

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da¹

LIMA, Wellington Henrique Rocha de²

FESTUGATTO, Pamela Louvera³

RESUMO: O presente trabalho visa demonstrar a falta de efetividade no mundo prático no que tange aplicação do tipo penal apropriação indébita previdenciária previsto no artigo 168-A do código penal. Fez-se análise abrangente do referido tipo, desde sua criação e como atualmente se vigora no Brasil, ponto chave demonstrado foram as formas de exclusão de punibilidade do agente, que obsta para que o ministério público busque a efetiva aplicação da lei, aos agente que persiste na conduta delituosa, e por fim conclui-se a verdadeira fuga de finalidade do tipo penal, ou seja, forçar o recolhimento do tributo a qualquer tempo, e saldar os créditos da previdência, para manutenção dos benefícios dos segurados.

Palavras-chave: Tutela penal; Crime contra patrimônio; Ineficácia.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 introduziu em nosso Ordenamento Jurídico a estrutura da Seguridade Social (artigos 194 a 204). Sendo composta por três pilares, a saber, Saúde, Previdência Social e Assistência Social. Dessa forma, a Seguridade Social torna-se um marco na proteção e amparo para todos as pessoas, sendo assistência social que será prestada a quem dela necessita, a saúde que é direito de todos e dever do estado e independe de contribuição, e a previdência social de caráter contributivo e filiação obrigatória objeto deste estudo.

Ainda, instituiu a obrigatoriedade de elaboração de orçamento próprio da Seguridade Social, que será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados/UNIGRAN. E-mail: everton.oab@gmail.com

² Docente do Centro Universitário da Grande Dourados/UNIGRAN. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense/UNIPAR. Doutorando em Direito pela Universidade de Marília/UNIMAR. Advogado. E-mail: wellington.lima@unigran.br

³ Docente do Centro Universitário da Grande Dourados/UNIGRAN. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Venda Nova do Imigrante/FAVENI. Aluna especial do programa de Mestrado da Universidade de Marília/UNIMAR. E-mail: pamela.festugatto@unigran.br

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

sociais de modo a evitar desvios e qualquer tipo de fraude, tamanha a importância das atividades inerentes ao sistema de Seguridade Social. Sendo: Dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; dos trabalhadores; sobre a receita de concursos de prognósticos. Em especial a previdência social o constituinte definiu como forma de financiamento da seguridade social, (artigo 201, caput, CF/88). A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei.

Devido a relevância da previdência social o constituinte definiu princípios básicos para que não houvesse insuficiência de recursos e garantia de cumprimento dos direitos sociais, sendo “diversidade da base de financiamento” (artigo 194, parágrafo único, inciso VI, CF/88)⁴, que diz respeito a multiplicidade de agentes responsáveis pelo custeio da seguridade social. Referido princípio deve ser conjugado com “princípio do equilíbrio financeiro e atuarial” que é capacidade manter relação entre custeio e pagamento de benefícios aos segurados, e com isso efetivar o amparo ao empregado quando assim necessitar.

O estudo em análise visa apresentar a fundo a real efetividade acerca do tipo penal apropriação indébita previdenciária prevista no ordenamento jurídico através do artigo 168 - A da lei nº 9.983/1990. Abordando ainda sobre o aspecto histórico do referido tipo penal, até os dias atuais, mediante colocações doutrinárias e entendimento dos tribunais superiores. Observa-se também sobre a distinção dos artigos 168 e 168-A do código penal, e os pontos principais que tornam cada tipo citado único. O tema debate acerca da proteção dos direitos sociais, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, e entre os direitos neste estabelecidos, encontra-se o direito a previdência social.

Tal direito se refere ao desconto feito em folha de pagamento dos trabalhadores, não sendo para eles uma faculdade, mas sim uma imposição constitucional, que vela pelo caráter de filiação obrigatória como bem prevê artigo 201 da constituição Federal. Diante disso, o legislador infraconstitucional, prevê

⁴ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 fev. 2020.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

responsabilização aos responsáveis pelo repasse dos valores descontados, a fim de garantir o efetivo envio aos cofres da previdência social. Tal direito e responsabilização visam garantir a efetiva disponibilidade do serviço previdenciário àqueles ao qual se destina.

