

ESTUDO INTRODUTÓRIO À APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (LEI 9.983/2000)

Patrícia Cristina Lessa Franco

Analista Judiciária do TRF da 5ª Região

1 INTRODUÇÃO

No dia 14 de julho de 2000 foi sancionada, pelo Presidente da República, a Lei 9.983/00, que define os crimes contra a Previdência Social. Tal diploma legal, além de revogar o art. 95 da Lei 8.212/91, na qual eram previstos os crimes praticados em detrimento da Previdência Social, fez inserir no corpo normativo do Código Penal Brasileiro o tipo penal denominado de *apropriação indébita previdenciária* e o tipo penal de *sonegação de contribuição previdenciária* (arts. 168-A e 313-A).

Ressalte-se, ainda, que a Lei 9.983/00 demonstra o empenho dos Poderes Legislativo e Executivo em tentar impedir, ou pelo menos diminuir, tanto a sonegação previdenciária quanto o desvio ou má utilização dos recursos, visto que, atualmente, o *déficit* da Previdência Social já está na monta de aproximadamente 48 bilhões, conforme reportagem da revista Veja, publicada em 29.03.2000, sem mencionar o fato de que a Previdência já constatou uma sonegação concreta de cerca de 60 bilhões de reais.

Recorde-se que, com a edição da Lei 8.212/91, iniciou-se a controvérsia em torno da pena aplicável para determinados crimes inculpidos no art. 95 do referido diploma legal. Para as infrações contidas nas alíneas “d”, “e” e “f” seriam aplicáveis as penas de reclusão e multa, estabelecidas no art. 5o. da Lei 7.492/86; entretanto, *para os demais delitos descritos no já mencionado art. 95, como não havia penalidade expressa, era aplicável, tão-só, a pena de multa, nos termos do art. 92 da Lei 8.212/91.*

Destarte, o sujeito ativo de alguns delitos praticados em detrimento da Previdência Social seria apenado, apenas, com a aplicação de multa, revelando, pois, um contra senso, eis que, por exemplo, o art. 171 do CP, com teor similar ao da alínea “j” do art. 95 da Lei 8.212/91, estabelece a pena de reclusão de 1 a 5 anos e multa para aquele que infringir o dispositivo legal, enquanto a citada alínea “j” por não prever penalidade expressa, sujeitaria o responsável apenas à pena de multa.

Aliás, em relação ao art. 95 da Lei 8.212/91, vigente até o advento da Lei 9.983/2000, *alguns autores afirmavam que apenas as alíneas “d” e “f” poderiam ser considerados crimes, pois possuíam os dois preceitos: o primário e o secundário, ou seja, a descrição típica e a sanção*, conforme anotou EDMUNDO DE OLIVEIRA ANDRADE FILHO (Direito Penal Tributário, RT, p. 66).

As reflexões acima revelam que, segundo os ditames da Lei 8.212/91, o agente, ao praticar crime de estelionato contra particular, é apenado mais severamente que aquele que pratica idêntica infração contra a Previdência Social, conclusão essa alvo de controvérsias, inclusive no âmbito do Poder Judiciário.

Dessa forma, a Lei 9.983/00 surgiu para por termo ao paradoxo contido no art. 95 da Lei 8.212/91, no que tange à aplicação das penas, como também para inserir no corpo normativo do CPB os crimes de *apropriação indébita* e *sonegação previdenciárias* (arts. 168-A e 313-A do CPB) perpetrados em detrimento da Previdência Social, daí o alto interesse teórico e prático de maiores estudos sobre o tema.

2 APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Antes da edição da Lei 9.983/00, o crime de apropriação indébita já era previsto no art. 5o. do Decreto-Lei no. 65, de 14.12.37, por parte dos empregadores que efetuassem a retenção das contribuições dos seus empregados sem o devido recolhimento às caixas e institutos de aposentadorias e pensões. *A posteriori*, houve a previsão de crimes contra a Previdência Social pela Lei 3.807/60 e pelo Decreto-Lei 66, de 21.11.1966, sendo que a Lei 8.212/91, finalmente, em seu art. 95, veio a regular inteiramente a matéria.

A Lei 8.212/91, em seu art. 95, alínea “d”, assim prescrevia:

“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;”

Assim, iniciou-se uma acesa discussão acerca da qualificação do crime constante no art. 95, alínea “d”, da retrocitada Lei.

