

A DEFESA DO EMPRESÁRIO ACUSADO DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA¹

THE DEFENSE OF THE ENTREPRENEUR ACCUSED OF THE CRIME OF SOCIAL SECURITY LARCENY

ANGÉLICA KOEFENDER MAIA²

RESUMO: A partir da Lei 9.930, de 14 de julho de 2000, criminalizou-se a conduta de apropriação indébita previdenciária – artigo 168-A do Código Penal. Em tese, os empresários que deixarem de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos seus empregados poderão ser apenados com a reclusão de 2 a 5 anos e multa. Entretanto, nem sempre a situação financeira das empresas permite o recolhimento das parcelas em dia. Necessário se faz buscar alternativas de defesa que possibilitem ao empresário o prosseguimento da atividade produtiva sem o apenamento de reclusão o que, via de regra, determinaria também o encerramento da atividade produtiva.

Palavras-chave: apropriação indébita, defesa do empresário, contribuição previdenciária.

ABSTRACT: From the Law 9.930, July 14th 2000, social welfare larceny has been a crime – Article 168-A from the Penal Code. Theoretically, entrepreneurs who do not pass on the Social Security contributions from their employees might be charged and imprisoned for a period of two to five years. Yet the financial situation of companies not always allow them to collect taxes, it is necessary the search of alternatives which allow entrepreneurs to go on with their productive activities without being charged and imprisoned which would end up with the productive production.

Key words: social welfare larceny, entrepreneurs defense, Social Security contributions.

Sumário: Introdução - 1 A apropriação indébita previdenciária - 2 Necessidade de esgotamento da esfera administrativa para a propositura da ação penal - 3 Análise do tipo penal: dolo ou culpa e identificação do sujeito passivo - 4 Conduta atípica por aplicação do princípio da insignificância - 5 Exclusão de culpabilidade – absoluta impossibilidade do cumprimento da obrigação em época própria - 6 Extinção da punibilidade - prescrição - 7 Pagamento ou parcelamento - 8 Perdão judicial - 9 Inconstitucionalidade do artigo 168-A do Código Penal - 10 Cerceamento de defesa – nulidade processual - Conclusão - Referências.

¹Trabalho orientado pela Profa. Dra. Roseli Silma Scheffel, docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE).

²Advogada. Graduada em Letras e Literatura pela UNIOESTE. Especialista em Direito Empresarial pela UNIOESTE. Endereço eletrônico:angélicakmaia@bol.com.

INTRODUÇÃO

No intuito de exercer maior pressão e de aumentar o recolhimento das contribuições ao Sistema Previdenciário, o legislador tornou crime o fato de o empresário descontar de seus empregados o valor relativo à contribuição previdenciária e deixar de repassá-lo à autarquia.

Ocorre que os empresários, muitas vezes, em virtude de grandes dificuldades financeiras, precisam fazer algumas opções administrativas, e, dentre elas, está a de escolher quais são os credores que irão receber e os que não irão.

Por motivos óbvios, historicamente, o empresariado optava por manter a folha de pagamento e os fornecedores em dia e postergava o pagamento dos impostos e das contribuições previdenciárias.

Esta era a opção que permitia o prosseguimento da atividade produtiva através da qual se esperava obter algum êxito financeiro que lhe possibilitasse, no futuro, efetuar o pagamento dos tributos devidos.

Muitos empresários, contudo, por desconhecimento da legislação são surpreendidos em virtude de ser considerado crime o fato de não repassarem ao INSS, pontualmente, as contribuições previdenciárias descontadas dos seus funcionários.

Nestas situações, o advogado precisa buscar na lei, na doutrina e na jurisprudência as soluções que possam garantir ao empresário, supostamente devedor, todas as possibilidades de defesa para a manutenção de sua liberdade, o prosseguimento de sua atividade produtiva e a sua absolvição na esfera penal em observância aos princípios constitucionais.

1 AAPROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

A Seguridade Social, disciplinada pelo artigo 194 da Constituição Federal é integrada pela Saúde, Previdência Social e pela Assistência Social.

A Previdência Social, conforme a Lei n. 8.213/1991, artigo 1º, mediante o recolhimento de contribuições, tem por finalidade assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependem economicamente.

As fontes de custeio da Previdência Social estão previstas no artigo 195 da Constituição Federal e são: as contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; a receita ou o faturamento; o lucro; as contribuições sociais do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de

previdência social de que trata o art. 201; sobre a receita de concursos de prognósticos; do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Além disso, o § 8º prevê que o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

Portanto, o Sistema da Seguridade Social é mantido através de fontes de custeio oriundas de toda a sociedade, ou seja, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, empregadores, empregados, trabalhadores avulsos, produtores rurais, parceiros, meeiros, arrendatários, pescadores, importadores e é importante que haja fiscalização e o efetivo recolhimento das parcelas devidas para permitir o funcionamento do sistema.