Entretanto, tem-se a demonstrar, através do estudo que se segue, as causas observadas no ambiente prático de aplicação do tipo penal, visando as causas de extinção de punibilidade do agente, tratando ainda das lacunas deixadas pelo legislador em que se pese a aplicação do tipo. Por fim apresenta-se a fuga de finalidade à qual se tem por destino a norma incriminadora, elencando a possibilidade de determinação de que os empresários individuais e sociedades empresárias saldem os débitos com a previdência a qualquer tempo, perdendo a eficácia de aplicação do tipo penal quando já consumado.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURIDADE SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, introduziu no art. 194 a seguridade social, que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. A partir da atual Constituição as três áreas acima passaram a integrar um sistema protetivo composto por ações coordenadas dos entes federativos, bem como por toda a sociedade, tendo como diretrizes o básico caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados⁵.

Segundo João Batista Lazari e Carlos Alberto:

A semelhança do que se observam no âmbito mundial, as primeiras formas de proteção social dos indivíduos no Brasil tinham caráter eminentemente beneficente e assistencial. Assim, ainda no período colonial, tem-se a criação das Santas Casas de Misericórdia, sendo a mais antiga aquela fundada no Porto de São Vicente, depois Vila de Santos (1543), 3 seguindo-se as Irmandades de Ordens Terceiras (mutualidades) e, no ano de 1795, estabeleceu-se o Plano de Beneficência dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha. 4 No período marcado pelo regime monárquico, pois, houve iniciativas de

⁵ BRASIL. op. cit., 1988. Acesso em 12 fev. 2020.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

natureza protecionista.⁶

Diante disso, se verifica ausência de intervenção estatal no que se refere a proteção dos trabalhadores, não havendo por parte dos empregados contraprestação para fazer jus a benefícios, o que se verifica assistência mínima e um estado não interventor diante da classe operaria e a classe detentora dos meios de produção, diante do aumento do liberalismo econômico.

Posteriormente, apresenta João Batista Lazari e Carlos Alberto a respeito da marcha evolutiva da seguridade social no Brasil.

O primeiro texto em matéria de previdência social no Brasil foi expedido em 1821, pelo ainda Príncipe Regente, Dom Pedro de Alcântara. Trata-se de um Decreto de 1º de outubro daquele ano, concedendo aposentadoria aos mestres e professores, após 30 anos de serviço, e assegurado um abono de 1/4 (um quarto) dos ganhos aos que continuassem em atividade”.⁵ Em 1888, o Decreto n. 9.912-A, de 26 de março, dispôs sobre a concessão de aposentadoria aos empregados dos Correios, fixando em trinta anos de serviço e idade mínima de 60 anos os requisitos para tal. Em 1890, o Decreto n. 221, de 26 de fevereiro, instituiu a aposentadoria para os empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil, posteriormente estendida aos demais ferroviários do Estado pelo Decreto n. 565, de 12 de julho do mesmo ano.⁷

38

Desse modo, verifica-se a amplitude que vai se tornando a importância da seguridade social no Brasil, instituindo num primeiro momento aposentadoria aos professores, e funcionários dos correios, empregados dos banco central bem como delimitando prazo para início de concessão de benefícios previdenciários, na buscar por ampliar as demais categorias profissionais.

É com constituição de 1891, art. 75, previu a aposentadoria por invalidez aos servidores públicos. Em 1892, a Lei n. 217, de 29 de novembro, instituiu a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte dos operários do Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro, surge então a presença do estado mais ativo no que se refere a proteção aos trabalhadores, e o direito previdenciário busca garantir maior proteção, se inicia o marco a proteção previdenciária ainda que de forma restrita a servidores

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 67.

⁷ Ibidem., p. 69.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

públicos, garantida pelo estado a necessidade de contribuição.⁸

Surge o decreto Legislativo n. 4.682, de 24.1.1923, marco inicial da previdência social no Brasil, conhecida como lei como Lei Eloy Chaves.

