



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.412.522 - RS (2013/0344459-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : JOSÉ RAMON ABEL RICO RODRIGUES
AGRAVANTE : PEDRO HENRIQUE SOARES DA SILVA
AGRAVANTE : MÁRIO FERNANDES DE SOUZA
ADVOGADOS : REJANE GADONSKI - RS024097
ANA CAROLINA DE VASCONCELLOS GARCIA E OUTRO(S)
- RS073835B
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

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 DELITIVA. INOCORRÊNCIA.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o **reexame do quadro fático-probatório**, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita (**Súmula 07/STJ**).

II - "*O Estatuto do Idoso, ao considerar como idosa a pessoa a partir de 60 (sessenta) anos de idade, não alterou o artigo 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional apenas quando o acusado é maior de 70 (setenta) anos de idade ao tempo da sentença condenatória. Precedentes do STJ e do STF*" (HC n. 284.456/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 29/4/2014).

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**.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.412.522 - RS (2013/0344459-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por JOSÉ RAMON ABEL RICO FERNANDES, PEDRO HENRIQUE SOARES DA SILVA e MÁRIO FERNANDES DE SOUZA contra decisão por mim proferida, em que neguei provimento ao recurso especial.

No presente agravo regimental, aduzem, em síntese, que, *"não estamos aqui tratando de reexame da farta documentação carreada aos autos do processo pelos recorrentes, capaz de comprovar a difícil situação financeira vivenciada pelas empresas Industrial Gema e Ventil, que se tornou irreversível, resultando na FALÊNCIA, o que por si só já deveria ser capaz de ensejar a inexibibilidade da conduta diversa invocada"* (fl. 1.181).

Sustentam, para tanto, que *"não é razoável incriminar os recorrentes por uma inércia configurada pela necessidade extrema que culminou a falência das empresas. Houve problema de gestão, porém, não houve fraude, não houve vontade de lesar o Fisco"* (fl. 1.183).

Alegam, no tocante à tese de negativa de aplicação do Estatuto do Idoso à hipótese vertente, que se trata de *"novatio legis in melius, quando lei nova, ao substituir o termo "velho", que era ultrapassado e pejorativo, pela expressão "maior de 60 anos", sem alterar por esta a expressão "maior de 70 anos" prevista nos artigos 115 e 65, inciso I do Código Penal, acabou por tratar diversamente situações iguais dentro do sistema penal, ofendendo o Princípio da Isonomia encartado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal.*

Desta forma, entende-se que deve ser aplicada a circunstância atenuante prevista no inciso I do artigo 65, a redução pela metade do prazo prescricional, esta elencada no artigo 115, e o sursis etário do artigo 77, § 2º, todos do Código Penal [...]" (fl. 1.184).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduzem a existência de **bis in idem**, ante a utilização da mesma circunstância para malograr a primeira fase de dosimetria e a continuidade delitiva, *"porquanto o aumento da pena-base dos recorrentes, motivado nas circunstâncias do crime - em decorrência do longo período em que as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados deixaram de ser recolhidas aos cofres previdenciários - não se justifica, tendo em vista que esta circunstância foi levada a efeito no processo de fixação da pena"* (fls. 1.185-1.186).

Pugnam, ao final, pelo provimento do recurso, nos termos acima descritos.

Por manter o **decisum**, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.412.522 - RS (2013/0344459-0)

EMENTA

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 DELITIVA. INOCORRÊNCIA.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o **reexame do quadro fático-probatório**, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita (**Súmula 07/STJ**).

II - "*O Estatuto do Idoso, ao considerar como idosa a pessoa a partir de 60 (sessenta) anos de idade, não alterou o artigo 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional apenas quando o acusado é maior de 70 (setenta) anos de idade ao tempo da sentença condenatória. Precedentes do STJ e do STF*" (HC n. 284.456/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 29/4/2014).

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**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Em que pese os argumentos expendidos pelos agravantes, mantenho incólume a decisão vergastada, a qual reproduzo nos seguintes termos:

"[...]"

Inicialmente, verifico que o eg. Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes postas em julgamento ao deslinde da causa de modo integral, sem que tenha perpetrado quaisquer vícios de omissão ou contradição como afirmado pelos recorrentes.