Desde o Decreto-Lei n. 65/1937 já havia previsão legal considerando crime a retenção de contribuições previdenciárias dos empregados quando tais contribuições não eram repassadas, na época própria, à Previdência. Após sucessivas alterações legislativas, a Lei n. 9.983, de 17/07/2000, inseriu no Código Penal Brasileiro o crime de apropriação indébita previdenciária, tal como é hoje conhecido, com a seguinte redação:

Art. 168-A - Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional;
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Considerando que a prática do crime de apropriação indébita previdenciária consiste em deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional, entende Paulo Dariva (2009, p. 32), que o bem jurídico tutelado pela norma legal é a própria Seguridade Social, especialmente o patrimônio da Previdência Social, que é bem público, coletivo e que, apenas em um segundo plano, representa a proteção da esfera individual.

O artigo 168-A do Código Penal é denominado de norma penal “em branco”, pois, para a sua correta compreensão, a interpretação deve ser completada por outro dispositivo legal, que deve ser buscado na legislação previdenciária que elenca qual vem a ser o prazo e a forma legal ou convencional para que o recolhimento seja considerado pontual.

Estudiosos debatem-se sobre a natureza jurídica do delito. Alguns afirmam tratar-se de delito omissivo e que, desta forma, não exigiria o dolo específico do agente e este é o entendimento do STF e do STJ. Outros doutrinadores tais como Jefferson Aparecido Dias, Luiz Flávio Gomes e Paulo Dariva defendem que seria um delito misto, comportando tanto uma conduta comissiva (ativa), que consiste em descontar as contribuições previdenciárias de seus empregados, quanto outra omissiva, que consiste em deixar de repassar o valor descontado à Previdência Social, sendo o fim

específico: apropriar-se de coisa alheia.

Apesar desta indefinição conceitual, quando praticado o ato/omissão, cabe ao operador do direito buscar alternativas que permitam ao empresário aduzir a sua defesa de modo eficaz, alegando todas as matérias de fato e de direito que possam convencer os julgadores a absolvê-lo ou ao menos a deixar de aplicar a pena prevista.

Dentre as possíveis soluções pode-se apontar: o esgotamento da via administrativa, a demonstração de inexistência de dolo, a demonstração de que havia absoluta impossibilidade de cumprimento das obrigações na época própria, a arguição de prescrição, a proposição de pagamento ou de parcelamento, demonstração de primariedade e de bons antecedentes pugnando pelo perdão judicial.

2 NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL

O artigo 142 do Código Tributário Nacional dispõe que a constituição definitiva do crédito tributário se dá pelo lançamento, atividade privativa da autoridade administrativa, na qual se verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação, identifica-se o sujeito ativo, determina-se a matéria tributável e define-se o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.

O lançamento pode ser efetuado por homologação, por declaração ou de ofício.

Quando constatada pelas autoridades administrativas a ocorrência de apropriação indébita previdenciária tem início o processo administrativo fiscal que comporta a fase não contenciosa e a fase contenciosa, cientificando o sujeito passivo de sua obrigação tributária e lavrando o auto de infração.

Discordando do lançamento, o sujeito passivo deve impugná-lo fundamentadamente, requerendo a realização de diligências e inclusive perícia, se for o caso, e alegar todos os argumentos de defesa. O processo administrativo deve observar o devido processo legal e o contraditório até a decisão final monocrática de primeiro grau, cabendo recurso a órgão colegiado.

Já é entendimento pacífico dos tribunais que, perdurando o processo administrativo, enquanto não houver uma decisão final e definitiva, encontra-se suspenso o curso da prescrição da ação penal e ficam afastadas a persecução criminal, tanto em fase de inquérito policial quanto da própria ação penal:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AÇÃO PENAL. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE. (STJ. REsp 875.897/CE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 15/12/2008).

Eis, portanto, a importância de se impugnar de modo fundamentado e de se levar o processo administrativo até o seu julgamento final buscando, já nesta fase, assegurar ao contribuinte todas as possibilidades de defesa que poderão ser aduzidas.

3 ANÁLISE DO TIPO PENAL: DOLO OU CULPA E IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO

A doutrina tem firmado seu entendimento de que somente poderá responder pelo crime de apropriação indébita previdenciária aquele a quem for imputada a autoria e alguns juízes e tribunais têm proferido decisões neste sentido:

Contribuição recolhida dos empregados e não repassada para o INSS. Administrador da empresa. Responsabilidade objetiva. Autoria não cabalmente comprovada. O simples fato de constar o nome de uma pessoa no contrato social de uma determinada empresa não significa que ela seja seu administrador. (TRF 1ª Região. Apelação Criminal 1998.38.01.006988-0 – 3ª Turma – Rel. Des. Fed. Tourinho Neto. Julgado em 22/02/2005. DJU de 04/03/2005).

Portanto, convém observar quem, dentre os sócios ou administradores é que praticou, de fato, a administração da empresa e que optou, de modo consciente, por deixar de recolher as contribuições ao INSS, quando poderia ter efetuado estes recolhimentos.