Alguns magistrados se inclinaram no sentido de que tal infração seria modalidade do crime de apropriação indébita consubstanciada no art. 168 do Código Penal, o qual exige para sua caracterização *a prova inequívoca da ocorrência do dolo específico*, ou seja, seria necessária a comprovação de que o sujeito ativo tinha a intenção de não restituir aos cofres públicos a contribuição previdenciária descontada da folha de salários. Nesse sentido vejamos as seguintes decisões:

“É imprescindível à caracterização, tanto do crime de apropriação indébita como das modalidades equiparadas, no caso, a apropriação de contribuições sociais, que o agente tenha agido dolosamente. É necessária a prova inequívoca da ocorrência do dolo específico, consistente no especial fim de agir o réu com intenção de não restituir aos cofres públicos a contribuição previdenciária descontada da folha de salários. Improvido do dolo específico, não se tipifica o crime capitulado na Lei 8.212/91, art. 95, alínea “d”. Recurso improvido” (ACR 2.373/AL, Rel. Des. Fed. RIDALVO COSTA, DJU 27.11.00, p. 634).

“É imprescindível à caracterização, tanto do crime de apropriação indébita como das modalidades equiparadas, no caso, a apropriação de contribuições sociais, que o agente tenha agido dolosamente. É necessária a prova inequívoca da ocorrência do dolo específico, consistente no especial fim de agir o réu com intenção de não restituir aos cofres públicos a contribuição descontada da folha de salários. Improvado o dolo específico, não se tipifica o crime capitulado na Lei 8.137, de 27.12.90, art. 2º, II. Recurso improvido” (ACR 2.114, Rel. Juiz ALEXANDRE COSTA DE LUNA FREIRE (substituto), DJU 12.06.00, p. 466).

“Para a configuração do crime previsto na Lei 8.212/91, art. 95, “d”, é necessário o dolo, consistente na vontade de apropriar-se dos

valores não recolhidos à Previdência. Ausente o chamado “animus rem sibi habendi” o tipo penal não se perfaz. Recurso improvido” (RE 113.302/RN, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJU 04.08.97).

Entretanto, outro grupo de julgadores adotou o entendimento segundo o qual o crime em análise seria um crime omissivo, consumando-se no momento do não recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público, *não havendo, pois, necessidade de comprovação da ocorrência do dolo específico*. Desse modo, o sujeito ativo somente não seria apenado se era inexigível, no caso, conduta diversa, pois a inexigibilidade de conduta diversa é causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Confirmam-se as decisões dos Tribunais do País comungando esse entendimento:

“I – O não recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados é crime omissivo próprio cuja consumação ocorre com o descumprimento do dever de agir determinado pela norma legal. II – O delito de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias não se confunde com o crime de apropriação indébita, pois este tem como antecedente lógico a posse ou detenção justa e se consuma no momento em que o agente inverte o ânimo de sua posse, passando a exercê-la como se proprietário fosse (animus rem sibi habendi). III – A inexigibilidade de conduta diversa é causa supralegal de exclusão da culpabilidade sendo, pois, imprescindível, perquirir se o agente estava efetivamente impossibilitado de recolher os valores descontados dos empregados de sua empresa. IV – Comprovação da real impossibilidade de praticar a conduta determinada pela norma é de ordem a excluir a tipicidade do delito, em razão da aplicação da causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa. V – A prova da alegação incumbe a quem a fizer, sob pena de não ser considerada pelo julgador (artigo 156 do CPP). VI – A mera referência a dificuldades financeiras não é suficiente para ilidir a responsabilidade penal do agente. A exclusão da culpabilidade requer a existência de elementos seguros, aptos a comprovar a impossibilidade do recolhimento das contribuições devidas à Previdência, sendo insuficiente a produção de prova exclusivamente testemunhal. VII – Comprovada a autoria e a materialidade delitiva

no que concerne aos apelantes, o decreto condenatório é de rigor. VIII – Recurso improvido. Pena corporal reduzida de ofício com a conseqüente substituição pela restritiva de direitos” (ACR 6.605/SP, Rel. Juiz ARICÊ AMARAL, DJU 26.07.00, p. 179).