No que tange à aventada excludente de culpabilidade decorrente da suposta dificuldade financeira enfrentada pela empresa, verifico que o v. acórdão recorrido entendeu não restar comprovada nos autos a inexigibilidade de conduta diversa, conforme de depreende da leitura do seguinte excerto:

"Inexigibilidade de conduta diversa"

Os réus sustentam que a empresa, que, ao contrário do que entendeu o julgador monocrático, não houve "esvaziamento de uma empresa em favor de outra, porque ambas foram decretadas falidas na mesma data (com recuperação judicial). Afirmaram que a crise financeira que culminou no não recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados decorreu de forma equivocada de operar, fabricar e vender os produtos, em suma, problemas de gestão. Que a forte crise atravessada por ambas as empresas levou os administradores a decidir pela continuidade do empreendimento em detrimento do encerramento das atividades. Invocaram a excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa.

A doutrina e a jurisprudência vem entendendo que as dificuldades financeiras podem ser admitidas como causa excludente de culpabilidade, como estado de necessidade ou como inexigibilidade de conduta diversa, desde que cabalmente comprovadas nos autos, ônus que compete ao réu.

Para caracterizar a inexigibilidade de conduta diversa, a defesa deve vir acompanhada de documentos que demonstrem que não havia possibilidade de recolhimento das contribuições, demonstrando ainda o esforço pessoal do responsável pelo recolhimento e a ausência de opções pelo gerente/empreendedor, atingido, inclusive, seu patrimônio pessoal, hipótese não configurada nos autos.

No caso dos autos, os réus não lograram comprovar que a empresa enfrentava sérias dificuldades financeiras, a ponto de justificar a exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Ademais, como bem destacou o juízo de primeiro grau:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'Aduziu a defesa que o não recolhimento das contribuições previdenciárias foi consequência da situação Econômica precária pela qual passava a empresa.

No mesmo sentido deram-se os depoimentos prestados pelos acusado.

Compulsando os autos, verifico que diversos documentos foram juntados buscando comprovar as dificuldades financeiras enfrentadas, dos quais ressalto: execuções e outros processos contra a empresa em tela (fls. 156-169), cobranças de IPTU (fls. 170 e 241-246), demonstrativos contábeis com prejuízos (fls. 178-190), declarações de imposto de renda dos sócios que não trazem patrimônio particular elevado (fls. 408-428 e 433¹437), autos de penhor a (fls. 438-447), Certidões de protestos (fls. 448-454), reclamações trabalhistas (fl. 467), débitos de outros impostos e taxas (fls. 478-476) e a sentença de falência da empresa, datada de 8 de setembro de 2009 (fls. 506-507).

Contudo, ainda que toda nas fls. 818-819v afasta que aponta exatamente esta documentação possa indicar que a empresa teria enfrentado dificuldades financeiras, o parecer técnico juntado pela acusação a ocorrência desta situação debilitada, na medida em os motivos da falta de caixa na Empresa Industrial Gema Aerotécnica Comércio e Representações Ltda., qual sejam, os empréstimos e os investimentos realizados na Empresa Ventil Aerotécnica Industrial Mecânica Ltda, controlada da primeira.

A fim de evitar tautologia, transcrevo trechos do parecer em tela, que adoto como razões de decidir (fls. 818-819v.):

'O deslinde da situação de dificuldades financeiras construída na Industrial Gema necessariamente passa pelo investimento patrimonial realizado na sua controlada, Ventil-Aerotécnica - Industrial Mecânica Ltda., já em 2002 - R\$ 224.860,47, fl. 797. Em 2003, ano de início do inadimplemento previdenciário, a fiscalizada ampliou sua participação na Ventil para R\$ 392.000,00, carreando o montante de R\$ 167.139,53 adicionais que poderia suprir obrigações operacionais da Industrial Gema, entre elas a contribuição previdenciária dos empregados.

Inobstante essa circunstância de entesouramento financeiro na controlada criada pelos sócios criada pelos sócios instância de entesouramento financeiro na controlada da Industrial Gema, ainda no mesmo ano de 2003, reconheceu a integralidade do investimento (R\$ 392.000,00) como resultado negativo (perda total) e despesas operacionais, esvaziamento na Industrial Gema que poderia descapitalização da J ter favorecido à Ventil e dado início ao processo de fiscalizada (fls. 185 c/c 740/741).