Todos aqueles que conseguirem demonstrar que não detinham poder de decisão sobre a gestão financeira da empresa poderão alegar, em seu favor, a ausência de dolo.

Contudo, contrariando o entendimento doutrinário, quanto à imprescindibilidade de um dolo específico de lesão ao bem jurídico, mesmo em se tratando de crime omissivo, tanto o STJ quanto o STF têm, sistematicamente, julgado em sentido contrário, especialmente em sede de *habeas corpus*, através dos quais se mantém condenação criminal, mesmo após o indeferimento de provas, sob o argumento da desnecessidade de configuração de dolo específico.

Para o STJ o crime de apropriação indébita é omissivo próprio, não exige resultado naturalístico, esgota-se o tipo subjetivo na transgressão da norma incriminadora, sem necessidade de se comprovar a existência de dolo específico, ou seja, não é necessário que o autor tenha manifestado a vontade livre e consciente de ter a coisa para si, *animus rem sibi habendi*:

CRIMINAL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. QUESTÃO RESTRITA AO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO

PREVIDENCIÁRIA. DESNECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO. (STF. AI 699103 AgR, Relator: Min. AYRES BRITTO, 2ª Turma, julgado em 17/08/2010, DJe-173, PUBLIC 17-09-2010 EMENTAVOL-02415-05 PP-01028)

Um olhar mais acurado sobre tal decisão revela que a mesma afronta princípios do Direito Penal e a própria Constituição.

Considerar que não há necessidade de dolo específico para o apenamento de reclusão pode causar ao cidadão comum, desavisado e de boa-fé, graves prejuízos pois muitos empresários não têm conhecimentos suficientes sobre a gestão de empresas ou lastro econômico para efetuar os recolhimentos devidos à previdência, pontualmente, nos períodos em que, eventualmente, o seu empreendimento possa enfrentar dificuldades econômicas.

4 CONDUATAÍPICA POR APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Quando o valor pecuniário que não foi repassado aos cofres da Previdência Social for ínfimo, entendem os doutrinadores que os custos para a efetivação do processo seriam maiores do que a lesão ao bem jurídico tutelado. Nestas situações pode-se considerar a conduta atípica pois o direito penal, face a aplicação do princípio da insignificância, não deve se ocupar do crime de bagatela.

Outro princípio a ser invocado é o da intervenção mínima do direito penal, pois são situações nas quais a própria administração não tem interesse em cobrar o contribuinte e, portanto, menos interesse ainda deve ter em punir de forma tão grave que implique em restrição da liberdade do cidadão.

Julgados recentes dos nossos tribunais, contudo, consideram que na aplicação do princípio da insignificância, para que a conduta possa ser considerada atípica, exige-se que o réu apresente, concomitantemente: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. BEM JURÍDICO TUTELADO. PATRIMÔNIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. ORDEM DENEGADA. I - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. [...] (STF. HC 98021, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª Turma, julgado em 22/06/2010, DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-03 PP-00516 RMDPPP v. 7, n. 37, 2010, p. 99-105)

Então vem à tona a discussão acerca do montante do valor que poderia ser considerado de bagatela. Tratando-se de norma penal em branco, ou seja, uma norma incompleta, que precisa ser complementada por outra lei, regulamento ou portaria, os tribunais tem considerado como parâmetro o valor fixado no artigo 1º, I, da Lei n. 9.441/1997.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DÉBITO QUE SUPERA O VALOR FIXADO NO ART. 1º, I, DA LEI 9.441/97. ORDEM DENEGADA. [...] 4. A extinção do crédito fiscal está prevista no art. 1º, I, da Lei 9.441/97 e atinge, apenas, os débitos inscritos em Dívida Ativa que não ultrapassem o montante de R\$ 1.000,00 (mil reais). [...] 6. *Habeas corpus* denegado. (STF. HC 100004, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, julgado em 20/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-03 PP-00574 RIOBTP v. 21, n. 247, 2010, p. 161-166)

Atualmente, considerando que a Lei n. 11.033/2004 alterou o dispositivo do artigo 20 da Lei n. 10.522/2002, as execuções fiscais cujo valor máximo seja de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) podem ser arquivadas, mediante requerimento dos procuradores da Fazenda Nacional por não haver interesse no seu prosseguimento:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débito inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado, igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ora, pelo princípio da intervenção mínima do direito penal, se o Poder Público sequer tem interesse em cobrar os débitos previdenciários até o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não poderá pretender prosseguir na persecução penal.

Portanto, caberia ao magistrado, nestas situações, conceder o perdão judicial ou aplicar exclusivamente a pena de multa.

Contudo, é possível encontrar na doutrina, entendimento de que tanto nos débitos de pequena monta quanto nos de maior valor, sequer haveria bem jurídico a ser tutelado, pois consideram que, permanecendo a possibilidade de o Estado exigir a quantia pecuniária através da Ação de Execução Fiscal, o Direito Penal não deveria tutelar interesses meramente econômicos.

