

ASPECTOS PENAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL*

Marcello Cinelli de Paula Freitas**

INTRODUÇÃO

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes¹, quatro são os crimes clássicos contra a previdência social: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental e estelionato. A Lei 9.983/00 cuidou dos três primeiros. Não disciplinou o último, que continua assim previsto no artigo 171 e seu § 3.º do Código Penal.

Percebe-se, de pronto, que os principais crimes contra a Previdência Social, não constituem figuras desconhecidas. O estelionato e a falsificação de documentos, há muito, encontram-se disciplinadas no Código Penal, enquanto que da sonegação e da apropriação indevida de tributo cuida a Lei n.º 8.137/90. No entanto, tais crimes têm sido tratados pela legislação previdenciária com algumas diferenças em sua configuração; uma delas é exatamente por serem cometidos contra a Previdência Social.

Assim, optamos neste trabalho a analisar a modificação legislativa e suas principais implicações com relação aos denominados "crimes clássicos".

PRECEDENTES LEGAIS

No que toca à apropriação indébita de tributo, o Decreto-Lei n.º 65/37, em seu artigo 5.º, previa uma modalidade desse crime, agora denominada apropriação indébita previdenciária. Dizia o referido dispositivo legal:

"Art. 5.º - O empregador que reter as contribuições recolhidas de seus empregados e não recolher na época própria incorrerá nas penas do art. 331, n. 2, da Consolidação das Leis Penais, sem prejuízo das demais sanções estabelecidas neste decreto-lei".

Importante anotar que a Consolidação das Leis Penais, de 1932, mencionada no artigo transcrito, era uma espécie de Código Penal da época (Decreto n.º 22.213, de 14 de dezembro de 1932).

* Trabalho produzido no Curso de Mestrado em Direito Administrativo, da Universidade Gama Filho.

** Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

1 Gomes, Luiz Flávio. **Crimes previdenciários: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 11.

O artigo 331, n.º 2, ao qual se refere o dispositivo previdenciário, disciplinava o chamado crime de furto por equiparação, mas, na verdade, cuidava-se do crime de apropriação indébita, enquanto que o de furto propriamente dito era previsto no artigo 330. Confira-se:

"Art. 331 - É crime de furto, sujeito às mesmas penas e guardadas as disposições do artigo antecedente:

1 - (...)

2 - Apropriar-se de coisa alheia que lhe houver sido confiada, ou consignada por qualquer título, com a obrigação de a restituir, ou fazer dela uso determinado".

Em 26 de agosto de 1960, foi promulgada a Lei 3.807 (Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS), dispondo sobre a Previdência Social, a qual estabeleceu:

"Art. 86 - Será punida com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de outras quaisquer importâncias devidas às instituições e arrecadadas dos segurados ou do público.

Parágrafo único - Para os fins deste artigo, consideram-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores das empresas incluídas no regime desta Lei".

Posteriormente, em 1966, a Lei 3.807/60 foi alterada em seu art. 155, o qual, no inciso I, equiparou certas condutas ao crime de sonegação fiscal, então tipificado na Lei n.º 4.729/65; no inciso II, equiparou algumas condutas ao crime de apropriação indébita (art. 168 do CP); no inciso III, equiparou outras condutas ao crime de apropriação indébita (art. 168 do CP); no inciso III, equiparou outras condutas à falsidade ideológica (art. 299 do CP); e, finalmente, definiu outros tipos de condutas como estelionato (art. 171 do CP).

Assim, quando da instituição do chamado crime de sonegação fiscal (Lei n.º 4.729/65), de há muito (desde 1937²), já havia previsão do crime agora denominado apropriação indébita previdenciária.

Com o advento da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo) houve a revogação tácita das figuras anteriores de apropriação indébita. Segundo esta Lei, constitui crime contra a ordem tributária "deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos" (art. 2.º, II, c/c o art. 1.º, *caput*).

2 Teixeira, Francisco Dias. Crime contra a Previdência Social em face da Lei n.º 9.983/2000. **Boletim dos Procuradores da República** - Ano III - n.º 30, Outubro 2000, p. 3.

A Lei 8.212/91, em seu artigo 95, regulou inteiramente a matéria e, por conseguinte, resultou revogada a legislação anterior.

Por sua vez, o prefalado artigo 95 foi revogado expressamente pela Lei 9.983/2000, com exceção de seu § 2.º, e inseriu no Código Penal os mesmos tipos previstos no artigo referido, concernentes a condutas lesivas à Previdência Social. A questão agora passou, então, a ser regulada inteiramente no Código Penal.

