

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

PAULO TADEU RIGHETTI BARCELOS

DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

NOVA LIMA
2010

PAULO TADEU RIGHETTI BARCELOS

DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito Milton Campos, Curso de Pós-Graduação – Mestrado *Strictu Sensu* em Direito Empresarial, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Empresarial.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. José Barcelos de Souza

NOVA LIMA
2010

PAULO TADEU RIGHETTI BARCELOS

DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito Milton como requisito para obtenção do título de mestre em Direito Empresarial, sendo _____ pela banca examinadora a seguir, em ____/____/_____, com a média final igual a _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Orientador: Dr. José Barcelos de Souza

Prof. Dr. Haroldo da Costa Andrade

Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima

Dedico este trabalho primeiramente à Deus, pela vida.
Ao meu pai, Paulo de Souza Barcelos e à minha mãe, Dalva Conceição Righetti pelo
constante incentivo, carinho e fonte de sabedoria.
Ao Inácio Loiola Pereira Campos pelo apoio e estímulo na pesquisa.
Ao meu irmão Sávio (*in memoriam*), sempre presente em
minha vida. À minha irmã Melissa, à Gaby, aos amigos e
demais familiares pelo apoio e incentivo, que tornaram
possível a elaboração desta produção técnica.

AGRADECIMENTOS

Ao meu ilustre e competente orientador, Doutor José Barcelos de Souza, exemplo de luta e fonte de força, sempre tolerante, paciente e disposto a compartilhar seus vastos conhecimentos. Obrigado pela atenção, pelo profissionalismo e, principalmente, pela brilhante e admirável capacidade de ensinar.

À todos os Professores do Curso de Pós-Graduação – Mestrado da Faculdade Milton Campos, pelo comprometimento, competência e transmissão de conhecimento.

Aos colegas do mestrado, em especial Leonardo Augusto Alencar Renault e Luciano Augusto de Freitas Nunes, por todos os momentos compartilhados, apoio na pesquisa e troca de conhecimentos jurídicos.

Aos meus amigos, pela força.

À Vara Cível da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, pelo apoio incondicional que permitiu compartilhar meu trabalho com os estudos.

Por fim, agradeço àqueles que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O art. 168-A do Código Penal tipifica a apropriação indébita previdenciária, consistente na conduta de deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes no prazo legal ou convencional. Assim, objetiva a norma a proteção do patrimônio público, consubstanciado na receita das contribuições destinadas à Previdência Social. Contudo, o artigo 168-A do Código Penal tem suscitado inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que a lei penal deve ser a última opção, quando todos os demais ramos do direito falham na proteção dos bens jurídicos de interesse social. O art. 168-A do CP demonstra o caráter intimidatório e evidencia, em contrapartida, a ineficiência e a desorganização estatal em promover a cobrança, a fiscalização e a execução fiscal. O Estado utiliza o Direito Penal como ameaça, a fim de tornar mais fácil a obrigatoriedade do pagamento do débito fiscal. Desse modo, a problemática do tema em apreço consiste em analisar as consequências jurídicas penais trazidas pelo art. 168-A do Código Penal diante de seus acertos e desacertos. Assim, objetiva o presente estudo compreender o crime de apropriação indébita previdenciária, bem como fazer aprofundada e específica discussão de sua aplicabilidade, pois raras vezes tem-se observado uma efetiva condenação do agente que, em tese, cometeu este delito. Nesse sentido, por meio da pesquisa bibliográfica qualitativa e do método dedutivo-hipotético a temática é analisada a partir das publicações doutrinárias mais relevantes dentro da seara jurídica brasileira. Nesse aspecto, o presente trabalho justifica-se pela sua relevância particularmente social, à medida que a lei penal reflete o grau de evolução e eficiência de uma sociedade no combate aos delitos, bem como, quanto à efetividade de suas políticas públicas, especialmente as concernentes à Seguridade Social. Assim, à medida que o tema em apreço é estudado e analisado, a motivação emerge do ímpeto de possibilitar o seu aprimoramento, contribuindo no cotidiano da prática forense para o amadurecimento do Direito Penal.

Palavras-chaves: Apropriação indébita. Contribuição Previdenciária. Empregador. Punibilidade. Princípios Penais.

ABSTRACT

The art. 168-A of the Criminal Code typifies the pension embezzlement, consistent with the practice of not passing on to Social Security contributions collected from taxpayers within the legal or conventional. Thus, objective standard to protect public, embodied in revenue contributions to the Social Security. However, Article 168-A of the Criminal Code has sparked numerous discussions of doctrine and jurisprudence, once the criminal law should be the last option when all other branches of law fail to protect the legal interests of art interests of the society. 168-A of the CP shows the intimidatory nature and demonstrates, however, inefficiency and disorganization in government to promote the collection, monitoring and enforcement fiscal. O State uses the Criminal Law as a threat in order to make easier the obligation to pay tax debt. Thus, the problem of the topic at hand is to examine the criminal legal consequences brought about by art. 168-A of the Criminal Code before their rights and wrongs. Thus, this study aims to understand the crime of embezzling pension as well as make detailed and specific discussion of its applicability, because rarely has seen an effective condemnation of the agent which, in theory, committed this crime. In this sense, through the literature of qualitative and hypothetical-deductive method the subject is analyzed from the doctrinal publications most relevant to the Brazilian legal harvest. In this regard, this work is justified by its social relevance particularly to the extent that the criminal law reflects the degree of evolution and efficiency of a society in combating crime, as well as to the effectiveness of their policies, especially the pertaining to Social Security. Thus, insofar as the topic at hand is studied and analyzed, the motivation arises from the urge to allow their improvement, helping in daily forensic practice for the maturing of the Criminal Law.

Keywords: Embezzlement. Social security contribution. Employer. Punishment. Criminal principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 SISTEMA E ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL	11
2.1 INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO PENAL	13
2.1.2 Direito Constitucional	13
2.1.3 Direito Administrativo	14
2.1.4 Direito Tributário e Econômico.....	15
2.1.5 Direito Previdenciário	15
2.1.6 Direito Processual Penal	17
3 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL	19
4 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL	26
4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	26
4.2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	29
4.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	30
4.4 PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	31
4.5 PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE	33
4.6 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	34
4.7 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE.....	35
4.8 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA APLICADO AO ART. 168-A DO CP.....	36
4.9 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AO ART. 168-A DO CP	38
5 CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA	42
6 CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA	47
6.1 DA PARTE HISTÓRICA DO TIPO DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA	60
6.2 DA NECESSIDADE DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA	62
6.3 CAUSAS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ART. 168-A DO CP	66
6.3.1 A extinção da punibilidade.....	66
6.3.2 Perdão Judicial	72
6.3.3 Dificuldades Financeiras e inexigibilidade de conduta diversa	75
6.4 A IMPORTÂNCIA DA RUBRICA LATERAL	79
6.5 A NECESSIDADE DO EXAME DE CORPO DE DELITO.....	81
6.6 A IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA E O DETALHAMENTO DA CONDUTA.....	86
6.7 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 168-A DO CP.....	93
7. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS	99
7.1 A ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER MEDIDAS ASSECURATÓRIAS EM BENEFÍCIO DA FAZENDA PÚBLICA	103
7.2 A PROBLEMÁTICA DO RECURSO DA DECISÃO DE SEQUESTRO	106
8 CONCLUSÃO	108
9 REFERÊNCIAS	111

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 9.983 de 14 de julho de 2000 incluiu no Código Penal o art. 168-A, o qual tipifica como crime a apropriação indébita previdenciária. Assim, o objeto jurídico do referido dispositivo é a proteção do patrimônio público, consubstanciado na receita das contribuições destinadas à Previdência Social, as quais são bens jurídicos de grande relevância para a sociedade.

Contudo, o artigo 168-A do Código Penal tem suscitado inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente no tocante à sua pertinência e constitucionalidade, uma vez que a lei penal deve ser a última opção, quando todos os demais ramos do direito falham na proteção dos bens jurídicos de interesse social.

Nesse aspecto, a edição de leis penais como a exemplificada pelo art. 168-A do CP demonstra o caráter flagrantemente intimidatório, tornando, em última análise, o Ministério Público e a Justiça Federal como instrumentos de cobrança fiscal, evidenciando, em contrapartida, a ineficiência e a desorganização estatal em promover a cobrança, a fiscalização e a execução fiscal.

Em decorrência desta falta de estrutura de cobrança, o Estado utiliza o Direito Penal como ameaça, a fim de tornar mais fácil a obrigatoriedade do pagamento do débito fiscal. Assim, pode-se dizer que o Estado contraria os princípios basilares do Direito Penal, entre os quais o da intervenção mínima e da proporcionalidade.

Por conseguinte, ao tipificar a falta de repasse ao INSS das contribuições previdenciárias, o legislador demonstra ignorar a realidade das empresas e dos empregadores brasileiro, os quais, sufocados com a imensa carga tributária e trabalhista, enfrentam graves crises financeiras e, muitas vezes, optam por continuar com suas atividades e honrar com os salários dos trabalhadores em detrimento do repasse das contribuições previdenciárias, afastando a tipicidade do delito do art. 168-A do CP ante a inexigibilidade de conduta diversa.

Desse modo, a problemática do tema em apreço respalda-se em analisar as conseqüências jurídicas penais trazidas pelo art. 168-A do Código Penal diante de seus acertos e desacertos.

Assim, objetiva o presente estudo compreender o crime de apropriação indébita previdenciária, bem como fazer aprofundada e específica discussão de sua aplicabilidade, pois raras vezes tem-se observado uma efetiva condenação do agente que, em tese, cometeu este delito.

Objetiva-se, por sua vez, apontar que o Estado preferiu tipificar uma conduta, usando o direito penal como ameaça, a utilizar e aperfeiçoar o instrumento administrativo de recolhimento de contribuições previdenciárias. Ainda, objetiva-se demonstrar que o legislador pátrio ignorou a realidade sócio-econômica da maioria das empresas e empregadores, o que afastaria a punibilidade do agente por inexigibilidade de conduta diversa. Objetiva-se, outrossim, demonstrar a imprescindibilidade do inquérito policial nos crimes previdenciários. Por conseguinte, objetiva-se indicar a necessidade de adequação do ordenamento jurídico para a responsabilidade criminal da pessoa jurídica em relação ao crime previdenciário. Ainda, busca-se deslindar que a atitude do Ministério Público Federal em denunciar os sócios, diretores e proprietários que figurem no contrato ou estatuto social das empresas como agentes do delito, sem verificar sua efetiva participação no delito, é valer-se da responsabilidade objetiva, o que o legislador pátrio não desejou.

Nesse sentido, por meio da pesquisa bibliográfica qualitativa e do método dedutivo-hipotético a temática é analisada a partir das publicações doutrinárias mais relevantes dentro da seara jurídica brasileira. Este método possibilitará o entendimento geral do crime de apropriação indébita previdenciária, de acordo com o entendido pela doutrina, bem como, suas conseqüências para a sociedade. Por fim, objetiva-se analisar o princípio da insignificância em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária.