A sucumbência derradeira teria advindo em 2004, em face da concessão de empréstimos à controlada Ventil Aerotécnica mediante transferência de créditos (Clientes e Duplicatas a receber) no valor de R\$689.824,15 (fl. 185), contabilizados no grupo do Ativo Realizável a Longo Prazo e seus direitos, que seriam de realização em curto prazo, foram convertidos em longo prazo, medida inconsistente a qualquer gestão resultados positivos, sendo objeto de ressalva, demonstrações contábeis do ano de 2003, elaboradas pela própria empresa fl. 190): [...]

Nesse aspecto, estaria evidenciada a motivação da dirá Industrial Gema em dilapidar seu patrimônio em empréstimos à sua controlada e, de semelhante modo, previdenciária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em consonância à estratégia de ligação da Industrial 2005, foram totalmente consumidos os direitos que a Ventil Aerotécnica (R\$ 689.824,15), novamente com observação em nota explicativa (fl. 184): [...]

Pelo exposto, constatou-se que os recursos carreados demonstrar a intenção dos sócios em, possivelmente, priorizar suas atividades operacionais na Ventil Aerotécnica, que permanece em fisco, para posteriormente abandonar a fiscalizada.

Paralelamente, observou-se a estratégia administrativa obrigações com tributos, as quais, em 2008, alçaram R\$ 7.607.204,81 (fls. 457/458), exclusivamente entre fiscais, denotando-se evidente ânimo em preterir compromissos com o Governo antes do encerramento das atividades operacionais.'

Por tudo o que foi exposto, verifico que a empresa administrada pelos réus não enfrentou efetiva situação de debilidade verdade, o esvaziamento de seu caixa decorreu de empréstimos realizados para a empresa controlada.

Prosseguiu dizendo que:

'O sócio da empresa tem o dever de enfrentar as situações de percalços pelas quais a empresa possa passar, devendo tomar todas as providências cabíveis para recolher as contribuições descontadas no prazo legal.

Assim como usufruir os lucros, casos existentes, igualmente, o sócio da empresa tem o dever de zelar pela saúde financeira e cumprir com as suas obrigações fiscais.

As dificuldades financeiras, desde que comprovadas exaustivamente, podem ensejar a exclusão da culpabilidade, pela inexigibilidade de conduta diversa, causa supralegal admitida pela doutrina e pela jurisprudência como justificadora de absolvição, quando se vê premido a optar entre a omissão no recolhimento do tributo e o fechamento de seu negócio.

Não obstante, diante do caso concreto, não se pode esquecer que um dos pressupostos da culpabilidade é a exigibilidade de comportamento diverso. Visto de outra forma, deve ficar demonstrada a não-exigibilidade de outra conduta, a fim de que se possa excluir a culpabilidade. Isto porque não se pode utilizar a inexigibilidade de conduta diversa como causa excludente de culpabilidade, de forma anárquica, de tal sorte que implique excessiva impunidade dos crimes. Assis Toledo, com apoio em Bettiol, assinala que a não-exigibilidade deve ser considerada não como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, que compete ao juiz do processo e a mais ninguém.

Contudo, conforme acima referi, na presente situação não foram apresentadas provas que pudessem ensejar a exclusão da culpabilidade.

Por tudo o que foi dito, concluo que não ficou provado que a omissão de recolhimento das contribuições previdenciárias tenha resultado tão-somente da impossibilidade de efetuar-lo em face da ausência de condições financeiras.

Dessumo, pois, que a omissão de recolhimentos, no caso concreto, decorreu de opção gerencial dos réus, devendo ser mantida a sentença condenatória que desacolheu a tese de inexigibilidade de conduta diversa.

Não estando comprovadas as alegadas dificuldades financeiras e incumbindo à defesa o ônus probatório, mantenho a condenação dos acusados José



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ramon Abel Rico Rodrigues, Mário Fernandes de Souza e Pedro Henrique Soares da Silva nas penas do artigo 168-A, caput e § 1º, inciso I, do Código Penal" (fls. 1.169-1.172).

Inevitável, portanto, também no tópico, o revolvimento do contexto fático dos autos, providência impossível na via especial pela Súmula 7 desta Corte.

A propósito, confira-se julgado desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 168-A DO CP. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. REGULAR ESCRITURAÇÃO DOS DESCONTOS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE. ABSOLVIÇÃO APONTADA NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. CONDUTA TÍPICA VERIFICADA NOS PRESENTES AUTOS.