Conceitua João Batista Lazari e Carlos Alberto que:

A Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões nas empresas de estradas de ferro existentes, mediante contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramo e do Estado, assegurando aposentadoria aos trabalhadores e pensão a seus dependentes em caso de morte do segurado, além de assistência médica e diminuição do custo de medicamentos. Entretanto, o regime das “caixas” era ainda pouco abrangente, e, como era estabelecido por empresa, o número de contribuintes foi, às vezes, insuficiente.⁹

Neste momento solidifica a ideia de contribuição por parte do empregado, a fim de garantir que seja concedido as primeiras espécies de benefícios sociais aos trabalhadores, sendo aposentadoria e pensão por a seus dependentes em eventual incapacidade laborativa por parte dos empregados, surge a ideia de seguro social, que atendera as necessidades do segurado titular, bem como de seus dependentes.

Por fim, a constituição de 1988 inova a respeito da seguridade social, define então formas de custeio e financiamento dos benefícios bem como assegurando as coberturas e proteção aos empregados, em casos de cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, verifica-se então a importância da contribuições previdências serem então destinadas ao seu destinatário final, ou seja, o INSS tamanha relevância dessa assistência essencial ao ser humano.¹⁰

Apresenta João Batista Lazari e Carlos Alberto:

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social, como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social. Porém, antes mesmo da promulgação da Constituição, já havia disposição legal que determinava a

⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. op. cit., p. 67.

⁹ Ibidem., p. 75.

¹⁰ BRASIL. op. cit., 1988. Acesso em 12 fev. 2020.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

transferência de recursos da Previdência Social para o então Sistema Único Descentralizado de Saúde – SUDS, hoje Sistema Único de Saúde – SUS.¹¹

Diante da importância de garantir efetiva os benefícios previdenciários, cria-se a fonte essencial de financiamento da seguridade social, em que prevê a participação do estado e dos trabalhadores de maneira simultânea, e a previdência social passa a ter caráter de filiação obrigatória e mediante contribuição, sendo destinado aos cofres do instituto social da seguridade social, por ser de grande relevância referida contribuição, o legislador prevê então proteção a este bem jurídico tutelado pelo direito penal, e então prevê responsabilidade aos responsável tributário assim definido em lei.

3 CONCEITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA NO CÓDIGO PENAL

A denominação do tipo penal ao qual se trata o presente artigo tem-se o vínculo inequívoco com um tipo penal já consolidado na doutrina e jurisprudência, compreendendo-se ao período precedente à criação do tipo específico da apropriação indébita previdenciária, onde a punição por tal delito encontrava escopo e aplicação no crime de apropriação indébita, sendo caracterizada também no desconto das contribuições previdenciárias dos empregados sem o devido repasse à previdência social, possuindo caracterização posterior no tipo penal aqui estudado.¹²

O tipo penal citado refere-se ao ato de não repassar à Previdência Social o valor recolhido dos empregados, significando não transferir à unidade administrativa responsável, sendo omissivo o recolhimento dos valores dos empregados. Ao realizar esta conduta, tem-se a apropriação por parte do empresário da quantia contributiva dos trabalhadores, daí dá-se a relação com a apropriação indébita. Trata-se de norma penal em branco, devido à necessidade de complemento de determinadas leis e regulamentos relativos aos prazos e às formas legais para o repasse da quantia recolhida.¹³

¹¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. op. cit., p. 71.

¹² NORONHA, Eedgard Magalhães. **Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 263.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

Oportuna, também, a lição de Hugo de Brito Machado: “Diante da vigente Constituição, portanto, pode-se conceituar a contribuição social como espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissional ou econômico e seguridade social.”¹⁴.

Especificado o exposto, na prática do delito em questão tem-se a responsabilização do tipo na pena de dois a cinco anos de reclusão e multa. Caracteriza-se o tipo na ausência de repasse dentro dos prazos estabelecidos pela lei de número 8.112 de 1990 das quantias descontadas dos trabalhadores e destinadas à previdência social, também se caracteriza no recolhimento de despesas contábeis ou custos sobre a atividade empresarial, além da falta de pagamento dos benefícios devidos ao segurado pela previdência quando os valores já tenham sido reembolsados pela previdência social.¹⁵

Neste sentido, tem-se Bittencourt:

O Bem jurídico protegido são as fontes de custeio da seguridade social, particularmente os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CF). São protegidas especialmente contra a apropriação indébita que pode ser praticada por quem tem o dever de recolher os tributos e taxas. É, em outros termos, a tutela da subsistência financeira da previdência social.¹⁶

Observam-se a partir dos dizeres que a seguridade social possui variadas formas de patrocínio, sendo a contribuição obrigatória dos trabalhadores uma destas, mas não a única, sendo tal patrocínio o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, objetivando a responsabilização do empregador pela ausência do devido repasse. Trata-se de um crime que atenta contra o patrimônio, contudo, não tutela apenas o bem individual, mas de todos os contribuintes da previdência social, sendo esta a proteção de um bem difuso, coletivo, tendo este bem prioridade aos interesses individuais.