Nesse aspecto, o presente trabalho justifica-se pela sua relevância particularmente social, na medida em que a lei penal reflete o grau de evolução e eficiência de uma sociedade no combate aos delitos, bem como, quanto à efetividade de suas políticas públicas, especialmente as concernentes à Seguridade Social.

Assim, à medida em que o tema em apreço é estudado e analisado, a motivação emerge do ímpeto de possibilitar o seu aprimoramento, contribuindo no cotidiano da prática forense para a o amadurecimento do Direito Penal.

Para tanto, será feita no próximo capítulo uma abordagem introdutória acerca do sistema e do ordenamento jurídico penal, analisando-se a interdisciplinaridade do Direito Penal com os demais ramos do Direito.

Já no capítulo terceiro discorre-se sinteticamente acerca da história do Direito Penal e da origem das penas.

Por conseguinte, no capítulo quarto são analisados os principais princípios do Direito Penal que guardam relação com o tema objeto de estudo, especificando-se a aplicação do princípio da intervenção mínima e da insignificância ao crime de apropriação indébita previdenciária.

No capítulo quinto analisa-se a teoria geral do crime de apropriação indébita comum.

No capítulo sexto capítulo é analisado o crime de apropriação indébita previdenciária profundamente e seus principais desdobramentos que geram discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

No último capítulo é realizada uma análise das medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal relacionando-as ao crime de apropriação indébita previdenciária.

Portanto, não há a pretensão de esgotar o tema, tampouco apresentar conclusões absolutas, uma vez que o Direito, especialmente o Penal que está em constante transformação, conforme evolui e se modificam as complexas estruturas sociais.

2 SISTEMA E ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL

A natureza humana leva o homem ao convívio em sociedade e, para que esse convívio se concretize de modo harmônico e pacífico, com condições mínimas de desenvolvimento e paz é necessária a existência do Direito, o qual se presta a solucionar os conflitos individuais e sociais, “impondo, por assim dizer, uma *ratio* à própria realidade humana”. Segundo Prado¹:

O conjunto ou sistema de normas jurídicas vigentes em determinada sociedade dá lugar ao ordenamento jurídico. Por sistema jurídico se entende um complexo normativo dinâmico, portador de coerência e unidade [...]. Compõe-se de estrutura (relação hierárquica) e repertório (elemento normativo ou normas jurídicas). Então, segundo o enfatizado, o ordenamento jurídico é uma forma de disciplinar a vida no seio do grupo social.

Nesse contexto, o Direito Penal representa a intervenção estatal mais profunda no comportamento coletivo, motivo pelo qual deve ser entendido como a última opção, com base no princípio da intervenção mínima. Assim, segundo Fragoso²:

Só deve o Estado intervir com a sanção jurídico-penal quando não existam outros remédios jurídicos, ou seja, quando não bastarem as sanções jurídicas do direito privado. A pena é a *ultima ratio* do sistema.

Ainda, segundo Mirabete³:

Como já se observou, das necessidades humanas decorrentes da vida em sociedade surge o Direito, que visa garantir as condições indispensáveis à coexistência dos elementos que compõem o grupo social. O fato que contraria a norma de Direito, ofendendo ou pondo em perigo um bem alheio ou a própria existência da sociedade, é um ilícito jurídico, que pode ter conseqüências meramente civis ou possibilitar a aplicação de sanções penais. No primeiro caso, tem-se somente um ilícito civil, que acarretará

¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**: parte especial: arts. 1º ao 120. v 1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 290.

³ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. v.1. 170. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.22.

àquele que o praticou apenas uma reparação civil: aquele que, por culpa, causar dano a alguém será obrigado a indenizá-lo; o devedor que não efetua o pagamento tempestivamente sofrerá a execução com a penhora de bens e sua venda em hasta pública, arcando com o ônus decorrente do atraso (multa, correção monetária etc.); o cônjuge que abandona o lar estará sujeito à separação judicial ou ao divórcio etc.

Muitas vezes, porém, essas sanções civis se mostram insuficientes para coibir a prática de ilícitos jurídicos graves, que atingem não apenas interesses individuais, mas também bens jurídicos relevantes, em condutas profundamente lesivas à vida social. Arma-se o Estado, então, contra os respectivos autores desses fatos, cominando e aplicando sanções severas por meio de um conjunto de normas jurídicas que constituem o Direito Penal. Justificam-se as disposições penais quando meios menos incisivos, como os de Direito Civil ou Direito Público, não bastam ao interesse de eficiente proteção aos bens jurídicos

Assim, é a partir das funções atribuídas à pena que se extrai a sua função declarada, qual seja, proteger bens jurídicos penais relevantes para o convívio pacífico em sociedade, os quais recebem a resposta do sistema penal instituído e aplicado pelas instituições, tais como a Polícia, o Poder Judiciário e os estabelecimentos penais. Nesse sentido o Direito Penal se presta a cumprir duas funções primordiais, quais sejam: a ético-social e a preventiva. Na lição de Prado⁴:

O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas conseqüências jurídicas - penas ou medidas de segurança (conceito formal). Enquanto sistema normativo integra-se por normas jurídicas (mandatos e proibições) que criam o injusto penal e suas respectivas conseqüências. De outro lado, refere-se, também, a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (conceito material). A função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídicos penais -bens do Direito- essenciais ao indivíduo e à comunidade.

Desse modo, diante de sua natureza constitutiva e sancionatória, o Direito Penal atua de forma complementar e recíproca com todos os demais ramos do Direito, como adiante se demonstrará.

⁴ PRADO, 2002, p. 34.

2.1 INTERDICPLINARIEDADE DO DIREITO PENAL

2.1.2 Direito Constitucional

A Constituição Federal, como cerne norteador e fundamental de todo ordenamento jurídico, guarda estreita relação com o Direito Penal, trazendo disposições específicas deste ramo do Direito, uma vez que é da Constituição que o Direito Penal extrai suas raízes materiais. Segundo Prado⁵:

A Constituição, fonte primeira da lei penal, contempla uma série de normas de Direito Público, dentre as quais se destacam as referentes às garantias e direitos individuais.

Essas normas consubstanciam explícita ou implicitamente princípios basilares do Direito Penal - princípios constitucionais penais -, próprios do Estado de Direito democrático, que impõem limitação infranqueável ao *jus puniendi* estatal.

Dentre eles, merece especial atenção o princípio da legalidade ou da reserva legal [...]. Tem, ainda, especial relevância o princípio da irretroatividade da lei penal e sua exceção (art. 5º XL); o princípio da personalidade (art. 5º XLV) e o da individualização das penas (art. 5º, LXVII), além da vedação, constitucionalmente expressa, de aplicação das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou de qualquer outra de natureza cruel (art. 5º, XLVII), em tudo consentânea com o princípio da humanidade.

Demais disso, estabelece o texto constitucional princípios relacionados ao direito de defesa, ao devido processo legal e às garantias da execução penal, igualmente indispensáveis a uma perfeita tutela dos direitos individuais (art. 5º, LIII a LXVIII e XLVII) [...]

Assim, o postulado da culpabilidade, que rechaça toda e qualquer hipótese de imposição de pena sem culpabilidade e fixa nesta última os limites da responsabilidade penal, é implicitamente acolhido pelo texto constitucional no artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), ratificado pelos artigos 4º, II (prevalência dos direitos humanos); 5º LXVII (individualização da pena) e 5º, caput (inviolabilidade do direito à liberdade), [...]

Igualmente, segundo Mirabete⁶:

⁵ PRADO, 2002, pp. 35-36.

⁶ MIRABETE, 2001, p.28.

[...] relaciona-se com o Direito Constitucional, em que se definem o Estado e seus fins, bem como os direitos individuais, políticos e sociais. Diante do princípio de supremacia da Constituição na hierarquia das leis, o Direito Penal deve nela enquadrar-se e, como o crime é um conflito entre os direitos do indivíduo e a sociedade, é na Carta Magna que se estabelecem normas específicas para resolvê-lo de acordo com o sentido político da lei fundamental, exercendo-se, assim, influência decisiva sobre as normas punitivas. Por essa razão, no art. 59 da nova Constituição Federal, são estabelecidos princípios relacionados com anterioridade da lei penal (XXXIX), sua irretroatividade como regra e a retroatividade da mais benigna (XL), dispositivos a respeito dos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo (XLII, XLIII), da personalidade da pena (XLV), de sua individualização e espécies (XLVI, XLVII) etc. Refere-se, ainda, a Constituição à fonte da legislação penal (art. 22), à anistia (arts. 21, XVII, e 48, VIII), aos efeitos políticos da condenação (art. 55, VI), ao indulto (art. 84, VI) etc.

Como visto, o Direito Penal encontra no Direito Constitucional sua fonte primária, bem como, seus principais postulados.

2.1.3 Direito Administrativo

O Direito Penal se relaciona com o Direito Administrativo na similitude do conteúdo material e da estrutura lógica. Nesse sentido, esclarece Prado⁷ que:

Entre as muitas funções da Administração Pública, ressalta a sancionatória, de punição ou de polícia, com o intuito de disciplinar e promover o interesse geral. Trata a lei administrativa da organização e funcionamento dos serviços públicos. [...]

Tanto as penas quanto as sanções administrativas encontram justificação na magnitude da lesão a um bem jurídico determinado e na sua necessidade de imposição, como expressão de um juízo desvalorativo ético-social. Entre crime e infração administrativa, portanto, existem apenas diferenças quantitativas.[...]

Existem ainda vários outros pontos de contato entre esses dois ramos do Direito Público, uma vez que, se por um lado a lei penal disciplina as condutas lesivas à Administração Pública (Título IX da Parte Especial do Código Penal), por outro o Direito Administrativo disciplina a atuação da polícia do Estado, que tem por finalidade a prevenção de crimes e a manutenção da ordem pública.

Do mesmo modo, Mirabete⁸ esclarece:

⁷ PRADO, 2002, p. 39-40.

⁸ MIRABETE, 2001, p.28.

Como é administrativa a função de punir, é evidente o relacionamento do Direito Penal com o Direito Administrativo. A lei penal é aplicada através dos agentes da Administração (Juiz, Promotor de Justiça, Delegado de Polícia etc.); utilizam-se conceitos de Direito Administrativo na lei penal ("cargo", "função", "rendas públicas" etc.); punem-se fatos que atentam contra a regularidade da Administração Pública (arts. 312 a 350); estabelecem-se dispositivos específicos a respeito de crimes praticados por funcionários públicos (arts. 312 a 326 do CP e Lei nº 4.898/65); prevê-se como efeito da condenação a perda de cargo, a função pública ou o mandato eletivo (art. 92, inciso 1); as penas são cumpridas em estabelecimentos públicos etc.

Assim, a ligação do Direito Penal com o Direito Administrativo respalda-se na forma de aplicação da Lei Penal, na medida da gravidade do delito em relação ao seu desvalor social, bem como, na política criminal quanto à celeridade e eficácia da sanção.