“ 1. O crime tipificado no art. 95, “d”, da Lei 8.212/91 não se equipara, nem tampouco se trata de apropriação indébita, pois, para sua caracterização, não precisa o agente tomar para si os valores das contribuições previdenciárias, consumando-se com a simples omissão no recolhimento, nas épocas próprias, relativamente aos valores descontados dos segurados ou de terceiros. 2. O dolo independe de intenção específica de auferir proveito, pois o que se tutela não é a apropriação das importâncias, mas o seu regular recolhimento. 3. Somente a situação de absoluta insolvência da empresa, documentalmente comprovada nos autos, é capaz de acarretar um juízo absolutório, diante da gravidade do delito imputado. Alegação de dificuldades financeiras não comprovadas pela defesa – art. 156 do CPP. 4. A pena de multa, aplicada no crime continuado, escapa à norma contida no art. 72 do CP. 5. Apelação improvida” (ACR, Proc. 97.04.23080-0, Rel. FABIO ROSA, DJU 20.11.99, p. 270).

“1 – Incumbe ao recorrente a demonstração inequívoca da existência de dificuldades financeiras justificadoras da impossibilidade de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados. A mera referência genérica a dificuldades financeiras não possibilita o afastamento do dolo do apelante, tampouco dá ensejo à incidência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade, escorada na teoria da inexigibilidade de conduta diversa, ou mesmo à caracterização da excludente de ilicitude atinente ao estado de necessidade. 2 – O crime do artigo 95, “d”, da Lei 8.212/91, não se confunde com o delito de apropriação indébita, tipificado no artigo 168 do Código Penal, posto que não requer que o agente tome para si os valores descontados de seus empregados, a título de contribuição previdenciária, bastando unicamente a omissão no recolhimento das quantias devidas. 3 – A tipificação constante do artigo 95, “d”, da Lei 8.212/91, não implica em prisão civil por dívida, vedada pelo artigo 5o., LXVII, da Carta Magna, mas sim em

prisão criminal resultante de conduta omissiva sobejamente comprovadas. 4 – Materialidade e autoria sobejamente comprovadas. 5 – Apelação a que se dá parcial provimento” (ACR 8.498, Rel. Juiz CASEM MAZLOUM, DJU 28.09.88, p. 824).

Atualmente, o art. 95, “d”, da Lei 8.212/91, acha-se revogado pela Lei 9.983/00, que assim dispôs em seu art. 1º:

“Art. 1º - São acrescentadas à parte especial do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, os seguintes dispositivos:
APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

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.

1º - Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§2º - 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 regulamento, antes do início de ação fiscal.

§3º - 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:
I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administra-

tivamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.”

Com essa nova capitulação do crime constante no art. 95, alínea “d” da Lei 8.212/91, iniciou-se, de novo, uma outra discussão acerca da natureza do crime de apropriação indébita previdenciária.

Alguns julgadores continuam adotando o entendimento segundo o qual tal infração seria uma modalidade do crime de apropriação indébita comum, previsto no art. 168 do CP, *exigindo, assim, o dolo específico*, ou seja, a intenção do agente de se apropriar dos valores recolhidos dos segurados. Fundamentam tal posicionamento, ainda, nos seguintes fatos: a) como o nome do crime é ***apropriação indébita previdenciária*** torna-se nítida a necessidade, para caracterização do crime, de o sujeito ativo ter efetivamente a intenção de ficar com os valores descontados dos segurados; b) o crime de apropriação indébita previdenciária, instituído pela Lei 9.983/00, encontra-se tipificado no art. 168-A do CP, de modo que é apenas um adendo do crime tipificado no art. 168 do CP, qual seja o crime de apropriação indébita comum, assim, aplica-se àquela infração os mesmos preceitos utilizados nessa última modalidade de crime. Sobre o assunto o Desembargador Federal NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO adota o seguinte posicionamento:

“1. Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 11 da Lei 9.635/98, por não ter sido observado o processo legislativo próprio. 2. Para a caracterização do crime de não recolhimento, no prazo próprio, das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados, é necessário que o agente tenha agido dolosamente. Indispensável a prova inequívoca do dolo específico, de ter o agente agido com intenção de não recolher aos cofres públicos as contribuições previdenciárias descontadas da folha de salários. 3. Precedentes sobre a matéria: (REC 298-PB, Rel. Juiz PETRÚCIO FERREIRA, DJU 06.10.00, p. 301; ACR. 2373-AL, Rel. Juiz RIDALVO COSTA, DJU 27.11.00, p. 634). Apelação provida.”

Igual posicionamento adota o Juiz VALMIR PEÇANHA:

“Para que haja a infração legal, é preciso estar evidenciado o desvio das importâncias em proveito próprio ou alheio, não sendo sufi-

ciente uma simples suposição de dolo” (ACR 94.02.22976-0, TFR 2ª Região, DJU 22.07.97).

