):

RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO FISCAL. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. DOLO. ESSENCIALIDADE. DESCRIÇÃO DE CULPA EM SENTIDO ESTRITO. INCOMPATIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA ABSOLVER A RECORRENTE.

1. A teoria do domínio do fato funciona como uma *ratio*, a qual é insuficiente, por si mesma para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. **É equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado à realidade, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo.**

2. Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, **se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva.**

[...]

4. Diante desse quadro, não há como imputar-lhe o delito de sonegação de tributo com base, única e exclusivamente, na teoria do domínio do fato, máxime porque não houve descrição de nenhuma circunstância que indique o nexo de causalidade, o qual não pode ser presumido.

5. O delito de sonegação fiscal, previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, exige, para sua configuração, que a conduta do agente seja dolosa, consistente na utilização de procedimentos (fraude) que violem de forma direta a lei ou o regulamento fiscal, com objetivo de favorecer a si ou terceiros, por meio da sonegação. Há uma diferença inquestionável entre aquele que não paga tributo por circunstâncias alheias à sua vontade de pagar (dificuldades financeiras, equívocos no preenchimento de guias etc.) e quem, dolosamente, sonega o tributo com a utilização de expedientes espúrios e motivado por interesses pessoais.

[...]

7. Recurso especial provido para absolver a acusada.

Verifica-se que a sentença não indica, como exigível, a presença do elemento subjetivo do tipo penal de sonegação de impostos, tampouco menciona a presença de substrato fático suficiente para o decreto condenatório que veicula. Limita-se à condenação de um dos réus por suposta omissão de obrigação tributária acessória, considerando a posição operacional que exerce, e à condenação do outro por cegueira deliberada, sem demonstrar o envolvimento em atos que possuam nexo causal com a conduta típica praticada.

O vício de nulidade é manifesto e exige a atuação de ofício do STJ.

III - Conclusão

Ante o exposto, **acompanho o relator no desprovimento do agravo regimental, mas concedo a ordem de ofício, para anular o processo após as alegações finais apresentadas pelas partes, últimas peças que deverão ser mantidas nos autos.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0245185-9 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no
AREsp 1.940.726 /
RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0007552-16.2013.4.01.4100 00075521620134014100 70264920134014100
75521620134014100

EM MESA

JULGADO: 16/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO
TJDFT)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Sonegação de contribuição previdenciária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental e o voto-vista divergente do Sr. Ministro João Otávio de Noronha concedendo a ordem de ofício, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik."

Aguardam os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1940726 - RO (2021/0245185-9)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO-VISTA

Consta dos autos que o Juízo da 3ª Vara Federal de Porto Velho/RO condenou os ora agravantes, em 15/5/2018, a 3 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão, no regime aberto, mais 238 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pela prática de delitos de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A c.c. os arts. 29 e 71, todos do Código Penal – CP). A apelação interposta pela defesa não foi recebida pelo juízo de primeiro grau, **por intempestividade** (fl. 699).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no julgamento do recurso em sentido estrito interposto pela defesa, manteve a intempestividade da apelação, por entender que o prazo recursal teve início com a intimação dos advogados, não sendo necessária a intimação pessoal dos réus, nos termos do art. 392, II, do Código de Processo Penal – CPP (fls. 764/770). Posteriormente, no julgamento dos embargos de declaração, asseverou que a intimação válida de um dos advogados é suficiente (fl. 791).

No recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal – CF, a defesa sustentou negativa de vigência aos arts. 392, II, e 577 do Código Processo Penal, ao argumento de que a intimação pessoal dos réus, acerca da sentença condenatória, mostra-se essencial ao exercício do direito de recorrer. Alegou, também, a nulidade da intimação de um dos advogados, Dr. Rodrigo Otávio, por erro quanto à Seccional da OAB.

A vice-presidência do Tribunal de origem não admitiu o recurso especial, com fundamento na Súmula n. 83/STJ, visto que o acórdão recorrido estaria de acordo com a jurisprudência desta Corte, *"no sentido de ser desnecessária a intimação pessoal do réu quando este se encontra solto, bastando, portanto, a intimação de seu defensor"* (fl. 892). Em relação à segunda tese da defesa, nulidade da intimação por erro quanto à Seccional da OAB de um dos advogados, não houve manifestação.