Com relação ao tipo penal, esclarece Rogério Greco: “Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto sujeito passivo; doloso, não havendo previsão legal

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 433.

¹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Apropriação indébita previdenciária. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 168.

¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 256.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

para modalidade culposa; omissivo próprio; de mera conduta; instantâneo; de forma vinculada; monossujeito monossubsistente; não transente.”¹⁷.

Tem-se então que o crime em questão é próprio, podendo ser cometido apenas por determinados agentes, não sendo crime passível de cometimento por qualquer pessoa. Não há o que se falar, nos ditames da lei, em modalidade culposa, sendo omissivo por parte daquele que deixa de repassar os valores e não exigindo um resultado específico, a mera conduta de não repasse é o bastante para caracterização do crime. Decorrido o prazo legal para o repasse, este não realizado, tem-se instantaneamente a ocorrência do crime, não sendo necessário resultado de prejuízo ao empregado.¹⁸

Elencando-se a característica própria do tipo e o bem jurídico por ele tutelado, não há o que se falar em inconstitucionalidade da pena imposta ao tipo, visto que não se trata de uma dívida civil, mas sim da proteção dos bens e dos direitos de uma coletividade. A Constituição Federal, em seu artigo sexto, tutela os direitos sociais, incluindo-se a estes a previdência social, que é lesionada pelo delito ao qual se trata, sendo este estabelecido na ausência de um dever constitucional preconizado e não na falta de cumprimento contratual previamente pactuado entre pessoas físicas ou jurídicas.¹⁹

O Supremo Tribunal Federal esclarece da seguinte forma:

Quanto à alegada afronta ao art. 5º, inc. LXVII, da Constituição, a jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que, “(...) em tema de crime decorrente de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, inaplicável é o Pacto de São José da Costa Rica, visto que não se cuida de prisão civil, cuja finalidade é compelir o devedor de dívida alimentar ou o depositário infiel a cumprir a sua obrigação, mas sim de prisão de caráter penal, que objetiva a prevenção e repressão do delito. Daí, também, a impertinência na alegação de ofensa à Constituição Federal” (AI 366.390-AgR, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 18.10.2002).²⁰

¹⁷ GRECO, Rogério. op. cit., p. 221.

¹⁸ GRECO, Rogério. op. cit., p. 222.

¹⁹ BRASIL. op. cit., 1988. Acesso em 12 fev. 2020.

²⁰ JUSBRASIL. **Supremo Tribunal Federal STF – AG REG NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI-AgR 366390 SC**. 2012. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773749/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-366390-sc?ref=juris-tabs>. Acesso em 09 mai. 2020.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

O financiamento da previdência social se dá de diversas formas, incluindo-se a estas as contribuições por parte das empresas e também dos empregados, sendo de responsabilidade dos empregadores o recolhimento do montante devido pelos empregados através de desconto em folha salarial e o devido repasse ao órgão previdenciário responsável. Tem-se então o dever dos empregadores perante a coletividade de beneficiários da previdência social no recolhimento deste órgão, caracterizando o tipo penal na defesa dos interesses dos beneficiários e de todos aqueles que venham a depender da seguridade social.²¹

3.1 Distinções entre as diferentes hipóteses do art. 168-A

Tem-se no entendimento jurisprudencial e sumular que o tipo penal em questão e sua respectiva pena não constituem prisão por dívida, conforme estabelece a súmula de número 68 do Tribunal Regional Federal da quarta Região. Entretanto, o tipo em questão não trata apenas da falta de repasse do montante recolhido dos empregados, mas também da ausência de repasse das contribuições de terceiras relativas ao pagamento de produtos e serviços previamente recolhidos pela empresa responsável pela atividade empresarial, contudo, tem-se a maioria dos casos observada no recolhimento dos empregados.²²

Sopesando-se a previsão do artigo 168-A do código penal, a caracterização do delito não se dá apenas na ausência do repasse à previdência do devido valor descontado dos empregados ou de terceiros, há modalidade diversa. O caput do artigo e os incisos I e II tratam diretamente da falta de repasse à previdência e da falta de recolhimento dos valores devidos por terceiros durante a atividade empresarial, elencando a ausência de repasse do empregador direcionado à previdência, tendo por destino final este órgão, prejudicando assim o seu financiamento e sua função social.²³

²¹ MARTINS, Ives Gandra. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 128-129.