1. Na via especial, a discussão acerca da classificação jurídica dos fatos dispostos nos autos mitiga a incidência da Súmula 7/STJ.

2. No que tange ao delito de apropriação indébita previdenciária, este Superior Tribunal considera que constitui crime omissivo próprio, que se perfaz com a mera omissão de recolhimento da contribuição previdenciária dentro do prazo e das formas legais, prescindindo, portanto, do dolo específico.

3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

4. Agravo regimental improvido" (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.399.138/PB, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 23/9/2014).

O artigo 115 do Código Penal estabelece a redução do prazo prescricional nos seguintes termos:

"Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos".

No tocante ao argumento de negativa de vigência ao Estatuto do Idoso, é certo que a Lei nº 10.471/2003 (Estatuto do Idoso) promoveu alterações para assegurar direitos aos idosos.

Contudo, não houve alteração no limite de idade de 70 (setenta) anos para a aplicação da atenuante prevista no art. 65, inciso I, para a redução do prazo prescricional do art. 115 e para o sursis etário do art. 77, § 2º, todos do Código Penal, segundo remansosa jurisprudência deste Tribunal Superior.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

FRAUDE À LICITAÇÃO (ART. 89, CAPUT, COMBINADO COM O ART. 84, § 2.º, AMBOS DA LEI N.º 8.666/93, NA FORMA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RÉU QUE COMPLETOU 70 (SETENTA) ANOS DEPOIS DA PRIMEIRA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE DIMINUIÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que o termo 'sentença' contido no artigo 115 do Código Penal se refere à primeira decisão condenatória, seja a do juiz singular ou a proferida pelo Tribunal, não se operando a redução do prazo prescricional quando o édito repressivo é confirmado em sede de apelação ou de recurso de natureza extraordinária. Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. Na hipótese em tela, o acusado completou 70 (setenta) anos após a publicação da sentença condenatória, pelo que se mostra impossível a diminuição do prazo prescricional do ilícito que lhe foi imputado.

AVENTADA APLICABILIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO. NECESSIDADE DE ADOÇÃO DO LIMITE DE IDADE DE 60 (SESSENTA) ANOS PARA FINS DE REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. NÃO ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL PELA LEI N.º 10.741/2003. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O Estatuto do Idoso, ao considerar como idosa a pessoa a partir de 60 (sessenta) anos de idade, não alterou o artigo 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional apenas quando o acusado é maior de 70 (setenta) anos de idade ao tempo da sentença condenatória. Precedentes do STJ e do STF.

2. Não tendo transcorrido 8 (oito) anos entre os marcos interruptivos do prazo prescricional, inviável o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, como pretendido na impetração.

3. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 284.456/SP, **Quinta Turma**, Rel. **Ministro Jorge Mussi**, DJe de 29/4/2014).

"HABEAS CORPUS. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. PENA APLICADA: 2 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E MULTA. [...] INOCORRÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO ART. 115 DO CPB PELO ESTATUTO DO IDOSO. PRESCRIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES. [...] PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. WRIT DENEGADO. [...]

2. A Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) considera idosa a pessoa a partir de 60 anos de idade. No entanto, isto não alterou o CPB, que, em seu art. 115, prevê a redução de metade dos prazos de prescrição quando o criminoso for, na data da sentença, maior de 70 anos, na data da sentença. No caso, de acordo com os autos, opaciente tinha 63 anos de idade na data da sentença. Portanto, não há redução do prazo da prescricional. Precedentes.

[...]

4. Writ denegado, em consonância com o parecer ministerial" (HC 155.437/RS, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe 14/02/2011.)

Nesse sentido, a jurisprudência do col. **Supremo Tribunal Federal**:

"PRESCRIÇÃO - IDOSO - ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL E LEI Nº 10.741/03. A completude e o caráter especial da norma do artigo 115 do Código Penal excluem a observação do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03 -, no que revela, como faixa etária a ser considerada, a representada por sessenta anos de vida. PRESCRIÇÃO - ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL - AFERIÇÃO DA IDADE NA DICÇÃO DA ILUSTRADA MAIORIA. Afere-se a idade do condenado, para definir-se a prescrição, na data da apreciação do mérito da ação penal. Ainda sob essa óptica, estando pendentes embargos declaratórios quando do implemento da idade, dá-se a incidência do preceito. Entendimento diverso do relator, que leva em conta a faixa etária, para tal efeito, desde que completado o número de anos exigido em lei até o trânsito em julgado do decreto condenatório, nos termos de precedente do Plenário - Extradução nº 591-0, por mim relatada, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 22 de setembro de 1995" (HC n. 89.969, **Primeira Turma**, Rel. **Ministro Marco Aurélio**, DJe de 5/10/2007).

