

Opinião: O erro na pena para apropriação indébita previdenciária

Desde que o STJ pacificou entendimento no sentido de que "o crime de apropriação indébita previdenciária é instantâneo e unissubsistente", de modo que "cada vez que é ultrapassado in albis o prazo para o recolhimento dos tributos, há a ocorrência de um novo delito" [1], era previsível o surgimento de orientação subsequente indicando que a prática reiterada de crimes dessa natureza



D.

Dito e feito. A corte brasileira responsável pela

uniformização da interpretação das leis ordinárias, em coerência com as premissas que fixou, passou a referendar a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 71 do CP aos casos em que há prática de dois ou mais daqueles crimes previstos no artigo 168-A desse mesmo diploma, utilizando a quantidade de infrações praticadas para definir a fração de aumento da pena.

Paralelamente, nas ação penais em que se constata serem vultosos os valores não repassados à Previdência Social (valores esses obtidos a partir da soma do quanto se deixou de pagar por meio de cada um dos crimes praticados), o mesmo tribunal passou a entender pela majoração da pena-base na primeira fase da dosimetria, por considerar válido valorar os tais vultuosos valores como uma consequência negativa dos crimes apurados, de acordo com o artigo 59 do CP, que estabelece quais circunstâncias judiciais devem ser levadas em consideração quando da fixação da pena.

Diante disso, foram muitas as tentativas dos advogados de defesa de demonstrar o equívoco nessa forma de fixar a pena, fazendo-o sempre sob a alegação de que a prática violaria o princípio do *ne bis in idem*, pois, dessa forma, a reprimenda seria incrementada em dois momentos distintos com base em um mesmo fundamento: a prática reiterada de condutas idênticas.

O STJ, então, fixou o entendimento, também pacificado, no sentido de que inexistente a supracitada violação, pois enquanto o fundamento utilizado para incrementar a pena-base é o prejuízo econômico total causado pela prática reiterada de infrações, o utilizado para majorar a pena pela continuidade delitiva é a quantidade de infrações praticadas.

Ao que parece, a argumentação utilizada pelos defensores está equivocada. Afinal, é inegável que os fundamentos que embasam cada um dos incrementos da reprimenda (na primeira e na última fase da dosimetria) são distintos, exatamente como sustenta o STJ.

Ocorre que, na realidade, é outra a razão do inegável erro que está ocorrendo quando é calculada a pena em casos de crimes de apropriação indébita previdenciária praticados em continuidade delitiva.

Conforme é cediço, nosso CP estabeleceu o chamado sistema trifásico de fixação da pena (artigo 68). Na primeira das fases é fixada a pena-base, valorando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59. Na segunda, são valoradas as circunstâncias legais agravantes e atenuantes. Por fim, na última fase valoram-se as causas de aumento e de diminuição que incidem sobre o caso.

Nesse sentido, o instituto da continuidade delitiva, por ser uma causa de aumento, deve ser valorado somente na terceira fase da dosimetria da pena, o que, na prática, tem sido feito pelo STJ.

A continuidade delitiva possui, contudo, uma característica *sui generis*, que a diferencia das demais causas de aumento, e que tem sido desconsiderada pelos tribunais: de acordo com o artigo 71 do CP, *"quando o agente (...) pratica dois ou mais crimes da mesma espécie (...) aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços"*.

O que se verifica, portanto, é que o legislador estabeleceu um regramento específico para a aplicação da pena no caso de continuidade delitiva, que deverá ser calculada da seguinte maneira:

1) O julgador individualizará a pena de cada um dos crimes praticados em continuidade. Assim, antes de aplicar a causa de aumento prevista no artigo 71 do CP, deve calcular, nas três fases da dosimetria da pena, qual será a reprimenda de cada uma das infrações. Portanto, quando do cálculo da pena-base, levará em consideração as circunstâncias judiciais de cada um deles, isoladamente. Na segunda e terceira fases do sistema trifásico, levará em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes, e as causas de diminuição e de aumento aplicáveis a cada um dos delitos, também isoladamente, deixando de considerar, por óbvio e apenas por ora, a causa de aumento do artigo 71 do CP;

2) Uma vez individualizada a pena de cada um dos delitos, o julgador passará à terceira fase do sistema trifásico, na qual considerará a causa de aumento pela continuidade delitiva. Caso as reprimendas sejam todas iguais, ele selecionará a pena de um só dos crimes e a aumentará de um sexto a dois terços. Por outro lado, caso as reprimendas sejam distintas, ele selecionará a maior ("a mais grave") e a aumentará de um sexto a dois terços. Em ambos os casos, será levado em consideração o número de infrações cometidas para determinar a fração de aumento.

É nesse ponto que está nossa divergência em relação à posição sedimentada no STJ. Afinal, tratando-se de crimes de apropriação indébita previdenciária praticados em continuidade delitiva, tanto as cortes inferiores quanto o Tribunal da Cidadania têm ignorando a própria regra insculpida no artigo 71 do CP.

Na prática, o que se verifica é que os julgadores, além de não individualizarem a pena de cada um dos crimes, consideram como crime único as apropriações indébitas previdenciárias praticadas em continuidade, e, assim, fixam a pena-base levando em consideração a somatória dos valores de todas as ações delituosas praticadas, e não apenas o valor apropriado por meio de cada uma delas.

Isso poderá gerar sérios prejuízos para o sentenciado, entre eles, por óbvio, o de ser condenado a uma pena maior do que deveria, ou, ainda, o de não ver reconhecida eventual prescrição da pretensão punitiva do Estado, a qual, nos casos de continuidade delitiva, deve ser aferida com base na pena em concreto fixada antes da aplicação da causa de aumento.

Veja-se, a propósito, o seguinte exemplo: pelo entendimento consolidado no STJ, caso um indivíduo pratique, ao longo de 30 meses, 30 delitos previstos no artigo 168-A do CP (deixando de recolher em 29 deles o valor de R\$ 10 mil e, em outro, R\$ 15 mil), sua pena-base, calculada na primeira fase da dosimetria, será aumentada ao argumento de que R\$ 305 mil (a soma dos valores apropriados pela totalidade das infrações) é um valor substancial.

A lei material penal, contudo e como visto acima, é clara no sentido de que a única forma de aplicação da pena seria por meio da individualização da reprimenda de cada um dos 30 delitos praticado, com posterior aplicação da causa de aumento da continuidade delitiva apenas sobre a pena do crime mais grave, qual seja o que resultou em uma apropriação de R\$ 15 mil.

O que se conclui, portanto, é que o STJ deve reexaminar sua posição acerca desse tema, de modo a fazer deferência ao que estabelece o artigo 71 do CP. Do contrário, estar-se-á perpetuando e dando verniz de legitimidade a incrementos de pena ilegais, mediante uma posição de desacato à legalidade constitucional penal.

[1] HC 129.641/SC, STJ, Sexta Turma, relator min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 04.09.2012, DJe 19/9/2012

Date Created

16/01/2021