É este o posicionamento de Eliseo Ioshito Suzuki (2006, p. 246):

Neste sentido, é que afirmamos que não existe qualquer lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma tributária 'deixar de recolher', haja vista que a norma tributária disciplina a instituição dos tributos, sua formalização como consequência da ocorrência do fato jurídico tributário, e o surgimento da obrigação tributária e do crédito tributário, ou seja, regula a competência do Estado de instituir, formalizar e cobrar tributos, e, nesse sentido, o 'deixar de recolher no prazo

determinado' definitivamente não atinge nenhum bem jurídico, ressaltando que a data do recolhimento não é um bem, mas, um interesse, e o Direito Penal não tutela interesses.

Parece ser correta a opinião de Suzuki neste aspecto pois, caso o empresário esteja tendo êxito em seus negócios e por consequência lucratividade, bem mais interessante para o Estado é concentrar todas as suas forças na pretensão executiva e realizar a cobrança dos valores que o mesmo deve aos cofres da Previdência Social.

Caso a situação tenha como sujeito passivo um empresário que se encontre em sérias dificuldades financeiras ou em estado de insolvência, desde que este fato tenha sido devidamente comprovado, nenhum resultado prático e pecuniário será obtido e revertido aos cofres da previdência através da condenação criminal, ao contrário, a coletividade, através do Estado, terá o ônus de manter mais um cidadão enclausurado – e muitas vezes, por razões injustas.

5 EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE – ABSOLUTA IMPOSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO EM ÉPOCA PRÓPRIA

No decorrer do processo penal, em geral, o juízo opta pelo indeferimento do pedido de produção de prova pericial contábil, sendo assim, os próprios acusados deverão trazer aos autos robustas provas, tanto testemunhais quanto documentais de que estavam absolutamente impossibilitados de cumprirem a sua obrigação em época própria.

Em alguns casos, os balancetes contábeis podem demonstrar que a empresa, por ocasião dos vencimentos das parcelas que deveriam ter sido recolhidas aos cofres da Previdência, vinha apresentando elevados prejuízos.

Tais prejuízos, muitas vezes, decorrem da inadimplência de clientes, da extorsiva política de juros praticadas pelas instituições financeiras, da excessiva carga tributária que incide sobre a produção, da concorrência “desleal” praticada por outras empresas que ingressam no mercado praticando preços abaixo do custo ou até mesmo por falhas na gestão da empresa.

Para a produção da prova é muito importante a apresentação ao juízo de documentos tais como cópias atualizadas de matrícula de imóveis, declaração de Imposto de Renda, relação de protestos e outros, através dos quais fique evidenciada a situação e a evolução patrimonial tanto da empresa quanto dos sócios.

Caso reste demonstrado que os sócios da empresa jamais desviaram os descontos efetuados dos empregados para seu patrimônio pessoal ou para a própria empresa, antes ao contrário, que vêm perdendo patrimônio pessoal para manter a empresa com as portas abertas – desconfigura-se o crime aludido.

A jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de absolvição mediante produção de provas cabais quanto a dificuldade econômica da empresa.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA RECOLHIDA DOS EMPREGADOS E NÃO REPASSADA AO INSS. CP. ART. 168-A. DIFICULDADES FINANCEIRAS COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. (TRF 4ª Região - PR. 8ª Turma. Apelação Criminal Autos nº 2003.70.00.025988-6. Julg. 06/06/2007. Juiz Relator ELOY BERNST JUSTO D.E. DATA: 18/07/2007.)

Contudo, é importante ressaltar que, não raras vezes, tais argumentos são trazidos aos autos pelos devedores ou por seus advogados apenas em sede de recurso aos Tribunais Superiores, quando, via de regra, não mais é permitida a apreciação do conjunto probatório e nestes casos, as decisões são no sentido de se manter a condenação.

6 EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRESCRIÇÃO

A prescrição é um instituto que visa dar uma limitação temporal ao direito que o Estado tem de punir, o *ius puniendi*.

No crime de apropriação indébita previdenciária o início da contagem do prazo prescricional somente ocorrerá após a decisão no processo administrativo e, normalmente, o Ministério Público apresentará a denúncia após o encerramento e a decisão final da ação fiscal.

Quando se pensa em aplicação da prescrição, antes da prolação da sentença, deve-se calcular o lapso temporal pela pena máxima em abstrato, que é de 5 anos. Desta forma, aplicando o art. 109 do Código Penal, caso houvesse transcorrido mais de 12 anos entre os fatos e o recebimento da denúncia poder-se-ia falar em prescrição da pretensão punitiva do Estado, ou seja, teria ocorrido a prescrição da ação penal.

Convém ao defensor analisar se pode pugnar pelo reconhecimento da extinção da punibilidade mediante o pedido do reconhecimento da prescrição retroativa conforme disciplinado pelo artigo 107, IV, 109, V, par. 1º, 117, I do Código Penal e pela Súmula 497 do STF.