Na espécie, nem na data dos fatos e tampouco na data da r. sentença condenatória, confirmada pelo eg. Tribunal de origem, os recorrentes tinham 70 (setenta) anos completos, razão pela qual não há reparos no v. aresto recorrido.

Por fim, quanto ao argumento de ocorrência de **bis in idem**, adoto como razões de decidir o elucidativo parecer ministerial, no **punctum saliens**, **verbis**:

"Quanto ao aventado *bis in idem*, ressaltamos o quanto alegado pela PRR da 4ª Região em suas contrarrazões, na qual se lê:

A vetorial "circunstâncias do crime" (art. 59 do Código Penal) diverge da causa de aumento relativa ao crime continuado (art. 71 do Código Penal): a primeira diz com o montante (valor) que deixou de ser repassado à Previdência Social, ao passo que a segunda se refere à quantidade de períodos (tempo) em que o acusados deixaram de verter os valores para a autarquia previdenciária.

No caso em exame, as duas situações foram valoradas por ocasião da aplicação das penas, dentro dos limitei e da fases previstas para tanto, não havendo irregularidades a serem sanadas por essa egrégia Corte Superior" (fl. 1163).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, trago à colação o seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CP. DOSIMETRIA. PREJUÍZO ELEVADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REFORMA PARCIAL DO ACÓRDÃO A QUO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. [...]"

4. O montante dos valores apropriados (verbas previdenciárias desviadas de R\$ 506.748,86) constitui circunstância judicial desfavorável apta para majoração da pena-base, sem interferência na análise da continuidade delitiva, o que não caracteriza bis in idem.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 1267586/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, DJe 15/06/2015, grifei).

Em relação à alegação de **bis in idem**, trago à colação outro elucidativo julgado, a fim de dirimir eventuais dúvidas acerca da tese aventada, **verbis**:

"PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DE PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MONTANTE DO PREJUÍZO ELEVADO. AUMENTO DO QUANTUM ARBITRADO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Não é possível conhecer da questão relativa ao quantum adicionado à pena pela sentença condenatória em razão do reconhecimento da continuidade delitiva, haja vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal a quo (Súmula 282/STF).

2. O elevado prejuízo causado à Previdência Social resultante das contribuições indevidamente apropriadas constitui circunstância judicial desfavorável que deve ser considerada a título de consequências do crime para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, independentemente do reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto esse instituto de política criminal, por representar mera ficção jurídica, destinado a atenuar a retribuição penal no caso de concurso de crimes, não pode ser utilizado para mitigar a avaliação dos reais efeitos decorrentes da empreitada criminosa.

3. Restabelecida a sentença condenatória que fixou a pena-base dos recorridos em 2 anos e 1 mês de reclusão, impõe-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da prescrição, pois já transcorreram mais de 8 anos da publicação da sentença condenatória (14/2/00).

*4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para restabelecer a pena-base fixada na sentença. Habeas corpus concedido de ofício para declarar extinta a punibilidade dos recorridos pela prescrição" (REsp n. 1.023.443/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Arnaldo Esteves Lima**, DJe de 17/11/2008, grifei).*

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0344459-0

AgRg no
REsp 1.412.522 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00125610620074047100 125610620074047100 129000001243200695 200771000125610
3524700015720021

PAUTA: 06/10/2016

JULGADO: 06/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ RAMON ABEL RICO RODRIGUES
RECORRENTE : PEDRO HENRIQUE SOARES DA SILVA
RECORRENTE : MÁRIO FERNANDES DE SOUZA
ADVOGADO : ANA CAROLINA DE VASCONCELLOS GARCIA E OUTRO(S) - RS073835B
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : OCTÁVIO METZ

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOSÉ RAMON ABEL RICO RODRIGUES
AGRAVANTE : PEDRO HENRIQUE SOARES DA SILVA
AGRAVANTE : MÁRIO FERNANDES DE SOUZA
ADVOGADOS : REJANE GADONSKI - RS024097
ANA CAROLINA DE VASCONCELLOS GARCIA E OUTRO(S) - RS073835B
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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.