2.1.4 Direito Tributário e Econômico

O Direito Penal se relaciona com o Direito Tributário e Econômico ao tipificar as condutas violadoras do sistema fiscal. Assim, se presta a reprimir e punir os delitos que atentem contra a ordem financeira e tributária, tais como a sonegação fiscal, a apropriação indébita de valores de natureza tributária e/ou previdenciária, entre outras, em razão da essencialidade dos tributos para a manutenção da máquina administrativa, das políticas econômicas e sociais.

2.1.5 Direito Previdenciário

A Constituição Federal, em seu objetivo de efetivar direitos e garantias fundamentais aptos a promover o estado de bem-estar social, buscou assegurar a igualdade, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais. Nesse sentido, para a consolidação da almejada solidariedade e proteção social constitucionalizou-se a chamada seguridade social, cujo conjunto de ações contempla a saúde pública, a assistência social e a Previdência Social.

Outrossim, o Direito Previdenciário é um ramo do Direito Público que denomina o conjunto de disposições legais que regulamentam a Seguridade Social, com o objetivo de sistematizar, analisar e interpretar as referidas disposições. A Previdência Social pode ser definida, na lição de Castro e Lazzari⁹, como:

[...] o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento. Eis a razão pela qual se dá o nome de seguro social ao vínculo estabelecido entre o segurado da Previdência e o ente segurador estatal.

Assim, difere da Seguridade Social que é a denominação dada ao conjunto de ações sociais protetivas, de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, representado pela Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde, nos termos do artigo 194 da Constituição Federal. A Previdência Social é materializada no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que é uma autarquia federal e diz respeito ao sistema em que os trabalhadores e seus dependentes, mediante contribuições pecuniárias daqueles, são protegidos de eventos futuros que ocasionem a perda, parcial ou total, de sua capacidade laborativa e, conseqüentemente, tenham prejudicado seu sustento, tais como: morte, doença, invalidez, acidente, idade, desemprego involuntário, maternidade, reclusão, entre outros eventos contemplados pela lei.¹⁰

Desse modo, o Direito Penal guarda relação com o Direito Previdenciário à medida em que se dispõe a tipificar e punir delitos que violem a legislação previdenciária, ante o seu caráter protetivo e social. Segundo Castro e Lazzari¹¹:

Na ocorrência de prática de infração à legislação previdenciária, há que se observar se a conduta do agente caracteriza delito ou contravenção penal. Daí a importância da relação com o Direito Penal. Desse ramo obter-se-á a tipificação de condutas reprováveis sob o ponto de vista criminal, sujeitas à sanção penal, cabendo ao estudioso do Direito Previdenciário ter delas noção.

⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p.51.

¹⁰ Ibid., p.75.

¹¹ Ibid., p.81.

Contudo, critica-se a grande ingerência do Direito Penal sobre o Direito Previdenciário, primeiro porque o Direito Penal deve ser a *última ratio*, segundo porque o Estado deve buscar o cumprimento da legislação previdenciária por outros meios que não através da Lei Penal, criminalizando as condutas, tendo em vista que a tipificação em nada contribui para a efetividade do Direito Previdenciário.

2.1.6 Direito Processual Penal

O Direito Penal depende do Direito Processual Penal à medida em que este é “o seu único instrumento de execução para os casos concretos.” Assim, o Direito Processual Penal efetiva o Direito Penal. Nesse sentido, Prado¹² leciona:

O Direito Processual Penal pode ser conceituado como o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares. Assim, enquanto o Direito Penal elenca as condutas puníveis e as respectivas sanções, o Direito Processual Penal disciplina o processo, isto é, a atividade desempenhada pelos órgãos estatais com o escopo de estabelecer se a lei penal foi violada e qual pena deve ser imposta ao autor dessa transgressão, fixando a forma, os meios e os termos dessa atividade.

Em igual sentido, aduz Mirabete¹³:

O Direito Processual Penal, já denominado Direito Penal Adjetivo, é um ramo jurídico autônomo, em que se prevê a forma de realização e aplicação da lei penal, tornando efetiva sua função de prevenção e repressão dos crimes. É íntima a relação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, porque é através deste que se decide sobre a procedência de aplicação do *jus puniendi* (Direito Penal Subjetivo) do Estado, em conflito como o *jus libertatis* do acusado. Por essa razão, o Código Penal contém dispositivos a respeito da ação penal, que será disciplinada no Código de Processo Penal e nas leis extravagantes, para a efetivação do *jus puniendi* do Estado. Acresce ainda que, no Código Penal, são definidos como crimes certos fatos que lesam ou põem em perigo a regularidade da administração da Justiça, seja esta civil ou penal (arts. 338 a 359).

¹² PRADO, 2002, p. 40.

¹³ MIRABETE, 2001, p.28.

Assim, a efetividade do Direito Penal se concretiza quando aplicada a partir do Processo Penal, por meio do exame da função da norma de acordo com sua natureza formal ou material.

3 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL

Nos primórdios, mesmo antes da organização do homem em sociedade, as penas eram dotadas de um caráter divino, acarretando castigos, tortura e morte àqueles que descumpriam seus deveres para com os deuses. Buscava-se aplacar a ira divina e trazer novamente suas bênçãos.¹⁴

Outrossim, as penas também eram aceitas como vingança coletiva ou individual, muitas vezes em proporção maior que o delito cometido. A prática de penas desumanas, indignas, tais como morte, torturas, banimentos e acusações secretas, sem um devido processo legal eram comuns. Segundo Aníbal Bruno¹⁵:

(...) não a encontramos, em geral, como forma de reação punitiva dentro de uma comunidade primária. Lançar mãos ao agressor, para feri-lo ou matá-lo, em gesto de vingança, devia parecer à consciência desses grupos, impregnada das concepções de totem e tabu, tão condenável quanto à agressão. A reação é a expulsão do grupo, que não só eliminava aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus deuses e forças mágicas, como evitava a esta o contágio da mácula de que se contaminara o agente, violando o tabu, e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais, a que o grupo estava submetido.

A fim de propiciar certo equilíbrio entre dano e punição, surge a Lei de Talião, conhecida como “olho por olho, dente por dente”, a qual regulou a vingança privada estabelecendo um limite entre a ofensa e a reação, no entanto, era comum a punição por meio de lesões corporais, como mutilações. Segundo leciona Nilo Batista¹⁶:

Na antiga legislação babilônica editada pelo rei Hamurabi, verifica-se que se um pedreiro construísse uma casa e esta desabasse, matando o morador, o pedreiro seria morto; no entanto, se também morresse o filho do morador, o filho do pedreiro haveria de ser sacrificado. De nada adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico (uma acomodação do

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. In: **Teoria da Pena**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

¹⁵ BRUNO, Aníbal apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. In: **Teoria da Pena**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

¹⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Revan. 2001, p. 102.

terreno, por exemplo). Seria, sempre, objetivamente responsável; ele e sua família, dependendo da extensão do dano causado.

O Direito Religioso foi muito presente nos povos que antecederam e sucederam o nascimento de Jesus Cristo. Para os Hebreus, o apedrejamento era a forma mais comum de aplicação da pena de morte. A excomunhão também era uma forma de punição gravíssima, uma verdadeira morte civil.

Já a Lei das Doze Tábuas, criada por legisladores romanos igualmente teve seu papel de destaque na sociedade de Roma Antiga e previa, além de sanções semelhantes à Lei de Talião, a morte para crianças defeituosas. Por sua vez, durante o apogeu do império Romano, a crucificação, a exemplo do que ocorreu com Jesus Cristo também era uma forma de punição comum contra aqueles que violavam a Lei Mosaica e se mostraram contrários à supremacia divina do Imperador.

No período da Inquisição, os preceitos religiosos serviram de fundamento para legitimar, contra os denominados hereges, práticas cruéis de tortura, trabalhos forçados e morte, além do confisco dos bens para a Igreja.

Assim, a evolução dos grupos sociais em sociedade organizada, bem como, a partir do surgimento do Estado centralizado, delegou a este o poder-dever de punir os indivíduos pelas suas infrações. Nesse sentido, a partir da idéia precípua de evitar a justiça com as próprias mãos e de manter a sociedade organizada e subordina a um eixo comum para o bem de seu próprio desenvolvimento, adveio a idéia de que incumbe ao Estado punir, ideal este que perdura até os dias de hoje. Segundo Foucault¹⁷, a pena de prisão é mais antiga do que supomos, sendo utilizada antes mesmo da organização estatal:

A forma prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constitui fora do aparelho judiciário, quando se elabora, por todo o corpo social, o processo para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles, um aparelho completo, de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir, nascimento da prisão**. 3 ed. Trad. De Ligia de M. Pondé Vassalo. Petrópolis, RJ: Vozes, 1984, p. 207.

A prisão, caracterizada como reclusão e isolamento do convívio social adquiriu natureza de pena a partir do Direito Canônico, com vistas à expiação dos pecados. A partir da segunda metade do século XVI surgiu um movimento direcionado a desenvolver as penas privativas de liberdade em prisões construídas especificamente para esse fim, sendo a mais antiga representante a *Bridewell House of Correction* em Londres, de 1552.¹⁸ Contudo, foi no século XIX que a pena privativa de liberdade encontrou seu apogeu, conforme leciona Aníbal Bruno¹⁹:

Com o declínio das penas corporais, já incompatíveis com o novo direito, as penas privativas de liberdade entram rapidamente a generalizar-se, passando a ocupar o primeiro plano no quadro das medidas punitivas, e, por fim, nelas veio a centralizar-se todo o sistema penal moderno. Afastam-se da bruteza e violência das antigas punições, e a esse aspecto mais humano juntam as condições exigidas pela concepção atual da pena. Guardam o poder intimidativo, pelo qual realizam a função de prevenção geral, e atuam sobre o criminoso, segregando-o, para impedir que cometa novos crimes e para submetê-lo a um regime que promova o seu reajustamento social.

Por conseguinte, a história mostra que o Estado durante muito tempo atuou com abusos e arbitrariedades, sob o julgamento de um soberano desvinculado de um Direito legítimo e do senso de justiça, ocasião em que as penas eram impostas de acordo com a vontade da autoridade reputada divina, sem respeito ao cidadão e aos direitos mínimos. Sobre esse período absolutista destaca Bitencourt²⁰ citando Von Henting:

Tudo isso logo cresce desmesuradamente. Este fenômeno, como já referimos, estendeu-se por toda a Europa. Por razões de política criminal era evidente que ante tanta delinqüência, a pena de morte não era uma solução adequada, já não se podia aplicar a tanta gente.

A partir da transição do feudalismo para o capitalismo a pena de prisão surge como meio de controlar a grande massa de desfavorecidos e indisciplinados quanto ao regime de trabalho capitalista dominante. Nesse sentido, a pena de prisão não possuía sentido ressocializante, mas sim de aproveitamento da mão-de-obra gratuita gerada pelas prisões. O objetivo era acostumar o trabalhador ao duro regime capitalista com salários miseráveis, atendendo, em contrapartida à prevenção geral,

¹⁸ PRADO, 2002, p. 448.