STF Súmula nº 497 - 03/12/1969 - DJ de 10/12/1969, p. 5931; DJ de 11/12/1969, p. 5947; DJ de 12/12/1969, p. 5995. Crime Continuado - Prescrição - Pena Imposta na Sentença - Acréscimo Decorrente - Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pelo cálculo da pena aplicada ao caso concreto, pode-se verificar a possibilidade de arguir ou até mesmo de haver por parte do juízo a aplicação de ofício da prescrição da pretensão executória, conforme exemplo do julgado a seguir:

CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. LAPSO TEMPORAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL. (STJ. 5ª Turma. RESP. N° 929.692/PE. Rel. Min. Laurita Vaz. Julg. 28/06/07)

Desta forma, embora possa ser reconhecida de ofício pelo julgador, é sempre muito importante que a defesa pugne pelo reconhecimento da prescrição, o que pode ocorrer em qualquer fase processual ou instância.

7 PAGAMENTO OU PARCELAMENTO

Constatada a prática da apropriação indébita previdenciária, caso o sujeito passivo disponha da importância devida, poderá efetuar o pagamento, situação em que considerar-se-á extinta a sua punibilidade, conforme o artigo 168-A, § 2º, do Código Penal:

Art. 168, § 2º. É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

Restava controversa a interpretação acerca da aplicação do dispositivo legal, pois alguns entendiam que o início da ação fiscal referir-se-ia ao início da fiscalização na esfera administrativa. Outros entendem que se trata da ação executiva fiscal no âmbito judicial.

Sobreveio então, a Lei n. 10.684/2003, artigo 9º, que se aplica ao crime de apropriação indébita previdenciária, inclusive de forma retroativa, por ser mais benéfica, de forma que ocorre a suspensão da pretensão punitiva enquanto perdurar o parcelamento e a extinção da punibilidade do sujeito passivo pelo pagamento integral do débito junto à Previdência Social.

A legislação, desta forma, propicia que, ao final do parcelamento ou com o pagamento integral do débito, seja extinta a punibilidade do agente.

Acerca do pagamento, existem ainda entendimentos doutrinários interessantes como o de Jefferson Aparecido Dias (2006, p. 114) que afirma o seguinte:

Assim, quando o agente, que deixou de recolher à Previdência Social as contribuições descontadas dos segurados, posteriormente efetua o pagamento do valor correspondente à quantia que descontou, a sua conduta perde o efeito naturalístico, e o fato é, portanto atípico por ausência de afetação ao bem jurídico tutelado na norma de direito penal, mesmo que ainda sejam devidos os acessórios decorrentes do pagamento em atraso.

Em diversas oportunidades o Estado ofereceu aos contribuintes em débito com a Fazenda a oportunidade de aderir aos programas de recuperação fiscal, confessando e parcelando os seus débitos.

Ora, se tal possibilidade foi ofertada aos contribuintes, significa dizer que houve anuência e a novação da dívida.

O Refis, Lei n. 9.964/2000 admitiu a inclusão de todos os débitos tributários no parcelamento, já o PAES, Lei n. 10.684/2003, em razão do veto do Presidente da República, não admitiu a inclusão dos valores que, descontados dos segurados, não foram recolhidos no prazo legal.

No ano de 2009, com a promulgação da Lei n. 11.941, novamente os devedores tiveram a opção de parcelar os seus débitos e inclusive houve a permissão de parcelamento do INSS descontados de empregados.

Desta forma, imediatamente, aqueles devedores que respondiam criminalmente por apropriação indébita previdenciária, ao optarem pelo parcelamento, puderam obter o trancamento das ações penais.

Entretanto, ao promulgar a Lei n. 12.382/2011, sobre o Salário Mínimo, o legislador incluiu normas de direito penal e tributário que novamente trazem dificuldades aos empresários que se tornaram inadimplentes junto à Previdência Social:

Art. 83. [...] § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. § 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. § 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. § 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz. (NR)

A Lei estabelece um marco temporal importante que é o recebimento da denúncia criminal pelo juiz. Ora, caso o pedido de parcelamento do débito tenha sido efetuado anteriormente ao recebimento da denúncia, o contribuinte terá a segurança de que ficará suspensa a pretensão punitiva do Estado, assim como estará suspensa a contagem do prazo prescricional. Também terá a certeza de que, efetuando o pagamento integral, estará extinta a sua punibilidade.

Por outro lado, caso já estiver em trâmite a ação penal, o contribuinte não teria qualquer benefício em optar pelo parcelamento do valor devido. Ou seja, a nova lei trouxe

ainda mais dificuldades ao empresário que se encontra em graves dificuldades financeira.

