



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 994.452 - TO (2016/0263012-2)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : VALTER ARAUJO RODRIGUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM* PELA CONSIDERAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS NA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DIFERENCIADAS. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, é defeso, em âmbito de agravo regimental, ampliar a **questio** veiculada nas razões do recurso especial.

2. As questões trazidas à baila no agravo regimental, no sentido de que, do valor a ser considerado para análise das consequências do delito devem ser decotados juros e multas e, ainda, de que dificuldades financeiras da empresa justificariam o longo período de omissão no repasse das contribuições, não foram suscitadas anteriormente, o que inviabiliza a apreciação por esta via.

3. Na hipótese, o aumento da pena-base deu-se pelo montante indevidamente apropriado, o que configura circunstância fática apta, por si só, a justificar a elevação, além de diferenciar-se do critério utilizado para aplicação da continuidade delitiva, pelo que não há falar em *bis in idem*. Precedentes.

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do agravo e, nesta extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 25 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 994.452 - TO (2016/0263012-2)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
AGRAVANTE : VALTER ARAUJO RODRIGUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por VALTER ARAUJO RODRIGUES contra decisão por mim proferida, às e-STJ fls. 695/699, na qual conheci do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Consta dos autos que o réu foi condenado, como incurso no art. 168-A, § 1º, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 488/501).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem desproveu o recurso, mas concedeu, de ofício, a redução da pena da multa, nos termos sintetizados na seguinte ementa (e-STJ fls. 625/626):

PENAL. PROCESSO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, § 1º, I, O/C O ART. 71, DO CP. CRIME OMISSIVO. DOLO GENÉRICO. ANIMUS REM S/S/ HABENDI. DESNECESSIDADE. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ESTADO DE NECESSIDADE. ÔNUS DA PROVA. INCUMBÊNCIA. DEFESA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PODER DE GESTÃO. DOSIMETRIA. MODIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DIA- MULTA. ART. 50 DO CP.

1. A materialidade e a autoria restam demonstradas nos documentos e depoimentos comprobatórios acostados aos autos. O réu apelante, na qualidade de gestor da sociedade empresária, deixou de repassar à Previdência Social as contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados, tornando imperiosa a condenação nas penas do art. 168-A, § 1º, I, do CP.

2. O delito previsto no art. 168-A do CP somente recai sobre aquele sócio que, inequivocamente, participe da gerência e administração da empresa, não bastando o só fato de figurar no quadro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

societário.

3. Por se tratar de crime omissivo próprio o delito tipificado no art 168-A do CP consoma-se apenas com a transgressão da norma incriminadora, e prescinde de dolo específico, sendo bastante, para caracterização, o genérico. A vontade de reter os valores para si, o animus rem sibi habendi, é irrelevante.

4. Dificuldades financeiras supostamente enfrentadas pela pessoa jurídica serão admitidas como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, excepcionalmente, em analogia in bonam partem, quando ficarem cabalmente demonstradas.

5. Não comprovação das dificuldades financeiras como obstáculo ao recolhimento das contribuições previdenciárias, sendo insuficientes, para tanto, meras alegações de processos de execuções judiciais, pois podem demonstrar apenas que o réu era mau pagador.

6. Dosimetria fixada em conformidade com as circunstâncias do art. 59 e o disposto no art. 33, § 2º, b, ambos do CP. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade porque ausentes os requisitos do art. 44 do CP.

7. Apelação não provida.

8. Modificação, de ofício, do valor fixado a título de dia-multa. Redução de um salário mínimo para meio salário mínimo vigente à época, com o fim de adequar a pena à situação econômica do réu, com base no art. 50 do CP.

No recurso especial, o recorrente apontou, inicialmente, violação dos arts. 59 e 68 do Código Penal, ao argumento de que as consequências do delito não poderiam ter sido negativadas porquanto *"a prolongada omissão tributária ao longo de anos já caracteriza, por si só, o meio executório para a prática do delito em comento, tendo em vista que o recolhimento deveria ter ocorrido ao longo dos meses e é justamente essa a figura típica. Em outras palavras, a cada mês o agente se apropria indevidamente dos valores que deveria recolher ao Fisco"* (e-STJ fl. 639). Ademais, alegou afronta ao art. 71 do Código Penal, porquanto *"no tipo penal em questão não é possível majorar no máximo previsto, pois é comum a prática deste crime por longos períodos de tempo"*, e, ainda, que a jurisprudência *"para o crime de apropriação indébita previdenciária tem adotado o referido critério - quantidade de infrações praticadas -, porém adequando-se à realidade do crime, estabelecido de acordo com os exercícios financeiros omitidos"* (e-STJ fl. 641).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao apreciar o apelo nobre, neguei-lhe provimento (e-STJ fls. 695/699), consignando, no ponto ora tratado, que o aumento operado na pena-base estaria devidamente respaldado nas consequências do delito, tendo em vista a expressividade do montante indevidamente apropriado, fruto de longo período de omissão no repasse das contribuições previdenciárias.