¹⁹ BRUNO, Anibal. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p.59.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. In: **Teoria da Pena**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p.34

pois ou o trabalhador se submetia ao regime de trabalho, ou trabalhava forçadamente de graça nas prisões. Segundo Bitencourt²¹:

(...) o surgimento da prisão-pena explica-se menos pela existência de um propósito humanitário e idealista de reabilitação do delinqüente, e mais pela necessidade emergente de possuir um instrumento que permitisse a submissão da classe menos favorecida ao regime dominante, vale dizer, o capitalismo. O importante era fazer com que o recluso se acostumasse com o modo de produção, submetendo-se a ele e tornando ainda mais fácil o controle social.

A grande revolução no tocante à aplicação da pena ocorreu em 1764 com a obra “Dos Delitos e das Penas” de Cesare Bonesana Beccaria, o qual propôs penas proporcionais aos crimes praticados, bem como, demonstrou a ineficiência da pena de morte para coibição e diminuição dos crimes.

Desse modo, o sistema punitivo desenvolveu-se no período iluminista do século XVIII, a partir das primeiras idéias acerca dos direitos fundamentais do homem, de onde decorrem os postulados do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Todavia, a sociedade como um todo viveu um grande retrocesso durante a II Guerra Mundial com o advento do regime Nazista, o qual legitimou o Estado a praticar atrocidades somente em razão da raça e da origem, contando não só com o apoio popular, como igualmente, com a omissão das demais nações e da Igreja.

Já em relação à história do pensamento jurídico-penal brasileiro, pode-se dizer que este teve sua evolução pautada por três grandes períodos históricos, quais sejam: o período colonial, o período Imperial e o período republicano. Acerca do período colonial leciona Prado²²:

Na época pré-colonial, os autóctones que povoavam as terras brasileiras viviam em estado rudimentar, de profundo atraso e ínfima evolução. [...] O que existia eram simples regras consuetudinárias (tabus) comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e quase sempre piores de misticismo. Tem-se que na sociedade primitiva existente no Brasil antes do domínio português imperavam a vingança privada, sem nenhuma uniformidade nas formas de reação contra as condutas ofensivas [...] as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o país em nada influíram, nem então, nem depois, sobre nossa legislação penal. O Direito

²¹ BITENCOURT apud SHECAIRA, 2002, p. 34.

²² PRADO, 2002, pp. 92-96.

em vigor na colônia estava feito, precisando simplesmente ser aplicado, depois de importado [...] a história do direito brasileiro confunde-se, nos seus primórdios, como em grande parte de seu desenvolvimento, com o direito português. [...] As primeiras manifestações jurídicas, desde 1500 e por cerca de 30 anos, foram as bulas pontifícias, alvarás e cartas-régias, que, embora não diretamente destinados a reger a vida destas terras, a estas se referem, constituindo, por isso, os atos iniciais de uma legislação que urgia organizar-se e desenvolver-se para o governo de um vasto domínio colonial e, depois, de uma grande nação [...]. A matéria criminal está disposta de forma assistemática e irracional: os comportamentos incriminados, em números excessivos, referem tipos difusos, obscuros, derramadas, por vezes conflitantes; as penas são desproporcionais e, sempre, por demais cruéis; multas são cominadas para atender a exigências de política criminal mas com evidente intuito de locupletar o fisco; admitem-se tormentos, as provas semiplenais, os indícios, especialmente nos delitos mais graves. A ausência de originalidade e os demais defeitos apontados receberam, no final do século XVIII, a designação de *filipismos*. A vigência das leis portuguesas foi interrompida na região Nordeste do país pela dominação holandesa [...], um acidente histórico prontamente esquecido, por força da reação de cunho nacionalista dos brasileiro, em nada contribuindo para a formação de nosso Direito Penal.

No Brasil de 1740 o enforcamento e a decapitação eram penas admitidas, tal como ocorreu com Tiradentes. Ainda, as tribos indígenas brasileiras adotavam punições semelhantes às da Lei de Talião, sem, no entanto, serem incorporadas pela legislação oficial²³. Desse modo, Dotti²⁴ esclarece:

Ter encontrado sinais de punição na forma do talião e da vingança do sangue para as lesões cometidas nas tribos indígenas brasileiras. Acrescenta que a perda da paz também era utilizada, porém predominavam a pena de morte (através do tacape) e as penas corporais.

Por conseguinte, durante o período Imperial a Carta Magna brasileira, de 25 de março de 1824, outorgada por D. Pedro I, trouxe a menção à necessidade de elaboração de um Código Criminal. Assim, em 16 de dezembro de 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o primeiro Código autônomo da América Latina, ou seja, o Código Criminal do Império do Brasil, o qual se fundamentou nas idéias de Bentham, Beccaria e Mello Freire, bem como, no Código Penal Francês, no Código

²³ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, pp. 115-116.

²⁴ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998, p. 44.

Napolitano, entre outros, sem contudo, filiar-se a nenhum deles, apresentando notória originalidade.²⁵ Ressalta ainda Prado²⁶:

Sem dúvida, o Estatuto Penal do Império, dotado de clareza e concisão, inovou em diversas matérias e, dentre elas, convém por em evidência o esboço, pela vez primeira, do sistema de dias-multa para a sanção pecuniária, que a bem da verdade histórica, deveria ser denominado também de sistema brasileiro. A propósito, alude-se à previsão do dia-multa como uma das instituições mais interessantes e visionárias, sendo resultado da geral orientação talional kantiana do código.[...] Este Código brasileiro (...). Para a época continha grandes progressos. Em 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal e, finalmente, em 1871, a lei sobre os delitos culposos.

Outrossim, com a proclamação da República incumbiu a Batista Pereira elaborar um novo Código Penal, o que aconteceu no ano de 1890. Contudo, ressalta Prado²⁷ acerca desse diploma legal até a elaboração do atual Código de 1940:

Com efeito, elaborado de forma apressada e antes da Constituição Federal de 1891, sem considerar os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli, o Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo. [...] Com o passar do tempo, o primeiro Código Penal da República ficou profundamente alterado e acrescido de inúmeras leis extravagantes tendentes a completá-lo.[...] Em 1937, durante o Estado Novo, Alcântara Machado apresentou um projeto de Código Criminal Brasileiro, que, submetido ao crivo de uma comissão revisora, acabou sendo sancionado, por decreto de 1940, como Código Penal, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, ainda que parcialmente reformado. Dentre as leis que modificaram o Código Penal em vigor, merecem destaque a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, e a Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que instituiu uma nova parte geral, com tópicos de nítida influencia finalista.

Assim, o Século XX experimentou uma verdadeira revolução no Direito Penal, com a consolidação dos direitos e garantias individuais. Nesse sentido, foram admitidas as penas restritivas de direitos, de multa, até evoluir para a transação penal e substitutivas de prisão por prestação de serviços comunitários. Ainda, consolidou-se a punibilidade de acordo com o dano e as características pessoais,

²⁵ PRADO, 2002, pp. 96-97.

²⁶ Ibid., p.98.

²⁷ Ibid., pp. 99-100.

bem como, a punibilidade da pessoa jurídica, especialmente pelos crimes ambientais.

A tendência atual do Direito Penal consiste em aplicar penas alternativas de acordo com o princípio da lesividade, sem que a solução seja sempre o isolamento social, tendo em vista que a pena privativa de liberdade mina os direitos fundamentais de igualdade e de liberdade, corolários do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

4 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL

Os princípios atuam como fonte, limite e direção da correta e justa interpretação e aplicação das normas penais, de modo que não se pode cogitar “uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto.”²⁸ Segundo Mello:²⁹

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Nesse sentido, para Capez³⁰, a dignidade humana, como princípio genérico e reitor do Direito Penal decorrem outros princípios mais específicos, que propiciam um controle de qualidade do tipo penal, dentre os quais, os princípios da legalidade, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade. Adiante serão abordados alguns desses princípios, como pressuposto ao entendimento do objeto do presente estudo.

4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está disposto no artigo 5º, inciso II, em sentido amplo e inciso XXXIX, em sentido estrito, da Constituição Federal³¹, os quais

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 11-12.

²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 451. In: CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 1., 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

³⁰ CAPEZ, op. cit., p. 12.

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2010.

asseguram que as obrigações impostas ao cidadão serão sempre derivadas de lei, bem como, que qualquer tipo penal e sua conseqüente punição sujeita ao seu prévio estabelecimento em lei. Tais garantias visam coibir a ação arbitrária e o abuso de poder por parte do ente Estatal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

O artigo 1º do Código Penal³² igualmente estabelece:

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Da mesma forma, o artigo 3º da Lei de Execução Penal³³ prevê:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

De acordo com Prado³⁴ sobre o princípio da legalidade:

[...] não há crime (infração penal), nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas conseqüências jurídicas está submetida à lei *formal* anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta lex praevia et lex certa*).[...] O seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal, por meio da realização da certeza do direito.[...] A lei formal e tão somente ela é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato

³² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 4 mai. 2010.

³³ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 mai. 2010.

³⁴ PRADO, 2002, pp.111-113.

normativo (v.g.: medida provisória), do costume ou do argumento analógico *in malam partem* exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*).

Igualmente, Moraes³⁵ esclarece que “só por meio de espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral”.

Além disso, decorre deste princípio o da reserva legal, o qual estabelece a competência absoluta do Poder Legislativo para legislar sobre matéria penal, impedindo o Poder Executivo de atuar em sede de normatização penal, bem como, que a regulação de determinadas matérias específicas, caso a caso, são feitas obrigatoriamente por lei formal, retirando tal possibilidade de outras fontes.

Do princípio da legalidade ainda derivam os postulados de garantia jurisdicional e penitenciária ou de execução; o princípio da irretroatividade da lei e sua exceção, ou seja, a lei penal não retroagirá, salvo em benefício do réu, nos termos do art. 5º, inciso XL da Constituição Federal e art. 2º do Código Penal; e por fim, princípio da taxatividade ou da determinação, que regula a técnica de elaboração da lei penal, a qual deve ser clara, precisa e determinada, com perfeita descrição quanto ao tipo penal e sua respectiva sanção, de modo a garantir a segurança jurídica.³⁶

Igualmente, assevera Damásio de Jesus³⁷ que “somente a lei pode definir crimes e impor sanções penais, sendo vedado esse poder a outras fontes, como as medidas provisórias, ainda que beneficiem o agente”.

Segundo Gomes³⁸, a principal finalidade do princípio da legalidade é:

Ela tem por finalidade impedir que a condenação penal seja utilizada na contingência de uma luta política, e segundo as circunstâncias, como instrumento de humilhação do adversário; isto se dá não apenas por assegurar a predeterminação do direito, mas por garantir, também, sua produção por parte dos dotados de legitimação substancial para tal.