Para Francisco Dias Teixeira³, a nova técnica revela uma opção política do legislador, objetivando, por um lado, dar maior visibilidade aos crimes praticados contra a Previdência Social, e, por outro lado, colocar essas figuras penais a salvo da instabilidade a que estavam sujeitos na lei previdenciária. Também, sob o aspecto simbólico, parece que sua inserção no Código Penal confere ao tipo um status mais elevado na escala da reprovabilidade da conduta.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

A redação do artigo 95, alínea "d", da Lei n.º 8.212/91, no qual eram previstos os crimes praticados em detrimento da previdência social, é a seguinte:

"Art. 95 - constitui crime:

(...)

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público;"

A jurisprudência dos tribunais federais inclinou-se no sentido de que a referida conduta era modalidade de apropriação indébita, exigindo para a configuração do delito a presença do elemento volitivo consistente no animus de ter para si os valores não recolhidos (*animus rem sibi habendi*). Conseqüentemente, se não restasse comprovado esse elemento anímico, por sinal, de difícil comprovação, a conduta era atípica e o acusado absolvido.

Havia, em de outra banda, a tese que reconhecia o tipo como autônomo, e não modalidade de apropriação, cuidando-se de crime omissivo puro (ou próprio) que prescinde da intenção de apropriar-se dos valores não recolhidos. Com base nessa jurisprudência, a simples conduta de o agente arrecadar a contribuição do empregado e não recolher aos cofres da previdência, independentemente da destinação dada a esses recursos, configura o crime.

Com a edição da nova Lei, permanece viva a discussão. Se o legislador optou por tipificar a conduta como modalidade de apropriação indébita e atribuiu ao tipo o título

3 *Op. cit.*, p. 3.

de apropriação indébita previdenciária, decerto, não faltarão argumentos para tentar manter o antigo entendimento jurisprudencial que exigia a presença do *animus rem sibi habendi* para a configuração do delito, como será detalhadamente examinado mais adiante.

Atualmente, são formas de realização do delito de apropriação indébita previdenciária:

- deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional;
- deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;
- deixar de recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;
- deixar de pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

Impende observar que os tipos referem-se somente à contribuição previdenciária, isto é, espécie de contribuição para a seguridade social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social e destinada a custear a prestação da previdência social e da assistência social, formando o Fundo de Previdência e Assistência Social - FPAS (art. 167, inciso XI, da Constituição Federal).

Destarte, o sujeito passivo é o ESTADO, na figura da Previdência Social Pública - Regime Geral de Previdência Social.

Como visto, retornando à polêmica, sob a égide do artigo 95, "d", da Lei 8.212/91, parte dos autores salientava que se tratava de delito omissivo próprio ou misto ou de mera conduta. Afirmava-se que o crime em destaque encartava-se nas definições do delito *omissivo próprio* pois o que estava previsto era um não fazer o que a lei determina.

Nesta linha, afirmava-se que a omissão era relevante na medida em que o recolhimento é obrigação imposta por lei. O não repasse de contribuição já descontada seria

4 Castro, Wellington Cláudio Pinho de. Lei 9.983/2000: crime de apropriação indébita previdenciária. In *Jus Navegandi*, n.º 44, elaborado em 07.2000. p. 2.

5 Segundo Julio Fabrini Mirabete, em sua obra *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, vol. 1, editora Atlas, 8.ª edição, São Paulo, 1994, p. 124, "*Crimes omissivos (ou omissivos puros) são os que objetivamente são descritos como uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina, consistindo a omissão na transgressão da norma jurídica e não sendo necessário qualquer resultado naturalístico. Para a existência do crime basta que o autor se omita quando deve agir*".

6 TRF 3.ª Região. AP 97.03.085310-2-SP, rel. Theotonio Costa, DJU 2.ª Seção de 15.08.2000, pp. 211-12.

crime omissivo, mas também de mera conduta; não exige resultado naturalístico. A ocorrência de um dano ao sistema previdenciário seria um mero exaurimento, sem relevância à configuração do delito.

Em direção oposta, defende Celso Kipper⁷ que as condutas descritas no crime de apropriação indébita previdenciária são substancialmente diferentes da conduta do crime de apropriação indébita; este é comissivo, pois consiste na prática de um fato que a norma penal proíbe (apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção). O delito de apropriação indébita previdenciária, ao contrário, é e sempre foi omissivo (a falta de recolhimento, deixar de recolher) de um fato que a norma penal ordena.

Luiz Flávio Gomes⁸ não concorda com o pensamento doutrinário exposto. Para o jurista, não pode existir crime de simples desobediência ao comando normativo. O bem jurídico tutelado é o patrimônio do INSS, pelo que seria inconcebível centrar a infração penal no "regular recolhimento" do que é devido à autarquia. Prossegue ele aduzindo que todo delito pressupõe lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico e que o injusto penal não pode se esgotar na antinormatividade, sob pena de se conceber o delito como mero desvalor da ação, ignorando-se por completo o desvalor do resultado.