Resta aguardar, contudo, qual será o comportamento dos tribunais na interpretação e na aplicação desta nova lei, pois, embora já houvesse previsão expressa no § 2º, do 168-A, do Código Penal, de que somente haveria extinção da punibilidade do agente quando ele espontaneamente declarasse, confessasse e pagasse os valores devidos, inclusive com acessórios, antes do início da ação fiscal, em muitos julgados havia a extinção da punibilidade mesmo com o parcelamento e o pagamento posterior.

8 PERDÃO JUDICIAL

Jefferson Aparecido Dias (2005, p. 96) entende que, considerando o princípio da economia processual, ao verificar que é possível a aplicação do perdão judicial, o juiz deverá reconhecê-lo prontamente, independente da fase processual em que isso ocorra, rejeitando a denúncia, se for o caso.

Tal compreensão decorre da aplicação do parágrafo 3º, do artigo 168-A, que dispõe que o juiz pode deixar de aplicar a pena ou aplicar apenas multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que o mesmo tenha promovido o pagamento das contribuições sociais, inclusive acessórias antes do oferecimento da denúncia ou que o valor seja inferior ao mínimo estabelecido pela Previdência para o ajuizamento de execuções fiscais.

Para a obtenção de tal benefício, incumbe à defesa promover a juntada de certidões negativas criminais, demonstrar ter residência fixa, bons antecedentes e a evolução patrimonial do acusado provando que o mesmo não se apropriou dos valores que não foram repassados à Previdência Social.

9 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL

O crime previsto no artigo art. 168-A, § 1º, inciso I é o de deixar de recolher, no prazo legal, contribuição destinada à previdência social descontada de pagamentos efetuados a segurados.

Ocorre que, na maioria das vezes, os denunciados deixaram de recolher as contribuições descontadas de seus empregados pelo singelo motivo de que tais contribuições não foram pecuniariamente descontadas dos mesmos e a explicação se deve pelo simples fato de não existir, naquele momento, dinheiro em caixa, na empresa.

A empresa que declara que deve tais contribuições e confessa tal débito, contudo, muitas vezes não pode proceder o desconto porque não procedeu o pagamento. Ora, não pagou porque não tinha dinheiro em caixa e, portanto, pela simples aplicação do raciocínio lógico, depreende-se que não houve o desconto.

É evidente que se o empresário não descontou o dinheiro, também não o aplicou em finalidade diversa. O que ocorreu é que a empresa conseguiu obter dinheiro somente para pagar as parcelas relativas aos salários (considerando a função social dos mesmos). Daí a decorrência lógica e necessária do reconhecimento da inexistência do crime de apropriação indébita porque é impossível apropriar-se de algo (dinheiro) que não existe – embora seja reconhecido como devido à Previdência.

Nesta situação, afigura-se bastante injusto o encarceramento do empresário que deixou de recolher aos cofres da previdência valores dos quais não dispunha.

A Constituição Brasileira em seu artigo 5º, inciso LXVII assim dispõe: não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Entretanto, hoje, nem mesmo o depositário infiel poderá ser encarcerado porque o nosso ordenamento jurídico recepcionou o Pacto de San José de Costa Rica que não admite prisão civil por dívida, exceto se for por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Contudo, apesar de a doutrina majoritária se manifestar e pugnar pela inconstitucionalidade da prisão com fulcro no artigo 168-A do Código Penal, diverso tem sido o entendimento dos Tribunais:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. 3. Tratando-se de crime de apropriação indébita previdenciária, não há falar em prisão civil, mas em prisão de caráter penal. (STF. AI 675619AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-11 PP-02145)

Tais decisões tornam ainda mais relevante o trabalho que o operador do direito deve desenvolver, desde o início da constatação do suposto ilícito, para não permitir que o Estado possa aplicar aos cidadãos que trabalham com boa-fé e que infelizmente deparam-se com dificuldades financeiras sejam encarcerados como se estivessem vivendo na Idade Média.

10 CERCEAMENTO DE DEFESA – NULIDADE PROCESSUAL

Em algumas situações fáticas pode ser necessário requerer ao juízo a produção de prova pericial na contabilidade da empresa para que fique demonstrado, cabalmente, a autoria da gestão que determinou tal opção administrativa.

O indeferimento da prova pericial, o que é bastante comum, pode caracterizar cerceamento de defesa, pois, em situações concretas, alguns dos gestores acusados podem não ter acesso à documentação contábil da sua própria empresa como, por exemplo em casos de sucessão na empresa, litígio entre os sócios, encerramento das

atividades, quando os documentos tenham permanecido em poder de algum dos sócios ou administradores dentre outras.

Nessas hipóteses, o indeferimento causaria prejuízo irreparável ao acusado.

Deferida ou não a prova pericial, incumbe à parte tentar demonstrar, de forma bastante contundente, que estava impossibilitada de quitar as suas obrigações perante o INSS em virtude das adversidades financeiras vivenciadas na época em que os recolhimentos não foram efetuados.