Ainda, de acordo com Teles³⁹ o princípio da legalidade é a base, a viga mestra, o pilar que sustenta toda a ordem jurídica penal e, “por mais imoral que seja a conduta humana, ela só corresponderá a uma sanção penal se, antes de sua

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.69.

³⁶ PRADO, 2002, p.114.

³⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal – Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 66.

³⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

³⁹ TELES, Ney Moura. **Direito penal: princípios constitucionais; teoria da lei penal; teoria do crime**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 73.

prática, tiver entrado em vigor uma lei, considerando-a crime”. Do mesmo modo ressalta Damásio de Jesus⁴⁰:

O princípio da legalidade (ou reserva legal) tem significado, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.

Portanto, fica evidente que este princípio é um dos mais importantes para o Direito Penal e a legitimidade de sua existência.

4.2 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O princípio da culpabilidade significa que a responsabilidade auferida no Direito Penal é subjetiva, ou seja, deve o agente agir com dolo ou culpa. As condutas puníveis são aquelas inevitáveis, onde o agente poderia ter agido de outro modo a fim de evitar o dano. Outrossim, a pena deve ser calculada com base na culpabilidade do agente, de acordo com sua imputabilidade, consciência da ilicitude, e inexigibilidade de conduta diversa. De acordo com Prado⁴¹:

Postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (nulla poena sine culpa) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade. [...] A culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena. Esse princípio diz respeito ao caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano. Costuma-se incluir no postulado da culpabilidade em sentido amplo o princípio da responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva como parte de seu conteúdo material em nível de pressuposto da pena. [...] Destarte, o Direito Penal só pune fatos (ação/omissão), daí estabelecer uma responsabilidade por fato próprio (Direito Penal do fato), opondo-se a um direito penal do autor fundado no modo de vida ou no caráter.

⁴⁰ JESUS, 2005, p.61.

⁴¹ PRADO, 2002, p.117.

Do mesmo modo, Capez⁴² leciona:

[...] nenhum resultado objetivamente típico pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva. Do mesmo modo, ninguém pode ser responsabilizado sem que reúna todos os requisitos da culpabilidade.

Nesse sentido, discute-se quanto à culpabilidade nos crimes de apropriação indébita previdenciária, diante da inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que a empresa tem muitos encargos trabalhistas e fiscais para arcar, conforme adiante melhor se discutirá.

4.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade processual está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que nada mais é do que proporcionar tratamento igual às partes e seus procuradores a fim de que tenham as mesmas oportunidades de aduzir suas razões e participar do convencimento do juízo⁴³, bem como, que é vedada qualquer distinção de gênero, raça, credo, condição social ou pensamento político. Igualmente, o parágrafo único do artigo 3º da Lei de Execução Penal⁴⁴ estabelece que não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Segundo diz Olmedo, citada por Tourinho Filho, “a norma constitucional segundo a qual todos são iguais perante a lei traduz-se, em juízo, como a igualdade das partes”.⁴⁵ A Doutrina de Cintra et al.⁴⁶ exemplifica que:

⁴² CAPEZ, 2004, p. 28.

⁴³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.53.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

⁴⁵ OLMEDO, Clarita. Derecho Procesal. v.1. Buenos Aires: Depalma, 1989, p.83. In: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.19.

⁴⁶ CINTRA, op. cit., p.54.

No processo civil legitimam-se as normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade em armas, sempre que alguma causa ou circunstancia exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades.

Igualmente, Moraes⁴⁷ traz importante assertiva:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça (...).

De acordo com Dinamarco⁴⁸:

Perante a Constituição e a lei, o juiz tem o compromisso de dar ele próprio esse tratamento equilibrado e de desencadear medidas capazes de superar desequilíbrios eventualmente existentes (CPC, art. 125, inc. I) O processo será justo e équo na medida em que a o juiz seja capaz de chegar a esse *optimum*, sem que o autor seja privilegiado em nome de uma obcecada busca da celeridade processual e sem que os sentimentos pessoais do juiz o influenciem na condução do processo e julgamento da causa. Esses aspectos isonômicos constituem o conteúdo da garantia constitucional da igualdade das partes e do dever judicial de dar a estas um tratamento que realize as exigências constitucionais.

Sendo assim, com a incumbência dada ao Poder Judiciário de dizer o Direito, o princípio da legalidade está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade, uma vez que as partes em litígio não podem sofrer a aplicação da legislação de forma arbitrária e desmedida.

4.4 PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Por estes princípios a aplicação da pena fica restrita ao acusado e ao estabelecido em lei para sua aplicação e execução, nos termos do artigo 5º, incisos XLV, XLVI, XLVIII, L, da Constituição Federal e artigo 5º da Lei de Execução Penal:

⁴⁷ MORAES, 2003, p.64.

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 290.

Art. 5º [...]

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes [...]:

[...]

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

[...]

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;⁴⁹

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.⁵⁰

Segundo lição de Prado⁵¹, o princípio da personalidade da pena impede a punição por fato alheio, ou seja, só o autor da infração penal pode ser apenado, como ainda, deve ser observada a proporcionalidade da aplicação da pena de acordo com a magnitude da lesão e a periculosidade criminal do agente.

Desse modo, a cominação penal além de incidir estritamente sobre o autor do ilícito deve, igualmente, considerar fatores subjetivos do mesmo, tais como a periculosidade, reincidência, antecedentes, personalidade, entre outros, os quais serão apurados e determinados pela Comissão Técnica de Classificação, cuja competência restringiu-se a individualizar a pena privativa de liberdade após o advento da Lei nº 10.792/2003, que em seu artigo 6º⁵² estabelece:

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 jun. 2010.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2010.

⁵¹ PRADO, 2002, p. 120.

⁵² BRASIL. **Lei 10.792 de 01 de dezembro de 2003**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 jun. 2010.

O princípio da individualização implica na obrigatoriedade do julgador se ater à fixação da pena conforme sua cominação legal em espécie e quantidade, e determinar a forma que se dará a execução da pena, consoante o citado artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal.⁵³ Ainda, mister destacar que a individualização da pena se verifica em três momentos, quais sejam: cominação legislativa, aplicação da pena e execução da pena.

4.5 PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE

Este princípio encontra-se previsto em vários incisos do art. 5º da Constituição Federal, dentre os quais os incisos LIII, LIV, LV, LVII. Tal postulado se presta a proibir que a sanção penal seja aplicada sem a instauração do devido processo judicial.

Assim, não pode haver pena sem processo, bem como, não há processo sem juiz.⁵⁴ Outrossim, o acesso à jurisdição é pressuposto material e lógico dos direitos fundamentais.⁵⁵ Assim, uma sentença penal garantidora dos direitos e garantias fundamentais deve ser pautada na verdade obtida a partir de um devido processo legal, com fundamento na verdade real. Segundo Fernandes⁵⁶:

Não é mais possível aceitar afirmações de que o condenado não tem direitos, que não pode manifestar a sua vontade, devendo se submeter passivamente à execução da pena. Ele está sujeito à execução forçada, mas não fica entregue aos caprichos e abusos dos órgãos dele encarregados.

Desse modo, o princípio da jurisdicionalidade significa tanto a necessidade de um processo penal para que exista uma sentença penal condenatória, quanto a

⁵³ PRADO, 2002.p. 120.

⁵⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 322-ss.

⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 70.

⁵⁶ SCARANCA FERNANDES, Antônio. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 1, n. 3, p.85, jul./set. 1993.

exclusividade do poder jurisdicional, do juiz natural, bem como, da independência funcional na magistratura e da estrita submissão à lei⁵⁷.

4.6 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

É assegurado a todo cidadão, como garantia individual, o direito ao processo, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, bem como, ao devido processo legal, disposto no artigo 5º, inciso LIV do referido diploma⁵⁸.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

O princípio do devido processo legal não se esgota na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo, mas envolve, igualmente, aspectos fundamentais como a garantia do juiz natural e do juiz competente, a garantia de acesso à justiça, de ampla defesa e contraditório, publicidade, presunção de inocência e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais.

No direito processual moderno faz-se uma assimilação da idéia de devido processo legal à de processo justo. Nesse âmbito o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio coordenando e delimitando todos os demais princípios que informa tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e a razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

⁵⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp.397-429.

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Sobre o princípio do devido processo legal Grinover⁵⁹ assim dispõe:

As garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se de garantias exclusivas das partes em garantias da jurisdição, e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre as partes e o juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.

Desse modo, o devido processo legal nada mais é do que a efetiva possibilidade das partes terem acesso à justiça, deduzindo pretensões e defendendo-se do modo mais amplo possível.⁶⁰

4.7 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O princípio da fragmentariedade guarda estreita relação com o princípio da intervenção mínima. Assim, segundo Prado⁶¹:

Já pelo postulado da fragmentariedade, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Desse modo, opera-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. [...] Esclareça-se, ainda, que a fragmentariedade não quer dizer, obviamente, deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade.

Em igual sentido, para Capez, a intervenção mínima “tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal”⁶².

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo constitucional em marcha**. In: SÁ DOS SANTOS, Sandra Aparecida. **A inversão do ônus da Prova**: como uma garantia do devido processo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.50.

⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.41.

⁶¹ PRADO, 2002, p.120.

⁶² CAPEZ, 2004, pp. 11-12.

Ressalta ainda Capez⁶³:

Somente haverá Direito Penal naqueles raros episódios típicos em que a lei descreve um fato como crime; ao contrário, quando ela nada disser, não haverá espaço para a atuação criminal. Nisso, aliás, consiste a principal proteção política do cidadão em face do poder punitivo estatal, qual seja, a de que somente poderá ter invadida sua esfera de liberdade, se realizar uma conduta descrita em um daqueles raros pontos onde a deli definiu a existência de uma infração penal. Ou o autor recai sobre um dos tipos, ou se perde no vazio infinito da ausência de previsão e refoge à incidência punitiva. O sistema é, portanto, descontínuo, fragmentado (um tipo aqui, um tipo ali, outro lá e assim por diante).

Desse modo, o princípio da fragmentariedade significa que nem todas lesões a bem jurídicos serão tutelados pelo Direito Penal, ou seja, apenas fragmentos de maior importância social.

4.8 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA APLICADO AO ART. 168-A DO CP

O princípio da intervenção mínima significa que ao Estado somente compete intervir subsidiariamente, ou seja, quando nenhum outro ramo do direito é apto a dar a resposta para o conflito social, atuando, desse modo, como *ultima ratio*. De acordo com Prado⁶⁴:

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só dever atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Igualmente, para Capez⁶⁵:

⁶³ CAPEZ, 2004, pp. 19-20.

⁶⁴ PRADO, 2002, p.119-120.

⁶⁵ CAPEZ, op. cit., p. 22.

Da intervenção mínima decorre, como corolário indescutível, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. [...] Se existe um recurso mais suave em condições de solucionar plenamente o conflito, torna-se abusivo e desnecessário aplicar outro mais traumático. A intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal decorrem da dignidade humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito, e são uma exigência para a distribuição mais equilibrada da justiça.