²² BRASIL. **LEI Nº 9.983, DE 14 DE JULHO DE 2000**. Disponível em: [²³ Idem.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9983.htm#:~:text=LEI%20No%209.983%2C%20DE%2014%20DE%20JULHO%20DE%202000.&text=Altera%20o%20Decreto%2DLei%20n, Penal%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A7%C3%A3es. Acesso em 12 fev. 2020.</p></div><div data-bbox=)

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

Entretanto, o inciso III do mesmo artigo vem tratar da criminalização da falta de pagamento de benefício devido ao empregado cujos valores possuem reembolso por parte da previdência à empresa. Trata da omissão do empregador no ato de pagamento de benefício devido ao empregado e que obtém recursos advindos da previdência social, sendo estes reembolsados à empresa. Apesar de possuir um destinatário final diferente dos outros crimes tipificados, incide na mesma prática, sendo a apropriação de valor da previdência social e a falta de seu efetivo repasse.²⁴

4 O DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SUAS FORMAS DE EXCLUSÃO

O tipo penal definido no artigo 168-A do código penal tem por este as suas formas de conduta estabelecidos e que levam à sua consumação. O tipo elenca os requisitos para que sejam caracterizados os sujeitos ativos e passivos ao qual o crime se faz, destinando seus conceitos a sopesarem a apropriação indébita. As formas de conduta às quais tratam o artigo podem ser definidas e divididas em quatro formas distintas, sendo divididas entre o caput do artigo e seus três incisos que o formam, elencando suas características e suas definições, tratando cada uma de forma individual.²⁵

Apresenta assim Greco:

Deixar de repassar a previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional caput ; deixar de recolher , no prazo legal, contribuição social o qualquer outra importância que se destina aos cofres da previdência social que tenha a sido descontada de folha de pagamento efetuado a segurado, a terceiro ou também arrecadada do público, disposto no inciso segundo; deixar de recolher contribuição devida que tenha integrado despesas contábeis ou custos relativos a venda de produtos, bem como prestação de serviço, e por fim deixar de pagar benefício devido a segurado, quanto as respectivas cotas ou valores que tiveram sido reembolsadas a empresa pela previdência social, inciso terceiro, prevê também modalidades assemelhadas de apropriação indébita previdenciária.²⁶

²⁴ BRASIL. LEI Nº 9.983, DE 14 DE JULHO DE 2000.

²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. Apropriação indébita previdenciária. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 778.

²⁶ GRECO, Rogério. op. cit., p. 779.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

A primeira forma se dá no elemento objetivo, tratando da falta de repasse do valor devido, sendo esta obrigação do empresário definida por lei. Tem-se a caracterização a propriedade do crime pela ausência do fazer quando esta obrigação se dá por determinação legal, não sendo passível a qualquer do povo. No segundo caso tem-se a ausência de recolhimento de contribuição dentro do prazo legal estabelecido pela legislação específica de valor que já tenha sido descontado de pagamento a segurado, a terceiros ou pelo público arrecadado.²⁷

Na terceira forma tem-se a responsabilização de agente que deixa de recolher tributação integrada à atividade empresarial, sendo a ação caracterizada na adição do valor tributado no valor final destinado ao consumidor sem que seja repassada à previdência a quantia devida a esta. Em última análise, a quarta modalidade se faz na ausência de pagamento de determinado benefício devido ao segurado, ainda que o valor do benefício já tenha sido reembolsado pela previdência, tendo o valor do benefício sido alvo de apropriação por parte do empresário, não sendo repassado ao beneficiário.²⁸

45

5 APLICAÇÕES DE TIPICIDADE

No que se refere a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de apropriação indébita previdenciária, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que pode ser aplicado desde que preenchidos alguns requisitos, ou seja, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, inexpressividade da lesão jurídica provocada, nenhuma periculosidade social da ação, mínima ofensividade da conduta do agente. O princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal.