Para que o delito previsto artigo 168-A, parágrafo 1º, inciso I, do Código Penal, reste configurado (como também em qualquer crime), é absolutamente necessário e imprescindível que o agente tenha a intencionalidade de ocasionar prejuízo ao erário.

Através do artigo 13 do Código Penal, que trata da relação de causalidade, o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou a Teoria Finalista da Ação, quando se analisa a conduta do agente.

Nesta teoria, todo o comportamento de um homem tem uma finalidade. A conduta é uma atividade final humana e não tem comportamento simplesmente casual. Para os finalistas, a finalidade da conduta do agente, no crime doloso, é a efetiva vontade de concretizar um fato ilícito.

Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete “O conteúdo da vontade está na ação, é a vontade dirigida a um fim, e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente” (2003, p. 103).

Notoriamente o Brasil esteve, durante muitos anos, envolto em graves crises econômicas, houve enormes flutuações de câmbio, prática de taxas de juros extorsivas, abertura do mercado aos produtos provenientes dos países asiáticos, aumentos injustificados de matérias primas que acabaram por minar as expectativas de incontáveis empresários em nosso País.

Provar que, em nenhum momento, houve qualquer intenção dos acusados em ludibriar o Fisco e que todas as contribuições foram confessadas e que tenham sido declaradas em momento próprio também é uma conduta oportuna.

Deve-se tentar demonstrar ao juízo que os acusados não conseguiram arcar com suas obrigações por conta de evidentes e graves dificuldades financeiras. Que a empresa tinha que optar entre manter a sua atividade produtiva, pagando os salários de seus empregados (ou seja, cumprindo a sua função social) ou fechar as portas e causar um “rombo” financeiro ainda maior, em virtude da necessidade de realizar os pagamentos relativos aos direitos trabalhistas que decorreriam, e que seriam impagáveis, gerando um prejuízo ainda maior aos sócios, prejuízo incalculável aos funcionários e também ao erário porque inviabilizaria definitivamente qualquer expectativa de poder receber os valores em atraso.

Infelizmente, ao longo da história, a política econômica brasileira foi, muitas vezes, realizada no intuito de salvar grandes empresas e de sacrificar os pequenos e médios empresários, impedindo a obtenção de créditos e impedindo até a adoção de qualquer medida assecuratória às empresas que tencionavam continuar suas

atividades e manter seus empregados trabalhando.

Historicamente o governo prefere pressionar os contribuintes, impondo severos tributos, deixando de observar a importância da manutenção de empresas, e por consequência a manutenção do emprego dos trabalhadores.

O artigo 168-A do Código Penal, recepcionando a Teoria Finalista da Ação, requer imprescindivelmente o dolo na conduta do agente – o que, em muitas situações, não ocorre.

É possível encontrar decisões dos Tribunais no sentido de se afastar o decreto da condenação criminal quando houver situações como a narrada no presente artigo:

PENAL – NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – LEI 8.212, ART. 95, D – LEI Nº 9983/2000 – MATERIALIDADE – COMPROVAÇÃO – DOLO – NECESSIDADE – REAL CAPACIDADE DE AGIR – PRECEDENTES – [...] é imprescindível a comprovação do dolo consistente na vontade de apropriar-se dos valores não recolhidos à Previdência, ou ainda, desviá-los para outros fins, sendo o *animus rem sibi habendi* de sua essencialidade. [...] (TRF 2ª R. – ACR 2000.02.01.053709-7 – RJ – 4ª T. – Rel. Juiz Rogério Carvalho – DJU 19.06.2001).

Entretanto, contrariando os ensinamentos da doutrina, caso o julgamento chegue aos Tribunais Superiores e, em decorrência da impossibilidade de, naquela instância, se produzir reexame da matéria fático-probatória, tem-se verificado uma grande tendência a não se exigir o *animus rem sibi habendi*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DESNECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DO *ANIMUS REM SIBI HABENDI*. (...) DIFICULDADES FINANCEIRAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA IMPRÓPRIA. SÚMULA N.º 7/STJ. (STJ. AgRg no Ag 1069849/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 15/12/2009).

Portanto, a defesa, desde o processo administrativo, deverá demonstrar, através de farta documentação, a real situação financeira da empresa, valendo-se, inclusive, de outras tutelas judiciais específicas – tais como a exibição de documentos ou a prestação de contas – para reunir tais provas e apresentá-las às autoridades fiscais ou ao juízo na primeira oportunidade de defesa.

CONCLUSÃO

Hoje, o crime de apropriação indébita previdenciária é grave e o recolhimento pontual das parcelas que foram descontadas dos empregados e o repasse ao INSS é conduta que deverá ser observada por todos os empresários.

Infelizmente nem sempre isto é possível e o legislador, deixando de observar a Constituição Federal, ao invés de fiscalizar os gastos públicos e combater a corrupção, ao tornar crime a apropriação indébita previdenciária, tenta coagir os empresários, sob a pena de prisão, a recolher, pontualmente, elevada carga tributária que incide sobre a folha de pagamento dos salários.