Assim, pelo princípio da intervenção mínima somente faz jus à tutela penal a violação a bens jurídicos relevantes que não possam ser protegidos ou punidos de outra maneira ou por outros ramos do direito, uma vez que a lei penal é o último recurso a ser utilizado. Segundo Bitencourt⁶⁶:

Os legisladores contemporâneos têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal que acaba perdendo sua força intimidativa diante da inflação legislativa reinante nos ordenamentos jurídicos.

Acerca dos crimes de apropriação indébita previdenciária, a jurisprudência acata o princípio da intervenção mínima, em consonância com o princípio da insignificância aduzido:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PERDÃO JUDICIAL CONCEDIDO. ART. 168 - A, § 3º, DO CP. EXTINTA A PUNIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO SUMULAR 18/STJ. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. 1. Condenada a embargante à pena de 2 (dois) anos de reclusão pela prática do delito de apropriação indébita previdenciária, o magistrado deixou de lhe aplicar a sanção, com base no art. 168 - A, § 3º, do CP. 2. O legislador, em respeito ao princípio da intervenção mínima, criou no § 3º do art. 168 - A do Código Penal, uma espécie de perdão judicial, ao permitir que o juiz deixe de aplicar a reprimenda, nos casos em que o valor do débito (contribuições e acessórios) não seja superior ao mínimo exigido pela própria previdência social para o ajuizamento de execução fiscal. 3. Dessa forma, concedido perdão judicial à ré, incide, no caso, o enunciado sumular 18 desta Corte, que assim dispõe: "A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório". 4. Assim, não se vislumbra o interesse recursal da defesa em pugnar pelo reconhecimento da prescrição superveniente da pretensão punitiva do Estado, por já ter sido declarada a extinção da punibilidade quanto ao delito a ela imputado. 5. Embargos

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**: parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 315.

declaratórios não conhecidos. (STJ; EDcl-AgRg-Ag 748.381; Proc. 2006/0038422-0; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 03/10/2006; DJU 23/10/2006; Pág. 350)

De acordo com Mirabete⁶⁷:

O ordenamento positivo deve ter como excepcional a previsão de sanções penais e não se apresentar como um instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares, muitas vezes servindo apenas de interesses políticos [...] a sanção penal estabelecida para cada delito deve ser aquela "necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (na expressão acolhida pelo art. 59 do CP), evitando-se o excesso punitivo sobretudo com a utilização da pena privativa de liberdade [...] deve buscar na realidade fática o substancial para tonar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes quando dos movimentos de criminalização, neocriminalização, descriminalização e despenalização.

Desse modo, é evidente que o crime de apropriação indébita viola o princípio da intervenção mínima, uma vez que o Estado para cobrar dívidas não precisa criar um novo tipo penal, sujeitando o agente à sanção tão grave como a privativa de liberdade. Ademais, existe a ação de execução fiscal, que já é um meio hábil de se cobrar dívidas. Usar indiscriminadamente o Direito Penal como forma de ameaça ou como a panacéia de todos os problemas é banalizar este especial ramo do direito que só deve ser utilizado em última instância. Essa opção dos legisladores de tipificarem condutas de menor importância e com pouca técnica jurídica gera ainda uma instabilidade do Direito Penal, pois dificilmente alguém será condenado e preso por realizar essas condutas criminosas.

Portanto, a descriminalização de condutas, como corolário do princípio da intervenção mínima, bem como, a busca por sanções alternativas são os meios adequados para o melhor funcionamento da máquina estatal.

4.9 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO AO ART. 168-A DO CP

Pelo princípio da insignificância são excluídas da sanção penal as condutas ínfimas, que nada ou pouco violem bens jurídicos igualmente irrelevantes. Nesse sentido, esclarece Prado⁶⁸:

⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v.1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 117.

⁶⁸ PRADO, 2002, p.124.

[...] enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade em caso de danos de pouca importância.

Consoante aduz Capez⁶⁹:

[...] tal princípio funda-se no conhecido brocardo de *minimis non curat protetor*.[...] Segundo tal princípio, o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.[...] razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos.[...] O princípio da insignificância não é aplicado no plano abstrato.[...] Tal princípio deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades.

O Princípio da Insignificância tem grande aplicação dentro dos crimes de apropriação indébita previdenciária, pois se o valor indevidamente apropriado pelo agente é irrisório, incapaz de afetar negativamente o patrimônio público das receitas previdenciárias, pode-se dizer, então que o fato é insignificante para a esfera penal, sendo, portanto, atípico.

Nesse sentido, a Lei Previdenciária estabelece, de forma administrativa um valor mínimo para que seja ajuizada uma ação fiscal. Assim, considerando-se esse patamar, qualquer valor igual ou inferior a ele é reputado insignificante.

Contudo, não se está a falar em renúncia do Estado à persecução penal, uma vez que a ação penal é obrigatória, pois, somente ao final do processo é que se verificará a aplicação do aludido princípio, concedendo-se o perdão judicial ao agente. De acordo com Toledo⁷⁰:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.

⁶⁹ CAPEZ, 2004, pp. 14-15.

⁷⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 133.

Ainda, segundo Gomes⁷¹:

A lei isolada não é o Direito. Toda lei deve ser interpretada dentro do contexto jurídico global: *lex non est textus sed contextus*. Admitir o princípio da insignificância não significa, *data venia*, revogar a lei. A boa exegese manda que se descubra sempre o que está oculto no aparente.

A jurisprudência, igualmente, entende pela aplicação do princípio da insignificância e, conseqüentemente, da exclusão da tipicidade aos crimes de apropriação indébita previdenciária quando o valor sonogado é inferior ao estabelecido pela Administração para o ajuizamento de suas ações fiscais:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A, § 1º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. MULTA E JUROS. DESCONSIDERAÇÃO. VALOR ILUDIDO INFERIOR A R\$ 10.000,00. INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. As multas tributárias e os juros de mora devem ser desconsideradas tanto para efeito da mensuração das consequências do delito, como para aferição da lesividade e da adequação típica da conduta. Aplica-se o princípio da insignificância jurídica, como excludente da tipicidade do delito de sonegação fiscal (artigo 1º da Lei n.º 8.137/90 e artigos 168-A, 334 - descaminho - e 337-A do Código Penal), quando, para fins de persecução penal, o valor dos tributos iludidos é inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), montante estabelecido pela Administração como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. (TRF 4ª R.; ACr 0001558-62.2009.404.7107; RS; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wovk Penteado; Julg. 15/09/2010; DEJF 06/10/2010; Pág. 468)

PENAL. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VALOR INFERIOR A R\$ 10.000,00. INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEFESA TÉCNICA DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. SÚMULA Nº 523 DO STF. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. AUTORIA. DOMÍNIO DO FATO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. DOCUMENTOS INSUFICIENTES. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. Aplica-se o princípio da insignificância jurídica, como excludente da tipicidade do delito de apropriação indébita previdenciária CP, art. 168-A), quando, para fins de persecução penal, observada a prescrição da pretensão punitiva, o valor dos tributos aludidos remanescentes é inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), montante estabelecido pela Administração como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte. 2. Não caracterizada ausência de defesa técnica ou inexistindo prova de prejuízo ao réu pela sua deficiência, não há falar em nulidade da ação penal, consoante dispõe o enunciado da Súmula nº 523 do STF. 3. Ocorre a prescrição da pretensão punitiva do Estado se entre a data da omissão, isoladamente considerada, e a do recebimento da

⁷¹ GOMES, Luis Flávio. **Crimes previdenciários**: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa. São Paulo: RT, 2001, p. 67.

denúncia houve o transcurso do prazo aplicável à espécie segundo o que dispõem os incisos do artigo 109 do Código Penal. 4. A autoria do crime de apropriação indébita previdenciária é atribuída àquele que, à época dos fatos, participava da administração do empreendimento. Aplicação da teoria do domínio do fato, pela qual se considera autor quem tem o controle final da ação e decide sobre a prática, circunstâncias e interrupção do crime. 5. Para configurar a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa é necessário que as graves dificuldades financeiras alegadas estejam sobejamente comprovadas documentalmente a ponto de terem afetado não só a empresa, mas também o patrimônio pessoal do denunciado. Precedentes deste Tribunal. 6. Hipótese na qual, apesar de haver indícios da alegada crise econômica, não foram trazidos aos autos documentos aptos à demonstração do impacto desta na gestão do empreendimento e no patrimônio pessoal do acusado, circunstâncias imprescindíveis para o acolhimento da correspondente exculpante. 7. A razão unitária da pena de multa e a prestação pecuniária devem manter relação com a condição econômica pessoal do acusado. (TRF 4ª R.; ACr 2007.71.08.009578-0; RS; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz; Julg. 01/09/2010; DEJF 15/09/2010; Pág. 475)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 337-A DO CÓDIGO PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR CONSOLIDADO DOS DÉBITOS INFERIOR AO TETO DE RELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA. EXCLUDENTE DE TIPICIDADE. 1. Reconhecimento da prescrição em relação a algumas parcelas quanto ao delito do 168-A. 2. Na linha da orientação jurisprudencial, aplica-se o princípio da insignificância jurídica, como excludente de tipicidade, aos crimes em que há elisão tributária, tais como os inscritos nos artigos 168-A, 334 e 337-A do Estatuto Repressivo, quando a supressão das exações consistentes no valor consolidado - principal mais acessórios - não exceder o teto previsto no artigo 20, caput, da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 11.033/2004, correspondente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), porque o patamar é considerado irrelevante pela Administração Pública para efeito de processamento de execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União. (TRF 4ª R.; QO-ACr 2008.71.07.000766-7; RS; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus; Julg. 18/08/2010; DEJF 01/09/2010; Pg. 607)

Assim, o princípio da insignificância se presta a excluir da sanção criminal condutas que não atinjam bens jurídicos relevantes e cuja violação seja, igualmente, de pequena importância, limitando a atuação penal sobre condutas que não interfiram na vida em sociedade. Face ao exposto, conclui-se que o Estado não possui o interesse em movimentar o aparato judicial para a cobrança e persecução penal em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária de valor inferior a dez mil reais.

5 CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA

A apropriação indébita é um crime previsto no art. 168 do Código Penal⁷²:

Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

I - em depósito necessário;

II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

Segundo Damásio de Jesus⁷³, “a característica fundamental desse crime é o abuso de confiança”. Ainda, ressalta o autor⁷⁴:

O sujeito ativo, tendo a posse ou a detenção da coisa alheia móvel, a ele confiada pelo ofendido, em determinado instante passa a comportar-se como se fosse dono, ou se negando a devolvê-la ou realizando ato de disposição. O CP protege, na espécie, o direito patrimonial.

Assim, em sentido estrito, apropriar-se significa fazer sua coisa alheia. Necessário esclarecer que para a configuração da apropriação indébita deve existir a posse ou a detenção prévia e justa. De acordo com Eisele⁷⁵ a apropriação indébita consiste na “violação fiduciária ou, na expressão tradicional, abuso de confiança, elaborado pelo Direito Francês e previsto originalmente no Código de 1971”. Nesse sentido, na apropriação indébita o agente se faz proprietário do bem. Esclarece Salles Júnior⁷⁶:

⁷² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 jun. 2010.