Parece-nos, respeitando as abalizadas vozes em contrário, que a razão está com Luiz Flávio Gomes, já que não se trata de considerar como bem jurídico qualquer dever moral de cumprimento das obrigações previdenciárias, tampouco cabe vislumbrar no delito de apropriação indébita uma simples desobediência à norma.

O crime não é de perigo e sim de lesão, razão pela qual restará configurado quando resultarem frustradas as expectativas arrecadoras da previdência social. Classifica-se, ademais, como crime comissivo de conduta mista e não puramente omissivo, uma vez que em primeiro lugar há um comportamento ativo, atípico (porque realizado com dolo), que consiste em "recolher as contribuições dos contribuintes" ou "descontar a contribuição" ou "inserir-las nas despesas contábeis ou custos" ou, ainda, "receber o reembolso da previdência social". Em momento posterior nasce o comportamento omissivo: deixar de repassar ou deixar de recolher ou deixar de pagar.

Nesta linha de raciocínio, consuma-se o crime no momento da expiração do prazo legal – ou convencional – para repassar ou recolher a contribuição devida ou pagar o

7 Celso Kipper, *Breves considerações sobre o não-recolhimento de contribuição previdenciárias*, apud Baltazar Júnior, *Direito Previdenciário, aspectos materiais, processuais e penais*, p. 292.

8 *Op. cit.*, pp. 26-7.

9 Mirabete, *op. cit.*, p. 124: "Fala-se também em crimes de condutas mista, em que no tipo penal se inscreve uma fase inicial comissiva, de fazer, de movimento, e uma final de omissão, de não fazer o devido. Exemplo clássico se encontra no art. 169, II, que trata do crime de apropriação de coisa achada. Na primeira fase o agente se apossa da coisa alheia perdida, mas o crime somente ocorre se, dentro do prazo de 15 dias, o autor não a restituiu ao legítimo possuidor ou não a entrega à autoridade competente".

benefício devido a seguro e reembolsado à empresa pela previdência social, desde que presente, nesse momento, um especial *animus rem sibi habendi*¹⁰, que não significa enriquecimento ou aumento patrimonial, senão a consciência inequívoca de que deveria ter repassado certa quantia para a previdência e não repassou, apesar de ter condições para fazer isso. Sabia que tinha que repassar e não repassou. Podia repassar e não repassou¹¹. Ou seja, dá-se a apropriação indébita previdenciária no momento posterior em que o sujeito muda o título da posse ou detenção da coisa, passando a dispor dela, depois de vencido o prazo legal.

Como já foi acentuado, no crime de apropriação indébita previdenciária, é preciso que haja a real possibilidade ou capacidade de agir, exatamente por não ser lícito obrigar alguém a repassar, recolher ou pagar sem que tenha meio pessoal de fazê-lo. Na dicção de Juarez Tavares¹², "se o sujeito não possui dinheiro, não se omite de pagar o débito; se não sabe realizar certa atividade, em face de seu desconhecimento ou deficiência de formação, não pode ser obrigado a assumi-la pessoalmente; se não detém a informação, porque esta se encontra inacessível, ou na posse de terceiro desconhecido ou de alguém que se recusa a fornecê-la, não se omite de prestá-la".

Verifica-se, em resumo, que somente responde pelo delito de apropriação quem podia agir de modo diverso.

Tem a jurisprudência admitido, comprovada a total indisponibilidade ou dificuldade financeira da empresa, caracterizando uma situação anormal, inusitada, a absolvição do agente por "inexigibilidade de conduta diversa"¹³ ou "causa de exclusão da tipicidade do crime"¹⁴.

10 Confira-se, neste sentido, TRF 2.ª Região – *Apelação Criminal 1999.02.055691-9/RJ* (DJU 03.10.2000, p. 90): "(...) 1 – Para a configuração do delito tipificado no art. 95, 'd', da Lei 8.212/91, é imprescindível o dolo do agente em apropriar-se ou desviar para outros fins os valores arrecadados a título de contribuições sociais e previdenciárias. 2 – Conforme se depreende da simples leitura do tipo, é indispensável que os valores não recolhidos aos cofres públicos tenham sido arrecadados pelo agente, não se punindo a simples omissão de não se proceder à arrecadação e posterior repasse...".

11 Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, pp. 30-1.