Inconformada, a defesa interpôs agravo em recurso especial, sob o argumento de que a matéria acerca da necessidade ou não de intimação pessoal dos réus "*não foi afetada pelo procedimento de julgamento dos recursos repetitivos (art. 1.036, do CPC), havendo outros precedentes desse Colendo Tribunal Superior favoráveis à tese exposta*" (fl. 904), motivo pelo qual deveria ser afastada a aplicação da Súmula n. 83/STJ.

A Presidência desta Corte não conheceu do agravo, com base no Enunciado n. 182/STJ, dando-se ensejo à interposição do presente agravo regimental, no qual a defesa alega que impugnou os fundamentos da decisão de inadmissibilidade do recurso especial, o qual deve ser provido para anular o processo a partir da sentença condenatória, com a reabertura do prazo recursal.

O relator, **Ministro Jesuíno Rissato** (Desembargador convocado do TJDFT), votou pelo desprovimento do recurso, ressaltando que, "*quando o inconformismo excepcional não é admitido pela instância ordinária, com fundamento no enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a impugnação deve indicar precedentes contemporâneos ou supervenientes aos mencionados na decisão combatida*" (AgRg no AREsp n. 637.462/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 1/8/2017.)".

Em voto-vista, o **Ministro João Otávio de Noronha** acompanhou o relator quanto ao desprovimento do agravo regimental, mas concedeu a "*ordem de ofício, para anular o processo após as alegações finais*", por ausência de fundamentação suficiente quanto à autoria dos delitos. Asseverou que a condenação do administrador geral da empresa, Fabiano de Oliveira Botelho, está amparada, apenas, na "*presunção da prática de uma conduta meio*" (dever de prestar informações à RFB), sem "*menção ao dolo de supressão ou redução de contribuição previdenciária, núcleos do tipo penal do art. 337-A do CP*", o que não pode prosperar, "*especialmente frente ao pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público Federal*". Afirmou, também, que Evandro Araújo Caixeta "*foi condenado exclusivamente por ocupar a posição de sócio da empresa Transporte Coletivo Rio Madeira*", não tendo a sentença apresentado "*uma linha sequer acerca da conduta por ele praticada que tenha contribuído para a materialização do ilícito penal investigado*".

Após análise minuciosa dos autos, sobretudo dos fundamentos da sentença condenatória, acompanho o voto-vista do Ministro João Otávio de Noronha, o qual se encontra em consonância com o entendimento desta Corte de que, "*para se imputar determinada responsabilidade penal é necessária a descrição do nexos causal, isto é, não há como considerar que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de*

uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitativa" (RHC n. 109.037/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022).

Ressalvo, porém, meu posicionamento de que se mostra cabível a prolação de sentença condenatória, mesmo que o Ministério Público tenha requerido a absolvição, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. RELATIVIDADE. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA. REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTO IDÔNEO. WRIT DENEGADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois em consonância com a jurisprudência desta Corte.

2. Admite-se a mitigação do princípio da identidade física do juiz, a fim de possibilitar o julgamento por juiz substituto, quando o magistrado que presidiu o feito se encontrar de férias. Ademais, para que haja o reconhecimento da nulidade por ofensa a esse princípio, faz-se necessária a comprovação de efetivo prejuízo à parte, o que não ocorreu na hipótese.

3. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição.

4. A prática de agressão física contra a vítima não constitui elementar do tipo penal de roubo e é considerada motivação idônea para o agravamento do regime prisional. Precedentes.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no HC n. 537.251/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/5/2020, DJe de 18/5/2020).

Ante o exposto, pedindo vênias ao eminente relator, acompanho a divergência para negar provimento ao agravo regimental, com a concessão de *habeas corpus* de ofício.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2021/0245185-9 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no
AREsp 1.940.726 /
RO
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0007552-16.2013.4.01.4100 00075521620134014100 70264920134014100
75521620134014100

EM MESA

JULGADO: 06/09/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDFT)**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Sonegação de contribuição previdenciária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EVANDRO ARAUJO CAIXETA
AGRAVANTE : FABIANO DE OLIVEIRA BOTELHO
ADVOGADO : GUSTAVO MARRA RESENDE LAGE - MG151182
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, negou provimento, com concessão de habeas corpus de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que lavrará o acórdão."

Votou vencido o Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT).

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik.

O Sr. Ministro Jorge Mussi não proferiu voto, nos termos do Art. 200, Parágrafo 3º, do RISTJ.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2021/0245185-9

PROCESSO ELETRÔNICO

**AgRg no
AREsp 1.940.726 /
RO
MATÉRIA CRIMINAL**