Verifica-se aplicação do princípio da insignificância o art. 1º da Portaria nº 75 do Ministério da economia, I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com

²⁷ GRECO, Rogério. op. cit., p. 783.

²⁸ Ibidem., p. 784.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Ou seja, cumpridas hipóteses de maneira cumulativa, o procurador ira requerer pelo arquivamento da ação penal. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, reconhecer a atipicidade material da conduta por insignificância penal.

O princípio da insignificância é uma das formas de excludente da tipicidade, e vem se tornando cada vez mais valorativa em se tratando do delito apropriação indébita previdenciária, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça e decidido pela possibilidade de aplicação ao referido tipo penal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona em reconhecer a aplicação do princípio da insignificância ao delito de apropriação indébita previdenciária, quando o valor do débito com a previdência social não ultrapassar o montante de R\$20.000,00. Precedente. “Ressalva do relator”.²⁹

Segundo Adjair de Andrade Cintra conceitua acerca do principio da insignificância:

O princípio da insignificância como excludente da tipicidade material é a posição que passou a adotar Roxin, e que é majoritariamente aceita, inclusive no Brasil, sendo o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e se a conduta é atípica não há porque ser analisada a culpabilidade do agente.³⁰

46

Diante disso, verifica-se que o bem jurídico protegido pelo direito penal, qual seja as contribuições sonegados pelo empregador, não ocorrendo grave lesão, aplica-se então o princípio da insignificância, excluindo o agente de culpabilidade, ou seja, por se tratarem de valor de pequena monta, perde relevância social, não sendo aplicado as penas prevista pelo legislador, ou seja, reprimir a conduta do agente atua no sentido de impedir que sejam criminalizadas condutas de mínima repercussão social.

Em se tratando do caso em concreto, perdem-se todos os motivos da persecução penal, se ao final do processo, proceder-se-á pela exclusão da

²⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 392108/RS**. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. Data do Julgamento 01/03/2016. T6 – Sexta Turma. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 23 mai. 2020.

³⁰ CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da insignificância aos Crimes que Tutelam Bens Jurídicos Difusos**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011, p. 81.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

punibilidade, velando-se mais correta a exclusão do próprio crime, pois a conduta tem-se por ínfima. Acerca do perdão Judicial: 7.5. Perdão judicial ou pena de multa (art. 168-A, §§ 3º e 4º) prevê o § 3º do art. 168-A: “é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes”³¹.

Conceitua Fernando Capez desde que:

Tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios. Nessa primeira hipótese será cabível o perdão judicial ou a pena de multa se o pagamento das contribuições, inclusive acessórios (pagamento integral), se der após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia. No entanto, diante das disposições da Lei n. 12.382/2011, tal previsão resta inócua, haja vista dispositivo mais abrangente que prevê a extinção da punibilidade na hipótese de pagamento do débito antes do recebimento da denúncia.³²

Assim, ainda que oferecida a inicial acusatória, restará a possibilidade de o devedor efetuar o pagamento antes do seu recebimento e ver extinta a sua punibilidade, o que é mais benéfico do que o perdão judicial ou a imposição da pena de multa.³³

47

6 DA CULPABILIDADE: EXISTE POSSIBILIDADE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA ?

Quanto a essa forma de exclusão de culpabilidade, o agente deixa de receber a sanção estatal em decorrência situação diversa, não cabendo outra possibilidade de sobreviver diante das crises eventuais de mercado a não ser incorrer na prática da apropriação indébita previdenciária, deixando de repassar os valores a previdência por uma razão proteção de um bem maior. Ocorrência em eventual indisponibilidade financeira da empresa, havendo priorizado o pagamento dos salários os empregados, ou também manter cumprimento quanto ao pagamento dos fornecedores, para que

³¹ BRASIL. op. cit., 2000. Acesso em 12 fev. 2020.

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Volume 2 – parte especial arts. 121 a 212**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 803.

³³ Idem.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

assim permaneça com suas atividades, ou seja, diante de tais situações não que se falar em responsabilização penal dos agentes.