⁷³ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte especial**. v. 2. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.415.

⁷⁴ Ibid., p.415.

⁷⁵ EISELE, Andréas. **Apropriação indébita e o ilícito penal tributário**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 70.

⁷⁶ SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Apropriação indébita**. V. 8. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.13.

Na apropriação indébita não ocorre uma violação da posse material do dono. A coisa não é subtraída (como no furto ou roubo), nem obtida fraudulentamente (como no estelionato). Ao revés é entregue, voluntária e licitamente, pelo proprietário, passando para a posse ou detenção do agente. O poder de fato do agente sobre a coisa é anterior ao crime. A quebra da fidelidade reside justamente no fato de o agente inverter o título da posse ou detenção. A posse ou detenção legítima, permitida ou tolerada, portanto, sempre a título precário, converte-se em poder de disposição. Não reclama o delito dolo inicial, mas sim, subsequente.

A apropriação indébita somente admite a forma dolosa, uma vez que a lei não prevê a conduta culposa para este tipo penal. De acordo com Noronha⁷⁷, neste delito trata-se de dolo específico, consistente no fim de obter proveito em detrimento de outro. Já Hungria⁷⁸ entende que se trata de dolo genérico, pois a apropriação é elemento de fato do crime e não a finalidade posterior do agente. A simples mora em restituir ou desídia em omitir a coisa não configura apropriação indébita. Assim, ainda persistem divergências doutrinárias acerca da exigência do tipo - no crime de apropriação indébita - em ser o dolo genérico ou específico. Todavia, a jurisprudência já é pacífica no sentido de que se trata de dolo específico.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DOLO ESPECÍFICO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ANÁLISE DÉFICIENTE. ABRANDAMENTO DAS PENAS-BASE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. FIXAÇÃO DO ABERTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 33, §2º, 'C', §3º DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PREENCHIDOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.- Havendo prova cabal de que o apelante apropriou-se de cheques de seus clientes, cuja posse era exercida em razão da profissão, resulta inviável a súplica absolutória, mormente quando resulta incontroverso que sua intenção consistia em ter a coisa para si, como proprietário, sem a vontade de restituí-la.- A análise da culpabilidade impõe o exame da maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, não podendo ser considerada como desfavorável na hipótese em que a conduta do acusado não refogue à esfera normal dos delitos da espécie.- A existência de processo criminal, sem sentença condenatória transitada em julgado, não é suficiente para a caracterização dos maus antecedentes criminais. Inteligência do artigo 63 do Código Penal. Precedentes do STJ.- Não podem ser consideradas como desfavoráveis a conduta social e a personalidade do agente quando inexitem nos autos elementos seguros a apontar qualquer conclusão negativa a respeito.- A alegação de que "a prática delituosa causou prejuízo às vítimas" não constitui motivação idônea para se considerar como desfavoráveis as consequências do crime.- Revela-se imprescindível o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena quando verificadas a não-reincidência do agente e a cominação das penas-base no mínimo

⁷⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 335.

⁷⁸ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. V. VII. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.135.

legal, respeitados os demais requisitos do artigo 33 do Código Penal.- O acusado que preenche os requisitos objetivos e subjetivos estatuídos no artigo 44 do Estatuto Repressivo, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (Apelação Criminal nº 1.0525.01.001038-3/001 - comarca de Pouso Alegre - apelante(s): Ricardo Molinari - apelado(a)(s): Ministério Público estado Minas Gerais - relator: Exmo. Sr. Des. Renato Martins Jacob)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRIVILEGIADA. DESPACHANTE. ATRASO NA TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO.- O delito previsto no artigo 168 do Código Penal exige a indubitável demonstração do 'animus rem sibi habendi', de forma que o simples atraso no cumprimento de uma obrigação contratual não configura apropriação indébita, máxime quando a mora ocorre por fatos alheios à vontade do agente. (Apelação Criminal Nº 1.0701.02.014658-8/001 - Comarca de Uberaba - Apelante(S): Carlos Antônio Pedro - Apelado(A)(S): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. Renato Martins Jacob)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. 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. 1. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: Ais 382.214, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 114.548-AGR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. 2. De mais a mais, o acórdão impugnado afina com a jurisprudência desta nossa corte, que, em sede de habeas corpus, assentou o entendimento de que não se exige a configuração do dolo específico para caracterização do crime de apropriação indébita previdenciária. Precedentes: RHC 86.072, da relatoria do ministro eros grau; HC 96.092, da relatoria da ministra cármen lúcia; e HC 87.107, da relatoria do ministro cesar peluso. 3. Agravo desprovido. (STF; AI-AgR 699.103; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Ayres Britto; Julg. 17/08/2010; DJE 17/09/2010; Pág. 68)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA - RECEBIMENTO DE VALORES, EM RAZÃO DA PROFISSÃO, PARA PAGAMENTO A TERCEIRO - DESTINAÇÃO DOS RECURSOS CORROMPIDA - UTILIZAÇÃO DA IMPORTÂNCIA PARA PAGAMENTO DE DÍVIDAS PRÓPRIAS - POSSE INVERTIDA - DOLO CARACTERIZADO - CONDENAÇÃO CONFIRMADA - RESSARCIMENTO DIFÍCIL E PARCIAL DA VÍTIMA - NÃO-INCIDÊNCIA DE CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA, OU MESMO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE - PENA DE MULTA - REDUÇÃO DE OFÍCIO - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Configura crime de apropriação indébita majorada a conduta de quem, na qualidade de corretor de imóveis, recebe determinada importância de um cliente, destinada ao pagamento de imposto municipal (ITBI), e dá destinação absolutamente anormal ao recebimento, usando-o em proveito próprio, invertendo o título da posse. No delito de apropriação indébita, o ressarcimento do prejuízo antes ou depois do recebimento da exordial acusatória não enseja a extinção da punibilidade, podendo incidir apenas como causa de diminuição da pena (v.g. arrependimento posterior) ou como circunstância atenuante (art. 65, III, "b", do CPB). No caso em tela, o réu não restituiu a coisa até o

recebimento da denúncia, por ato voluntário, tampouco procurou, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou mesmo reparou o dano antes do julgamento, não fazendo jus, portanto, ao reconhecimento das aludidas atenuante ou minorante. Havendo desproporcionalidade entre a reprimenda carcerária e pecuniária, com exacerbação da última, é dever do Órgão Revisor reduzi-la, ainda que ex officio, em atenção ao princípio da proporcionalidade. (Apelação Criminal N° 1.0024.02.787606-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(S): Avmar Almeida - Apelado(A)(S): Ministério Público Estado Minas Gerais - Relator: Exmo. Sr. Des. William Silvestrini)

O sujeito ativo no crime de apropriação indébita é aquele que tem a posse ou a detenção de coisa alheia, em uma relação obrigacional, de confiança entre agente e vítima.

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. Apropriação indébita (art. 168, caput, do CP). Acusado que se apossa do dinheiro da vítima, ao invés de depositá-lo conforme combinado. Testemunhas que confirmam que o recorrente recebeu o envelope com a pecúnia. Robusto conjunto de provas. Negativa de autoria que não encontra amparo nos autos. Sentença mantida. Recurso defensivo desprovido. (TJSC; ACr 2010.045210-7; Canoinhas; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Alexandre d'Ivanenko; Julg. 24/09/2010; DJSC 05/10/2010; Pg. 350)

Vale diferenciar que se o agente é funcionário público, configura o crime de peculato, nos termos do artigo 312 do CP⁷⁹.

Ressalta-se que na apropriação indébita o sujeito ativo realiza o ato demonstrativo que inverteu o título da posse, mediante venda, doação, penhor, consumo, ocultação etc. Ademais, na negativa de restituição o sujeito ativo deixa claro à vítima de que não irá lhe devolver o bem móvel⁸⁰. Esclareça-se ainda que “só há apropriação indébita na detenção desvigiada. Sendo vigiada, o fato passa a constituir furto”⁸¹.

Ademais, a origem do fato ensejou a posse ou a detenção deve ser lícito e sem violência, coação, erro, vício, clandestinidade etc. Para configuração da apropriação indébita não se faz necessária a prévia interpelação judicial. A apropriação indébita é um delito comum, simples, instantâneo, comissivo e material⁸².

⁷⁹ JESUS, 2003, p.415.

⁸⁰ Ibid., p.416.

⁸¹ Ibid., p.417.

⁸² Ibid., pp.417-419.

A apropriação indébita se consuma quando o agente dispõe da coisa alheia ou se recusa a devolvê-la. A tentativa só é admitida na hipótese de apropriação indébita propriamente dita, quando o agente é interrompido no momento em que se desfaz do bem.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA - CONSOMAÇÃO. A apropriação indébita é crime de caráter instantâneo e a sua consumação ocorre no exato instante em que o agente inverte a posse da *res* ou a detenha com *animus* de transformá-la de alheia em própria (TJGO - Ac. unân. da 1.^a Câ. Crim. julg. em 29-5-2003 - Ap. 23739-0/213-Capital - Rel. Des. Paulo Teles; in ADCOAS 8220964).

Insta ressaltar, que regra geral a ação é pública incondicionada, excetuada a hipótese quando o delito é praticado em prejuízo de cônjuge, irmão, tio ou sobrinho com quem o agente coabita, ocasião em que a ação penal será pública condicionada à representação.

6 CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

A apropriação indébita previdenciária está prevista no art. 168-A do Código Penal⁸³, senão vejamos:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

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 arrecadada do público; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 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 da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 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: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

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. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

⁸³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 3 ago. 2010.

Verifica-se que o crime de apropriação indébita previdenciária é relativamente recente, sendo introduzido no Código Penal com a Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000. Segundo Castro e Lazzari⁸⁴:

Essa norma tem objetivo claro, qual seja, evitar a sonegação fiscal, inibindo o desvio de contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Tutela a subsistência financeira das ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. [...] Além da denominação, a nova lei inova ao descrever a conduta como 'deixar de recolher contribuições à Previdência Social' e não mais à Seguridade Social, como previa o art. 95, *d*, da Lei 8.212/91. A nosso ver, a mudança não foi apropriada, pois a Constituição trata no art. 195 das contribuições ao financiamento da Seguridade Social. Nem todas as contribuições arrecadadas se destinam ao custeio da Previdência, já que parte dos recursos financia a Saúde e a Assistência Social.

Acerca do art. 168-A do CP, esclarece Damásio de Jesus⁸⁵:

Corrigindo as falhas do art. 95 da Lei nº 8.212, de 24-7-1991 (Lei Orgânica da Previdência Social), parcialmente revogado, redefiniu infrações. O nome *júris* 'apropriação indébita' previdenciária, porém, é inadequado, uma vez que os novos tipos penais nada tem que ver com as figuras do art. 168 do CP, que exigem precedente posse ou detenção do objeto material e ato posterior de dominus, não requerem que o autor se locuplete com os valores das contribuições, bastando desde que recolhidos, que não sejam repassadas aos cofres públicos.