Já os Magistrados que entendem ser o crime de apropriação indébita previdenciária modalidade autônoma da infração de apropriação indébita comum, adotam o posicionamento segundo o qual o verbo da conduta é *deixar de repassar*, configurando, pois, a infração um autêntico crime omisivo, donde ser inexigível a existência, para caracterização do crime, do dolo específico. Para essa corrente de julgadores, a pena correspondente ao crime em apreço somente seria afastada se houvesse a inexigibilidade de conduta diversa, haja vista que esta é causa de exclusão da culpabilidade.

O professor e Procurador da República HENRIQUE GEAQUINTO HERKENHOFF, assim se posiciona: “*o tipo subjetivo é o dolo simples, que corresponde à vontade livre e consciente de não recolher as contribuições que sabe terem sido recolhidas do contribuinte, tenham elas sido pagas ou descontadas, não se exigindo dolo específico ou qualquer especial fim de agir.*” (Novos Crimes Previdenciários, Editora Forense, 2001, p. 11).

Destarte, uma análise do teor do art. 168-A pode nos conduzir às seguintes considerações:

- a) o tipo objetivo do crime é *deixar de repassar* aos cofres públicos, nas datas legalmente fixadas, as contribuições sociais que o agente ou a pessoa jurídica de cuja gestão ele participa recolheu do contribuinte, seja como instituição bancária ou afim, seja como terceiro responsável pelo desconto de tributo na fonte em regime de substituição tributária;
- b) o objeto jurídico é a ordem tributária, e apenas secundariamente o interesse fisco-patrimonial dos órgãos públicos gestores da Previdência Social (TRF da 4ª Região, ACR 0450547-5, Rel. Juíza TÂNIA ESCOBAR, j 12.3.98, DJ 6.5.98, p. 918);
- c) o sujeito ativo é quem tendo o dever legal de repassar à Previdência Social os valores recolhidos dos contribuintes, se omite em tal dever;
- d) o sujeito passivo é o sujeito ativo da obrigação tributária, normalmente o INSS;
- e) o tipo subjetivo é o dolo, sendo este a vontade livre e consciente de não repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos

contribuintes, constituindo o crime em apreço em um autêntico crime omissivo, de molde que para a caracterização do mesmo não é exigida a intenção de apropriar-se dos valores arrecadados e não recolhidos ou qualquer outro fim especial de agir.

- f) lugar do crime: é o domicílio fiscal do contribuinte, geralmente a matriz, salvo se os demais estabelecimentos elaborarem separadamente as suas contabilidades e tiverem gerentes com poderes e autonomia suficiente para decidir acerca do recolhimento das quantias retidas.
- g) exclusão da culpabilidade: se o agente ou a pessoa jurídica por ele dirigida estava, e permanece até a denúncia, em situação de insolvência civil ou pré-falência, não dispendo mesmo contabilmente da quantia necessária para o pagamento do tributo, é de se reconhecer a inexigibilidade de conduta diversa, mas não quando há disponibilidade financeira, embora insuficiente e agente prioriza pagamentos a fornecedores e outros credores.
- h) transação: é cabível na hipótese do parágrafo 3o.

3 CONCLUSÕES

Dessa forma, as principais inovações introduzidas pela Lei 9.983/00 acerca da apropriação indébita previdenciária, são as seguintes:

- a) até o advento da lei nova, o pagamento das contribuições previdenciárias não extinguiu a punibilidade da infração prevista no art. 95, “d”, da Lei 8.212/91. Contudo, o parágrafo 2º do art. 168-A, acrescido ao CP pela Lei 9.983/00, prevê a 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, antes do início da ação fiscal;
- b) caso o agente seja primário e tenha bons antecedentes, é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa, desde que o agente tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios ou o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabe-

lecido pela Previdência Social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. Configura o parágrafo em comento uma hipótese de perdão judicial. No que tange ao limite mínimo para o ajuizamento das execuções fiscais, a Lei 9.441/97, em seu art. 1º, prevê como limite mínimo a quantia de R\$ 1.000,00;

- c) com relação à pena para o crime de apropriação indébita previdenciária, o art. 168-A do CP prevê pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa. A pena, portanto, é menor do que a fixada anteriormente pelo art. 95, da Lei 8.212/91, que remetia a aplicação da pena ao art. 5º da Lei 7.492/86, a qual estabelecia a mesma no patamar de 2 a 6 anos e multa, e maior do que a pena para o crime de apropriação indébita comum previsto no art. 168, do CP, onde tal sanção é a de reclusão de 1 a 4 anos e multa.