Não restando outras formas de opção. Vale salientar que a prova que se exija nesses casos, deve ser exclusivamente pericial ou documental, e embora plausível justificativa, obsta para que se promova persecução penal, isto é, causa prejuízo para cofres da previdência social.³⁴ Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, acerca do cabimento da excludente de culpabilidade.

[...] nos delitos de não recolhimento das contribuições descontadas dos empregados, a tese da inexigibilidade de conduta diversa, como causa de exclusão de culpabilidade, vem sendo aceita em caso de verdadeiros extremos. Somente dificuldades financeiras muito graves podem justificar a conduta de quem não cumpre a obrigação de recolher as contribuições no prazo legal, tendo em vis o interesse social, igualmente relevante, de manter a empresa em funcionamento. “Incumbindo a defesa” .³⁵

Referido julgado acima demonstra os entendimentos dos tribunais superiores acerca da aplicação da inexigibilidade da conduta diversa, hipótese em que culpabilidade do agente é excluída, quando há necessidade da preservação de um bem maior, ou seja o pleno funcionamento da empresa visando proteção de empregos, e embora seja plausível a justificativa pois trata-se de verdadeiros extremos e de difícil comprovação, há a ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja as contribuições previdenciárias, e a sanção estatal deixa de ocorrer.

48

6.1 Extinção e suspensão da punibilidade

O parágrafo 2º do artigo 168-A trata da extinção da punibilidade no crime em comento dispondo que “é extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou

³⁴ Neste sentido, em não sendo possível praticar conduta diversa, pode o agente recair sobre uma excludente de criminalidade ou diminuição de pena, que consiste na inexigibilidade de conduta diversa, que se vale do princípio de que não sendo possível exigir do autor um comportamento diverso (conforme o direito),

³⁵ JUSBRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 – APELAÇÃO CRIMINAL: ACR 0002998-94.2007.404.7000**. 2013. Relator Luiz Carlos Canalli, Julgamento nov. 2013. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112536739/apelacao-criminal-acr-29989420074047000-pr-0002998-9420074047000/inteiro-teor-112536742?ref=juris-tabs>. Acesso em 23 mai. 2020.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

regulamento, antes do início da ação fiscal.”³⁶. Da leitura do referido dispositivo é possível enumerar os seguintes requisitos para que ocorra a extinção da pretensão punitiva.

a. Espontaneidade; b. Declaração e confissão da quantia devida a título de contribuição social previdenciária, importâncias ou valores (correção monetária, juros de mora); c. Prestação das informações devidas à previdência, na forma legal ou regulamentar; d. Pagamento das contribuições e demais valores confessados; e. Realização dos procedimentos antes do início da Ação Fiscal.³⁷

No tocante ao delito em exame, dispõe o legislador acerca da hipótese da extinção e suspensão da punibilidade do agente, inserido nos parágrafos 2º do artigo 168- A do código penal, que posteriormente foi revogado pela Lei n. 12.382/2011. Fica extinta a punibilidade do agente que, espontaneamente, venha declarar, confessar e efetuar o pagamento das contribuições importâncias, ou valores que deixou de recolher ou repassar a previdência, antes do início da ação fiscal.

Verifica-se diante do exposto, após diversas regulamentações acerca do tema, que a lei 12.382/2011 atualmente em vigor, disciplina a respeito do parcelamento na esfera ainda administrativa, e acerca do pagamento integral do débito, que anteriormente não possui nenhuma data previsível. Sendo que o primeiro caso, só haverá suspensão da pretensão punitiva estatal, caso o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia, ou pagamento integral seja feito até recebimento da denúncia pelo juiz, ou seja, há possibilidade do pagamento mesmo após início da ação penal. De modo que, houve amplitude para se receber as devidas contribuições, mediante imposição de prazo para o contribuinte se regularizar, e a busca pela aplicação lei penal se tornou ineficaz.

49

CONCLUSÃO

O trabalho em análise tratou do aspecto histórico do início da proteção das contribuições feitas pelos trabalhadores, mas principalmente, das formas de cumprimentos da obrigação após tipo penal, já terem sido violados pelos

³⁶ BRASIL. op. cit., 1940. Acesso em 12 fev. 2020.