12 Juarez Tavares, *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 75.

13 Confira-se: TRF 2.ª Região, *Apelação Criminal 18.221/RJ 99.02.369* (DJU 09.11.2000, Seção 2, p. 56): "Penal. Contribuições Previdenciárias – art. 95, alínea 'd', §§ 1.º e 3.º, da Lei 8.212/91 – Não recolhimento – Causa supralegal de exclusão da culpabilidade – Ocorrência – Inexigibilidade de conduta diversa – Diretor-empregado – Ausência de elementos probatórios a indicar a participação dele do delito – Absolvição que se impõe".

14 Confira-se: TRF 4ª Região, *Recurso de Habeas Corpus Ex Officio 1999.70.00.029900-3/PR* (DJU 20.09.2000, p. 749): "(...) Considerando-se, entretanto, que a real possibilidade de agir faz parte da própria essência da conduta omissiva típica, o fundamento da absolvição deveria ser outro: falta de tipicidade do crime omissivo. Em outras palavras: a real capacidade de agir nos crimes omissivos integra a própria essência da tipicidade. Na ausência, o fato é atípico. E com isso dispensa-se a análise da culpabilidade".

Oportuno consignar que no caso de apropriação indébita previdenciária não existe modalidade culposa. A imputação só pode ser feita a título de dolo. O delito pressupõe a intenção definitiva de não restituir a coisa ou desviá-la.

A ação penal é pública incondicionada e deve ser proposta pelo Ministério Público Federal, permitindo-se a assistência do INSS¹⁵.

O § 2.º do artigo 168-A do Código Penal prevê extinção da 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 regulamento, antes do início da ação fiscal".

Segundo Luiz Flávio Gomes¹⁶, "Consolidada jurisprudência remarcava, antes do advento do novo texto legal, que o pagamento (recolhimento) das contribuições previdenciárias devidas antes do recebimento da denúncia implicava extinção da punibilidade, por força do art. 34 da Lei 9.249/95". Pagamento concretizado após o recebimento da denúncia, portanto, não possuía o efeito extintivo da punibilidade.

Portanto, a norma atual é bem mais rigorosa, vedada, desta forma, sua aplicação retroativa a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência e exige a declaração, confissão, pagamento e prestação de informações à previdência de acordo com a legislação previdenciária antes que o procedimento fiscal tenha início.

O termo "antes do início da ação fiscal" possibilita três entendimentos: (a) antes da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal - TIAF, documento que formaliza a visita do Auditor Fiscal da Previdência Social - AFPS à empresa¹⁷; (b) antes da Notificação Fiscal do Lançamento do Débito - NFLD; ou (c) antes do início da ação judiciária fiscal, a execução fiscal.

Para Marcelo Leonardo Tavares¹⁸, a hipótese estampada na alínea "c" acima há de ser descartada, pois a legislação tributária penal, quando deseja se referir à propositura da ação judicial executiva, utiliza o termo execução fiscal (artigo 98 da Lei 8.212/91 e

a própria Lei 9.983/2000). Do mesmo modo, a hipótese prevista na alínea "a" não pode vingar, já que o TIAF serve apenas para marcar formal e publicamente o início da visita do Auditor Fiscal à empresa, requisitando documentos e outros elementos para apreciação das contas. Mas não é com ele que se inicia a ação fiscal de cobrança administrativa. A ciência de cunho administrativo tem início com a ciência do contribuinte da notificação fiscal de lançamento do débito - NFLD (alínea "b" acima), ou documento similar, a partir de quando se marca prazo para oferecimento de defesa do débito. Até então, há tempo para a confissão da dívida de modo espontâneo, uma vez que o débito ainda não foi formalizado. Sendo assim, caberá extinção de punibilidade, caso haja pagamento até a ciência da notificação do débito pelo devedor.

Luiz Flávio Gomes¹⁹ espousa a tese deduzida, ressaltando, com muita propriedade, que não se pode interpretar o marco temporal máximo ("início da ação fiscal") como ato unilateral do Fisco, sob pena de se incentivar assustadoramente uma eventual corrupção.

O § 3.º do artigo 168-A do Código Penal prevê a possibilidade de concessão de perdão judicial ou de aplicação somente de pena de multa, desde que os seguintes requisitos estejam presentes: (a) o autor do delito seja primário - não reincidente; (b) tenha bons antecedentes; e (c) tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórias; ou (d) o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo²⁰ para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

O dispositivo, ressalte-se, exige o concurso dos requisitos da primariedade e bons antecedentes com um dos dois outros requisitos previstos nas alíneas "c" e "d" do parágrafo anterior.

O perdão judicial em virtude do limite mínimo para propositura do executivo fiscal não impede a aplicação do princípio da insignificância²¹, que, segundo a concepção material do tipo, afasta a própria tipicidade da conduta, autorizando, inclusive, a rejeição da denúncia (CPP, artigo 43, inciso I), como bem observa Wellington Cláudio Pinho de Castro²².