No presente agravo regimental, sustenta o agravante, inicialmente, que *"devem ser considerados para a análise das consequências do delito apenas os valores efetivamente descontados e não repassados à Previdência. Desse cálculo devem ser descontados juros e multas. Os primeiros são apenas a remuneração do capital e as segundas são punições pecuniárias oriundas do descumprimento de uma obrigação. Assim, resta claro que não se tratam do prejuízo efetivamente experimentado pelo INSS, mas apenas de acréscimos ao montante apropriado. Com efeito, caso sejam pagos, e não são poucos os meios à disposição da Autoridade Fazendária para tanto, os valores referentes aos juros e às multas deixarão o INSS em situação mais favorável do que se os valores tivessem sido repassados normalmente"* (e-STJ fl. 712). Aduz, ainda, que, *"face a conjuntura econômica, muitas empresas passam por severas dificuldades financeiras, e seus dirigentes se vêem obrigados ao não repasse das referidas contribuições, temendo a não continuidade empresarial, o que levaria ao fim da atividade e conseqüentemente ao desemprego de seus funcionários"* (e-STJ fl. 714). Ademais, alega que, no *"momento que o TRF1 utilizou o somatório dos valores para influenciar na fixação da pena, acabou por incorrer em bis in idem, que pode ser reconhecido de ofício, por usar a mesma fundamentação duas vezes na sentença, uma vez que caso não houvesse a continuação delitiva não haveria o art. 71, do CP e o valor não teria sido tão alto o bastante para ser utilizado pelo TRF1, no fim a pena foi exasperada duas vezes pelo mesmo motivo, continuação da conduta"* (e-STJ fl. 714).

Requer, assim, o estabelecimento da pena-base no mínimo legal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 994.452 - TO (2016/0263012-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

O recurso não pode prosperar.

Em primeiro lugar, a decisão agravada manteve o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias, quanto à negativação das consequências do crime, em razão do expressivo valor sonegado — R\$ 55.183,93, resultado do prolongado período em que perpetrada a omissão tributária (e-STJ fl. 698).

Neste regimental, argumenta o recorrente **que o valor a ser considerado para análise das consequências do delito não pode estar imbuído de juros e multas e, ainda, que dificuldades financeiras da empresa justificam o longo período de omissão no repasse das contribuições**. Ocorre que tais argumentações não foram suscitadas anteriormente nas razões do apelo nobre, de modo que não podem, em regimental, suplementar as alegações recursais.

E, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, é defeso, em âmbito de agravo regimental, ampliar a **quaestio** veiculada nas razões do recurso especial.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. REGIME. INOVAÇÃO INDEVIDA. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há como reconhecer a irrelevância penal da conduta, por ausência do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente, haja vista a recidiva do agravante, que ostenta condenações criminais anteriores transitadas em julgado a título de reincidência e Maus antecedentes por crimes contra o patrimônio.

2. A fixação do regime aberto não foi abordada nas razões do recurso especial. Configurada, assim, verdadeira inovação processual, inadmissível em agravo regimental.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1610491/MG,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE QUE O TRIBUNAL A QUO TERIA UTILIZADO FUNDAMENTOS INIDÔNEOS PARA NEGAR A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NA LEI DE DROGAS EM GRAU MÁXIMO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DEMAIS PLEITOS PREJUDICADOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *"O intuito de debater novos temas, por meio de agravo regimental, não trazidos inicialmente no recurso especial, se reveste de indevida inovação recursal, não sendo viável, portanto, a análise, ainda que se trate de matéria de ordem pública, porquanto imprescindível a prévia irrisignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas" (AgRg no AREsp 401.770/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2013).*

2. *Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 896.481/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 01/09/2016)*

Repisa, ainda, o recorrente a ocorrência de *bis in idem* pela consideração do longo período em que se perpetraram as infrações na primeira fase da dosimetria e na aplicação do aumento pela continuidade delitiva.

Ocorre que a exasperação da pena-base **deu-se, principalmente, pelo montante indevidamente apropriado**, fruto do extenso período em que perpetrado o delito. Assim, o prejuízo causado ao erário configura **circunstância fática** que difere da continuidade delitiva e **é apta, por si só**, a elevar a pena básica porquanto revela o maior desvalor na conduta do recorrente.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. MUDANÇA DO PRAZO PRESCRICIONAL EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO ETÁRIA PROMOVIDA COM O ADVENTO DO ESTATUTO DO IDOSO. NOVATIO LEGIS IN MELIUS. INAPLICABILIDADE. BIS IN IDEM ENTRE CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E CONTINUIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DELITIVA. INOCORRÊNCIA.

[...]

III - O elevado prejuízo causado à Previdência Social é circunstância judicial que justifica a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

IV - Portanto, não há falar em bis in idem quando o v. acórdão vergastado utiliza, para valorar negativamente as consequências do crime, a supressão de vultoso montante em tributos, e a periodicidade em que os agravantes deixaram de verter os valores para a autarquia previdenciária, essa última utilizada para os fins do art. 71 do CP (precedentes).

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1412522/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 26/10/2016)

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.

[...]

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1552195/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016)

Ante o exposto, **conheço parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, nego-lhe provimento.**

É o voto.

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0263012-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 994.452 / TO**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029388620094014300 0029388620094014300 200743000022604 200801000618580
200943000029385 29388620094014300

EM MESA

JULGADO: 25/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : VALTER ARAUJO RODRIGUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita Previdenciária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : VALTER ARAUJO RODRIGUES
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.