³⁷ Idem.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

empregadores na condição de responsável tributário como bem colocado no caso em exame. Visto isso, se verificou detalhadamente acerca das possibilidades de se poupar da responsabilização penal.

Tratou da sua objetividade jurídica, aplicação da tipicidade do crime sendo suas formas o perdão judicial ou pena de multa, culpabilidade: inexigibilidade de conduta diversa, extinção e suspensão da punibilidade, aplicação do princípio da insignificância e por último o prévio esgotamento da via administrativa como pressuposto para ação penal. Desse modo, pode-se afirmar que mesmo havendo por parte do legislador ordinário a intenção de proteção das prestações públicas, tipificando como norma incriminadora o artigo 168-A do código penal, e com isso protegendo as garantias composicionais, em especial, da previdência social.

No entanto, carece de efetividade no caso concreto, pois devido a suas variáveis formas de fuga de responsabilização penal, não combate a prática para se evitar a reiteração do crime. Ou seja, aplicação da lei penal não é realizada, de modo que o jus puniendi estatal não alcança os criminosos, a norma subsiste apenas em caráter meramente formal, mesmo prevendo pena de reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco anos), ou seja, se tornando ineficaz.

50

Sendo assim, a norma não possui nenhuma efetividade no mundo prático, ou seja, não atende a finalidade da sua criação, ou seja, evitar a prática da conduta delituosa. Mas o Estado se vale através do direito penal, poder judiciário ministério público, a fazer coercitivamente os responsáveis pelo tributo a dar quitação as suas dívidas, e diminuir os rombos perante a previdência social, ou seja, a satisfação do crédito se sobre põe a aplicação da lei penal.

Portanto, conclui-se que apesar do constituinte ter assegurado direitos sociais previsto no artigo sexto da constituição federal, visando proteger os trabalhadores em uma eventual incapacidade laborativa, garantido benefícios que visam garantia de renda, momentânea ou permanente, aos segurados nos casos de doenças, morte, invalidez, idade avançada, proteção à maternidade e à família, instituiu então as contribuições previdenciárias sendo forma de financiamento da seguridade social, e as colocou em status de bem jurídico que merece ser tutelado pelo direito penal

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

devido a relevância, instituiu então o tipo penal apropriação indébita previdenciária, prevendo responsabilização penal aos responsáveis tributário.

No entanto, carece efetividade tendo em vista as formas em que o agente está livre da sanção estatal em determinadas hipóteses, sendo perdão judicial ou pena de multa, culpabilidade: inexigibilidade de conduta diversa, extinção e suspensão da punibilidade, o que fragiliza a norma nos casos concretos em que o crime se consuma, e agente não recebe punibilidade prevista no artigo 168-A do código penal, e a finalidade repressiva idealizado pelo legislador não ocorre efetivamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 fev. 2020.

_____. **LEI Nº 9.983, DE 14 DE JULHO DE 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9983.htm#:~:text=LEI%20No%209.983%20C%20DE%2014%20DE%20JULHO%20DE%202000.&text=Altera%20o%20Decreto%20DLei%20n,Penal%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em 12 fev. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Volume 2 – parte especial arts. 121 a 212**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicabilidade do Princípio da insignificância aos Crimes que Tutelam Bens Jurídicos Difusos**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial. Apropriação indébita previdenciária**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Curso de direito penal: parte especial. Apropriação indébita previdenciária**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JUSBRASIL. **Supremo Tribunal Federal STF – AG REG NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI-AgR 366390 SC**. 2012. Disponível em

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: UMA LETRA MORTA INSERIDA NO CÓDIGO PENAL

SILVA, Everton Inácio da; LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FESTUGATTO, Pamela Louvera

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773749/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-366390-sc?ref=juris-tabs>. Acesso em 09 mai. 2020.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 – APELAÇÃO CRIMINAL: ACR 0002998-94.2007.404.7000**. 2013. Relator Luiz Carlos Canalli, Julgamento nov. 2013. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112536739/apelacao-criminal-acr-29989420074047000-pr-0002998-9420074047000/inteiro-teor-112536742?ref=juris-tabs>. Acesso em 23 mai. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARTINS, Ives Gandra. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NORONHA, Eedgard Magalhães. **Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 392108/RS**. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. Data do Julgamento 01/03/2016. T6 – Sexta Turma. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 23 mai. 2020.