19 *Op. cit.*, p. 59.

20 Em relação ao limite mínimo para ajuizamento das execuções fiscais, deve ser tomado como referência o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), previsto no artigo 1.º, inciso II, da Portaria 289/97, do Ministério da Fazenda; conforme, também, MEMO/INSS/PG/N.º 36/1998 - vide Arena Filho, Paulo Ricardo. Observações sobre a aplicação do perdão judicial. *Boletim IBCCrim* n.º 96, ano 8, nov. 2000, p. 7.

21 Luiz Flávio Gomes leciona (*Op. cit.*, p. 66): "O ordenamento jurídico é composto de um sistema: se uma norma jurídica considera um determinado valor como irrisório para fins de inscrição da dívida, com maior razão isso significa que esse fato não conta com 'merecimento' para o castigo penal. Sendo a insignificância uma causa excludente da tipicidade, quando o valor do crédito previdenciário é ínfimo (até R\$2.500,00 - por força da MP 1.973-63, de 29.06.2000) o melhor caminho é a rejeição da denúncia...".

22 *Op. cit.*, p. 5.

15 Marcelo Leonardo Tavares, Crimes contra a previdência social. *Revista da Procuradoria-Geral do Inss* - 1993 - Trimestral. Brasília, MPAS/INSS, 2001. p. 17.

16 *Op. cit.*, p. 56.

17 Decreto 3.048/99, artigo 243: "Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes... § 2.º Recebida a notificação, a empresa, o empregador doméstico ou o segurado terão o prazo de 15 (quinze) dias para efetuar o pagamento ou apresentar defesa. § 3.º Decorrido esse prazo, será automaticamente declarada a revelia, considerado, de plano, procedente o lançamento, permanecendo o processo no órgão jurisdicionante, pelo prazo de 30 (trinta) dias, para cobrança amigável. § 4.º Após o prazo referido no parágrafo anterior, o crédito será inscrito em Dívida Ativa. § 5.º Apresentada a defesa, o processo formado a partir da notificação fiscal de lançamento será submetido à autoridade competente, que decidirá sobre a procedência ou não do lançamento, cabendo recurso na forma...".

18 *Op. cit.*, p. 18.

À vista do exposto, conclui-se que: (a) se o crédito previdenciário não superar o valor de R\$2.500,00, aplica-se o princípio da insignificância - que é causa de atipicidade; (b) se o crédito estiver entre R\$2.501,00 e R\$5.000,00 - mínimo para ajuizamento do executivo fiscal - admite o perdão judicial ou a aplicação exclusiva da multa; (c) quanto aos créditos que superam R\$5.000,00 haverá a incidência normal das sanções penais cominadas.

SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

O crime de sonegação de contribuição previdenciária, a partir da edição da Lei 9.983/2000, que alterou o Código Penal, passou a ser previsto no artigo 337-A.

Antes da entrada em vigor do dispositivo legal invocado, ou seja, no tempo do artigo 95 da Lei 8.212/91, podia-se sustentar que o crime de sonegação previdenciária encontrava tipificação na Lei 4.792/65, até 27.12.90 e, posteriormente, a Lei 8.137/90 (artigo 2.º) - que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Vale ressaltar que a Lei 8.212/91 (25 de julho), tipificou a conduta no artigo 95, alíneas "a", "b" e "c", sem contudo cominar pena.

Com a criação do crime específico da sonegação de contribuição previdenciária não podem mais ser invocadas tais Leis. O artigo 337-A está inserido na Parte Especial do Código Penal, no Título XI, Capítulo II, "Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral". Assim, a objetividade jurídica é o seu bom funcionamento; é a regular escrituração contábil no que se refere aos dados exigidos pela Previdência Social²³.

Na dicção de Marcelo Leonardo Tavares²⁴, as hipótese típicas pressupõem a supressão ou redução de contribuição social mediante omissão de segurados empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual²⁵ em folha de pagamento ou documento de informações; deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios de contabilidade as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou tomador de serviços; ou omitir receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

Para Luiz Flávio Gomes²⁶, trata-se de crime de conduta mista. Mais precisamente, crime comissivo de conduta mista. É comissivo porque a norma final é proibitiva (está proibido suprimir ou reduzir contribuição social). Mas ao mesmo tempo a forma de realização das condutas é omissiva. O que está proibido, no final, não é só o ato da

23 Antonio Lopes Monteiro. **Crimes contra a previdência social: lei n.º 9.983, de 14 de julho de 2000: texto, comentários e aspectos políticos.** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 55.

24 *Op. cit.*, p. 21.