Deste modo, caso a empresa enfrente alguma adversidade que impossibilite tal recolhimento com pontualidade, incumbe ao empresário demonstrar documentalmente toda a origem da problemática que o conduziu ao estado de insolvência. A defesa deverá, portanto, na primeira oportunidade, atacar todos os pontos possíveis visando a absolvição do acusado, pois apesar das construções doutrinárias avançadas, o posicionamento dos tribunais superiores tem sido bastante conservadores.

O ideal seria que o processo executivo fiscal fosse célere o suficiente para alcançar de forma bastante veemente o patrimônio, inclusive pessoal, daqueles administradores que voluntariamente optam por desviar o dinheiro descontado das contribuições previdenciárias dos seus funcionários para seu patrimônio pessoal ou para o patrimônio da empresa.

Entretanto, nenhum benefício traz ao país ou a própria previdência o apenamento com reclusão daquele empresário ou administrador que, por algum motivo justo e comprovado, tenha deixado de efetuar tais recolhimentos.

Apesar de os tribunais terem se manifestado no sentido de que não se trataria de uma prisão civil, é possível discordar de tal posicionamento ante a real dificuldade enfrentada e demonstrada por inúmeros pequenos empresários, que são econômica e tecnicamente hipossuficientes, ante a gigantesca quantidade de leis, normas, regulamentos e portarias que precisam atender cotidianamente na administração de seus empreendimentos.

Ao que parece, tais empresários, via de regra, também são hipossuficientes quanto à gestão contábil de suas empresas e inclusive quanto à possibilidade de produzirem uma defesa técnica competente o suficiente, em juízo, para demonstrarem a sua impossibilidade real de efetuarem os recolhimentos à previdência social.

Caso, entretanto, consigam demonstrar tais impossibilidades, não é incomum os julgadores converterem a pena de reclusão em restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade ou mesmo em absolvição – como forma de proporcionar ao empresário a continuidade de suas atividades produtivas e inclusive como uma forma de deixar de aplicar a pena de reclusão que – em alguns casos - se afigura injusta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Legislação brasileira**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislação>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AI 699103 AgR. Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 17/08/2010. **DJe**, n. 173, divulgado 16 set. 2010, publicado 17 set. 2010. Ementa, v. 02415-05, p. 01028. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, Habeas Corpus nº 98021, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/06/2010. **DJe**, n. 149, divulgado em 12 ago.2010, publicado 13 ago. 2010. Ementa, v. 02410-03, p. 00516. RMDPPP, v. 7, n. 37, p. 99-105, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma, Habeas Corpus nº 100004, Relatora: Min. Ellen Gracie, julgado em 20/10/2009. **DJe**, n. 223, divulgado 26 nov. 2009, publicado 27 nov. 2009. Ementa, v. 02384-03, p. 00574, RIOBTP, v. 21, n. 247, p. 161-166, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, Agravo Interno 675619 AgR, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 09/06/2009. **DJe**, 121, divulgado 30 jun. 2009, publicado 01 jul. 2009. Ementa, v. 02367-11, p. 02145. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Quinta Turma, REsp 1113735/RS, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 02/03/2010. **DJe**, 29 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Sexta Turma, REsp 875.897/CE, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo Gallotti, julgado em 04/11/2008. **DJe**, 15 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **RESP. Nº 929.692/PE**. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em 28/06/07. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Quinta Turma, EREsp 412.278/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 23/06/2008. **DJe**, 04 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Quinta Turma, AgRg no Ag 1069849/MG, Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 19/11/2009. **DJe**, 15 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Sexta Turma, RHC 20.109/MG, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 01/09/2009. **DJe**, 19 out. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1º Região. Apelação Criminal 1998.38.01.006988-0 – 3ª Turma – Relator: Des. Fed. Tourinho Neto. Julgado em 22/02/2005. **DJU**, 04 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. – Apelação Criminal nº 2000.02.01.053709-7 – RJ – 4ª Turma – Rel. Juiz Rogerio Carvalho – **DJU**, 19 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/>>. Acesso em: out. e nov. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região - PR. Apelação Criminal nº 2003.70.00.025988-6. 8ª Turma. Juiz Relator: Eloy Bernst Justo Julg. 06/06/2007. **D.E.**, 18 jul. 2007. <<http://www.trf4.gov.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ACR 2007.71.10.003448-1, Oitava Turma, Relator: Victor Luiz dos Santos Laus. **D.E.**, 05 out. 2010. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

CASTRO, Wellington Cláudio Pinho de. Lei 9983/00: crime de apropriação indébita previdenciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1496>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Crime de apropriação indébita previdenciária**. Curitiba: Juruá, 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte especial. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

MIRABETTE, Julio Frabini. **Manual de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

SUZUKI, Eliseu Ioshito. **Apropriação indébita previdenciária e o princípio da legalidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

Recebido em: Março/2011

Aceito em: Maio/2011