25 Impropriedade de utilização dos termos "empresário, trabalhador autônomo ou a este equiparado", segurados que passaram a ser denominados indiscriminadamente como "contribuinte individual" na Lei n.º 9.876/99.

26 *Op. cit.*, p. 81.

omissão. Mais que isso: é preciso que da omissão surja um resultado jurídico: supressão ou redução da contribuição devida. Assim o bem jurídico resulta lesionado.

O sujeito passivo aqui, como ocorre com o crime de apropriação indébita previdenciária, é somente a Previdência Social e não a Seguridade Social como um todo²⁷, enquanto que o sujeito ativo é somente aquele que tem obrigação legal de cumprir as condutas descritas; crime próprio: requer uma especial qualidade do sujeito ativo.

Tal como ocorre com a apropriação indébita previdenciária, o crime é de ação pública incondicionada, permitindo-se a assistência do INSS.

Mencionando o tipo penal os verbos *suprimir* ou *reduzir* contribuição previdenciária e qualquer acessório, se exige a lesão para consumação do delito. Neste sentido, Antônio Lopes Monteiro²⁸ destaca que o crime deve ser material e de dano. Da mesma forma, devemos dizer que não basta o dolo genérico para configurar o tipo subjetivo. Toda a tradição de nosso Direito, em termos de sonegação fiscal, exige que a conduta tenha a finalidade específica de sonegação, e não outra.

Logo, exige-se à configuração do tipo uma particular intenção, que constitui um elemento subjetivo do injusto. Tampouco existe crime a título de culpa.

O § 1.º do artigo 337-A do Código Penal prevê extinção da punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as 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.

Note-se que, ao contrário do que ocorre no crime de apropriação indébita previdenciária, não se exige o pagamento do tributo, porquanto o relevante para a legislação penal é a omissão ou adulteração do fato gerador. Corrigida a conduta, restará mero inadimplemento, que não merece sanção criminal²⁹. Obviamente, todas as considerações tecidas quanto ao termo "*início da ação penal*" aplicam-se ao caso ora tratado.

27 "A Seguridade Social engloba um conceito amplo, abrangente, universal, destinado a todos que dela necessitem, desde que haja previsão na lei sobre determinada contingência a ser coberta. É, na verdade, o gênero do qual são espécies a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde (...). A Previdência Social vai abranger, em suma, a cobertura de contingências decorrentes de doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, mediante contribuição, concedendo aposentadorias, pensões etc. A Assistência Social irá tratar de atender os hipossuficientes, destinando pequenos benefícios a pessoas que nunca contribuíram para o sistema (ex. renda mensal vitalícia). A Saúde pretende oferecer uma política social e econômica destinada a reduzir riscos de doenças e outros agravos, proporcionando ações e serviços para a proteção e recuperação do indivíduo" (Sérgio Pinto Martins, **Direito da Seguridade Social**, editora Atlas, 16.ª edição, São Paulo, 2001, pp. 43-4).

28 *Op. cit.*, pp. 57-8.

29 Marcelo Leonardo Tavares, *op. cit.*, p. 21.

Conforme o § 2.º do artigo 337-A do Código Penal, é "facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (...) II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais".

Sobre os requisitos ao perdão judicial ou aplicação exclusiva de multa,³⁰ confira-se o que foi dito com relação ao crime de apropriação indébita previdenciária.

Existe, ainda, a hipótese de redução da pena no caso do empregador bagatelar³¹.

FALSIFICAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

No que se refere à falsidade previdenciária foram acrescentados dois parágrafos ao artigo 297 do Código Penal, com a seguinte redação:

"Art. 297 (...)

§ 3.º - Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir; (AC)

I - na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório; (AC)

II - na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita; (AC)

III - em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado. (AC)

§ 4.º - Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3.º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços." (AC)

Para Luiz Flávio Gomes³², só existe crime de falsidade de documento quando resulta afetado esse bem jurídico (fé pública), é dizer, se a específica função probatória sofre

30 (a) se o crédito previdenciário não superar o valor de R\$2.500,00, aplica-se o princípio da insignificância - que é causa de atipicidade; (b) se o crédito estiver entre R\$2.501,00 e R\$5.000,00 - mínimo para ajuizamento do executivo fiscal - admite o perdão judicial ou a aplicação exclusiva da multa; (c) quanto aos créditos que superam R\$5.000,00, haverá a incidência normal das sanções penais cominadas.

31 "Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$1.510,00."

32 *Op. cit.*, p. 85.

turbação. Não basta, portanto, para a consumação, a realização formal do tipo (ato de falsificar). Não basta uma genérica interferência na fé pública. É preciso uma específica afetação da função probatória do documento. Só nesse caso o documento falso ganha potencialidade lesiva.

Não discrepa desse entendimento Celso Delmanto³³, arrematando ser imprescindível que a falsificação seja idônea para enganar determinado número de pessoas, pois o falso grosseiro não traz perigo à fé pública. E que a falsificação seja capaz de causar prejuízo para outrem, pois o falso inócuo não configura o delito.

Extraí-se dos §§ 3.º e 4.º acima transcritos que as condutas que relevam a falsidade relacionadas com a previdência social é a ideológica, deflagrando o equívoco do legislador em situá-las no crime de falsidade material. Todavia, como a nova disciplina não equiparou os documentos previdenciários a públicos, tendo aproveitado somente "as penas" do artigo 297, o equívoco referido não acarreta maiores consequências.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, tratando-se de crime comum. O sujeito passivo é a previdência, que pode sofrer prejuízo diante das condutas falsas.

O § 3.º cuida de crime comissivo, na medida em que o agente insere ou faz inserir dados incorretos na folha de pagamento ou em outro documento de informação cujo objeto seja fazer algum tipo de prova perante a previdência social. Por seu turno, o § 4.º prevê o inverso das condutas anteriores. Aqui o crime é omissivo, ou seja, a empresa omite o nome dos segurados, dados pessoais, remuneração etc., falseando documentos mencionados nos itens anteriores³⁴.

O crime é punido apenas a título de dolo.

Encerrando os comentários a respeito do crime de falsificação previdenciária, restaram abordados os três grupos de infrações penais mais importantes contra a previdência social, introduzidos pela Lei 9.983/2000 (apropriação indébita, falsificação e sonegação).

ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO

A Lei 9.983/2000 não tratou do estelionato previdenciário, que continua regido pelo artigo 171 do Código Penal, com causa de aumento de pena do § 3.º.

Na fraude na obtenção de benefício previdenciário a lesão dá-se em face do patrimônio do INSS. O Supremo Tribunal Federal³⁵ já se manifestou no sentido de que, para

33 Celso Delmanto... (*et al.*). *Código Penal Comentado*, 5.ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 526.

34 Antônio Lopes Monteiro, *op. cit.*, pp. 70-1.

35 STF, HC 80.349, relator Ministro Marco Aurélio, 18.12.2000 - *Informativo STF* n.º 215, de 18-19 dez./2000 e 1-2 fev./2001, pp. 2-3.

fins de verificação do prazo prescricional, o crime caracteriza-se como instantâneo de resultados permanentes³⁶.

De fato, o estelionato é crime instantâneo, consumando-se com a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio. Cuidando-se de vantagem parcelada, há um só delito, alcançando o agente a consumação com a obtenção da primeira parcela. Deferido o benefício, forçoso convir que toda as demais parcelas são decorrência de um mesmo fato gerador, que já se consumou, realizou e concretizou. Nestas circunstâncias, tem aplicação o artigo 111 inciso I, do Código Penal³⁷, começando o prazo da prescrição da pretensão punitiva na data do recebimento da primeira parcela devida.

Outrossim, o entendimento da doutrina³⁸ e da jurisprudência³⁹ é no sentido de que em cada parcela indevida recebida há uma lesão patrimonial. A conduta fraudulenta é uma só, contudo os resultados jurídicos são diversos. Isso é o que se chama de concurso formal de crimes (CP, artigo 70⁴⁰) - uma só conduta produz vários resultados jurídicos. Impossível vislumbrar-se o crime continuado (CP, artigo 71⁴¹), porque sua primeira exigência é a pluralidade de condutas, que não está presente no recebimento continuado de benefícios previdenciários.

Tratando-se de concurso formal de crimes, o prazo prescricional da pretensão punitiva deve ser considerado com relação a cada crime isolado, na forma do artigo 119⁴² do Código Penal.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE AS DEMAIS ALTERAÇÕES

Como ressaltado na introdução do presente, a proposta principal é a de analisar apenas os quatro crimes clássicos previdenciários. Entretanto, cabe tecer breves comentários sobre as demais alterações introduzidas pela Lei 9.983/2000.

36 Júlio Fabrini Mirabete, *op. cit.*, p. 123: "Crimes instantâneos de efeitos permanentes ocorrem quando, consumada a infração em dado momento, os efeitos permanecem, independentemente da vontade do sujeito ativo".

37 "Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: 1 - do dia em que o crime se consumou; (...)".

38 Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 90.

39 TRF 3.ª Região - *Apelação Criminal 1999.03.99.005044-5* (DJU de 10.10.2000, Seção 2, p. 750)

40 "Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis..."

41 "Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes..."

42 "Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente".

As demais alterações do referido Diploma Legal referem-se a crimes contra a administração pública em geral, principalmente através da inclusão de tipos relativos a sigilo funcional e de dados de informática (arts. 313-A; 313-B; 153, §§ 1.º, A e 2.º; 325, §§ 1.º e 2.º; 296, § 1.º).

Com relação ao "peculato eletrônico" ou "peculato previdenciário", como batiza Antônio Lopes Monteiro, sabemos que ainda não há leis específicas que criminalizem condutas praticadas por meio de informática, valendo-nos do Código Penal para punilas (exceção apenas para a Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que protege o direito autoral ligado a software). O caso mais comum é o da pedofilia. Portanto, nesse sentido a Previdência se antecipou.

Por fim, a Lei 9.983/2000 ampliou o conceito de funcionário público do artigo 327, § 1.º, do Código Penal, para incluir quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica da Administração Pública, adaptando o Código à reforma administrativa do Estado.

CONCLUSÃO

Percebe-se que a antiga redação do artigo 95 da Lei 8.212/91, no qual eram previstos os crimes praticados em detrimento da previdência social, não era de boa técnica, pois se limitava a enunciar o preceito (remarque-se, mas não cominava sanção), trazendo discussão acalorada sobre sua aplicabilidade em função do princípio da legalidade que impede a aplicação de pena, sem prévia cominação legal.

O § 1.º do mencionado dispositivo fez remissão à pena cominada no artigo 5.º da Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional) tão-somente às alíneas "d", "e" e "f". Nesta ordem de idéias, existiam com a natureza de uma mera recomendação moral os "crimes" que estavam formalmente descritos nas demais alíneas do antigo art. 95 ("a", "b", "c" etc.). Muitas das alíneas antigas se transformaram em delito na nova lei. Aduza-se, as que não se transformaram em delito "desapareceram" do ordenamento com a revogação expressa.

Quanto às alíneas "d", "e" e "f" - figuras típicas anteriores - foram inseridas nos novos tipos penais, não ocorrendo a denominada *abolitio criminis*, porque seu conteúdo permanece intacto nos novos dispositivos.

Destas reflexões, só temos a concordar com o jurista Francisco Dias Teixeira, no trecho destacado no último parágrafo do tópico Precedentes Legais acima, de que a nova técnica deu maior visibilidade aos crimes praticados contra a Previdência Social, lhes conferiu um *status* simbolicamente mais elevado na escala da reprovabilidade da conduta ao inseri-las no Código Penal, além de traduzir melhor técnica no que se refere à cominação de sanção de preceitos que antes não a continham.

Tudo isso, não se pode deixar de notar, desnuda a imensa preocupação do ESTADO com o custeio da Seguridade Social, para que possa verdadeiramente assumir seu papel nos esquemas de proteção social.

A verdade é que, à míngua de uma "ação" fiscal eficiente (aparelhamento administrativo, por exemplo) e do aniquilamento – ou pelo menos redução – dos desperdícios, favorecimentos, multiplicação de cargos com escopo político, ou seja, adoção de medidas que tornariam o recolhimento das contribuições previdenciárias ato comum e fechariam o "ralo" dos cofres públicos, possibilitando ao ESTADO fazer frente à demanda de recursos, a opção política foi a de criminalizar as condutas, objetivando o cumprimento por parte do contribuinte com seus compromissos para com o Fisco, de forma a atingir o fito ressaltado (obtenção de recursos).

BIBLIOGRAFIA

- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Vladimir Passos de Freitas (coord.). Direito Previdenciário, aspectos materiais, processuais e penais. Porto Alegre, Livr. do Advogado Editora, 1998.
- CASTRO, Wellington Cláudio Pinho de. Lei 9.983/2000: crime de apropriação indébita previdenciária. In Jus Navegandi, n.º 44, elaborado em 07.2000.
- DELMANTO, Celso. (et al.). Código Penal Comentado, 5.ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. Crimes previdenciários: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social, editora Atlas, 16.ª edição, São Paulo, 2001.
- _____. Legislação previdenciária, 2.ª edição, São Paulo: Atlas, 2000.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Direito Penal, Parte Geral, vol. 1, Editora Atlas, 8.ª edição, São Paulo, 1994.
- MONTEIRO, Antonio Lopes. Crimes contra a previdência social: Lei n.º 9.983, de 14 de julho de 2000: texto, comentários e aspectos políticos. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.
- TAVARES, Leonardo Marcelo. Crimes contra a previdência social. Revista da Procuradoria-Geral do Inss-1993 - Trimestral. Brasília, MPAS/INSS.
- TEIXEIRA, Francisco Dias. Crime contra a Previdência Social em face da Lei n.º 9.983/2000. Boletim dos Procuradores da República - Ano III - n.º 30, Outubro 2000.