Ainda, acerca da conceituação e diferenciação da apropriação indébita comum (art. 168, CP), em relação à apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP), ressalta Damásio de Jesus⁸⁶:

A discussão quanto à conceituação da apropriação indébita comum (art. 168 do CP) e da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) na verdade principiou pela jurisprudência, quando, ainda na apreciação das revogadas alíneas *d*, *e* e *f* do art. 95 da Lei n.8.212 de 24-7-1991, inclinou-se por entender que o fato se adequava à apropriação indébita, exigindo, para a sua configuração, a presença do *animus de ter* para si os valores não recolhidos (*animus rem sibi habendi*). Assim, se não ficasse provado esse elemento subjetivo, a conduta era considerada atípica. Posteriormente, esse entendimento caminhou para reconhecer que o tipo era autônomo e não modalidade de apropriação indébita. Para essa corrente, tratava-se de crime

⁸⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, pp.357-359.

⁸⁵ JESUS, 2003, p.425.

⁸⁶ *Ibid.*, p.428.

omissivo puro, que dispensava a intenção de apropriação dos valores não recolhidos. Com base em tais decisões, o crime consistiria na conduta de o agente arrecadar a contribuição do empregado e não a recolher à Previdência Social, independentemente da destinação dada aos valores. O art. 168-A do CP trouxe a discussão de volta. É que o legislador optou por tipificar a conduta como espécie de apropriação indébita. Com isso, o entendimento jurisprudencial que exigia o *animus rem sibi habendi* deverá ganhar força.

Igualmente, Franco⁸⁷ leciona:

[...]o simples rótulo de apropriação indébita previdenciária é insuficiente para o reconhecimento de um processo de miscigenação entre as figuras dos artigos 168 e 168-A do Código Penal. O nomen juris do tipo não tem o condão de influir nos elementos de composição da figura criminosa para efeito de determinar seu conteúdo. Trata-se de referência interpretativa, de valor secundário, sem força para alterar os dados básicos empregados pelo legislador na construção do tipo A inserção do art. 168-A no Código Penal não o transforma, por um passe de mágica legislativa, em crime de apropriação indébita, nem faz perder sua condição de delito relativo à arrecadação de contribuições previdenciárias. Se a apropriação indébita previdenciária não passasse, em verdade, de mais uma hipótese de apropriação indébita, o bom senso e a lógica levariam à sua inserção em um dos parágrafos da própria figura do art. 168, dispensando-se, portanto, a criação de um tipo autônomo.

Por sua vez, no crime de apropriação indébita previdenciária o bem jurídico protegido é o interesse patrimonial do Estado, representado pela Previdência Social, bem como, do interesse coletivo do processo de arrecadação e distribuição da despesa pública.

Assim, conforme leciona Damásio de Jesus⁸⁸, “o bem jurídico protegido é o patrimônio público, concernente ao crédito da contribuição ou do reembolso que advém do benefício.” O objeto jurídico é, pois a subsistência financeira da Previdência Social.

Do mesmo modo Luiz Flávio Gomes⁸⁹ afirma que o bem jurídico protegido “na apropriação indébita previdenciária, possui natureza patrimonial. Tutela-se o patrimônio, em primeiro lugar, do Poder Público (Erário ou Fazenda Pública), que é o

⁸⁷ FRANCO, Alberto Silva; STOCO Rui (coord.). **Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 854.

⁸⁸ JESUS, 2003, p.426.

⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. Da apropriação indébita previdenciária: art. 168-A do Código penal com redação dada pela Lei nº 9.983, de 14.07.2000. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 17, pp.366-369, 2000.

titular do crédito (contribuição) ou do ato de reembolso (benefício). É o patrimônio que resulta lesado.” Ainda, destaca Luiz Flávio Gomes⁹⁰:

O que está em jogo, portanto, é a função arrecadadora da previdência social (seus interesses patrimoniais). As contribuições sociais, como se sabe, servem para financiar a seguridade social (que compreende a saúde, a previdência social e a assistência social), assim como para financiar programas sociais específicos (auxílio desemprego, salário família, etc.). Mas isso não pode significar que o bem jurídico nos crimes previdenciários possa ser concebido de modo tão amplo, a ponto de se tornar inapreensível. O bem jurídico deve sempre contar com a característica da perceptibilidade (aferrabilitá ou Greifbar).

Em igual sentido, Prado⁹¹ acrescenta:

Embora seja essencialmente o patrimônio da Seguridade Social o bem jurídico lesado, cumpre ele uma função representativa, uma vez que, na configuração do injusto, verifica-se a lesão a um bem jurídico imediato (conotação patrimonial: arrecadatória) e a um bem jurídico mediato, lesado com uma função representativa (o financiamento da Seguridade Social), verdadeiros critérios limitadores dos delitos econômicos

Ainda, segundo o entendimento de Franco⁹²:

[...] o bem jurídico protegido não se circunscreve apenas aos interesses patrimoniais da previdência, enquanto fonte arrecadadora da seguridade social; cinge-se, sim, à própria seguridade social enquanto instituição central da política social do Estado Democrático e Social de Direito, merecedora de dignidade penal e, em determinadas situações, necessitada de tutela dessa ordem. O orçamento da seguridade social, conforme o art. 11 da Lei 8212/91, é composto, além de receitas da União e de outras fontes, de receitas das contribuições sociais. Destarte, as contribuições sociais formam o patrimônio da seguridade social, que é destinado aos objetivos constitucionais preestabelecidos e que o diferenciam, por isso, de qualquer outro patrimônio. A finalidade do arsenal de disposições normativas, até mesmo penais, que velam pelo correto funcionamento das relações de seguridade social, vai muito além da mera tutela de haveres patrimoniais.

É, portanto, um crime próprio, sendo o sujeito ativo a pessoa responsável ou que tem o dever legal de repassar à Previdência Social os valores recolhidos dos

⁹⁰ GOMES, 2001, p.29.

⁹¹ PRADO, Luis Regis. **Direito penal econômico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 373-374.

⁹² FRANCO & STOCO, 2007, pp. 853-854.

contribuintes relativos às contribuições previdenciárias. De acordo com Castro e Lazzari⁹³:

O sujeito ativo é quem pratica o fato descrito na norma penal incriminadora. Somente a pessoa física tem a capacidade de delinquir neste tipo penal (vide art. 225,§3º, da CF). Logo, jamais será a pessoa jurídica o autor do crime, dada sua incapacidade. O §3º do art. 95 da Lei n. 8.212/91 assim dispunha: 'Consideram-se pessoalmente responsáveis pelos crimes acima caracterizados o titular de firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores que participem ou tenham participado da gestão de empresa beneficiada, assim como o segurado que tenha obtido vantagens'.

A lei transmite a noção de responsabilidade objetiva, dada a presunção de responsabilidade daqueles que participem ou tenham participado da gestão da empresa. Todavia, na interpretação dessa norma deve-se afastar a responsabilização penal objetiva, a qual não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico.

Ainda, esclarece Damásio de Jesus⁹⁴:

As contribuições, muitas vezes, são recolhidas em instituições bancárias que, por convênios ("convenções") celebrados com o INSS, dispõem de prazo para repassarem os valores à Previdência Social. Portanto, poderão também figurar como sujeitos ativos.

Os agentes públicos também podem praticar esse delito, tendo em vista que as contribuições das empresas incidentes sobre o faturamento e o lucro, bem como aquelas referentes a receita de concursos de prognósticos, são arrecadadas e fiscalizadas pela Secretaria da Receita Federal, cujos valores devem ser repassados mensalmente ao Tesouro Nacional. A violação desse dever legal, que antes era um simples ilícito, tornou-se infração penal.

Igualmente, destaca Eisele⁹⁵:

[...] o autor da conduta típica é o responsável tributário, ou seja, o sujeito passivo da obrigação tributária (cuja prestação tem por objeto a contribuição social) que atua como agente de retenção, arrecadando formalmente o valor correspondente do contribuinte (segurado), e possui o dever de recolher o tributo específico (contribuição social) a favor do sujeito ativo

Desta forma, o sujeito passivo primário é o Estado, representado pela

⁹³ CASTRO & LAZZARI, 2007, p.364

⁹⁴ JESUS, 2003, p.426.

⁹⁵ EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 207.

Previdência Social e, em segundo plano os próprios segurados, eis que são privados de suas contribuições previdenciárias. Ressalta ainda Luiz Flávio Gomes⁹⁶ que:

O risco muito sério de se encarar o delito de apropriação indébita previdenciária segundo os padrões da perspectiva puramente formalista clássica (do século passado, isto é, do milênio findo) é o de se confundir o ilícito administrativo (não pagar o débito) com o ilícito penal (não pagar o débito ofendendo o bem jurídico-penal protegido); de se confundir o devedor inadimplente com o devedor contumaz, malicioso, relapso que, podendo, de má-fé deixa de cumprir sua obrigação legal.

A conduta típica do crime é mista, representada pelo verbo deixar, o que representa uma omissão própria, ou seja, o crime se consuma tanto na ação quanto na omissão do repasse das contribuições à Previdência Social. Assim, de acordo com Damásio de Jesus⁹⁷:

No caso, o sujeito, primeiro recolhe as contribuições (comportamento comissivo) para, em seguida, deixar de repassá-las (conduta omissiva). Não pode simplesmente falar em conduta omissiva porque a fase inicial, no caso, é positiva. Existe uma ação inicial e uma omissão final.

De acordo com Franco⁹⁸:

[...] na hipótese da denominada apropriação indébita previdenciária, o empresário não recebe do trabalhador a contribuição social destinada à previdência, posto que o empresário, quando paga o salário, já desconta aquela contribuição, dela não tendo o trabalhador disponibilidade. Isso significa que o importe dessa contribuição social permanece sempre em poder do empresário e, portanto, quando efetua sua transferência para a previdência, o valor da contribuição sai do próprio ativo da empresa. Destarte, se o empresário não perde a propriedade do dinheiro destinado à contribuição previdenciária, não há cogitar da aplicabilidade, no caso, de um delito patrimonial clássico, como a apropriação indébita. Quem efetivamente desconta do salário a contribuição social tem, a partir desse momento, a obrigação, imposta por lei, de transferi-la à previdência e, se não a repassar ou não a recolher, descumpra esse dever legal. Se o descumprimento desse dever legal deve ser sancionado penalmente, diante da ineficácia da proteção meramente administrativa ou da necessidade de tutela da seguridade social, é avaliação própria do legislador penal. E a lei penal optou por proteger a função arrecadadora da seguridade social, impondo sanções, de caráter penal aos protagonistas, que, na fase arrecadatória, poderiam lesioná-la: o repassador ou o recolhedor das contribuições sociais que infringem o dever legal de entregá-las.

⁹⁶ GOMES, 2001, p.27.

⁹⁷ JESUS, 2003, p.426.

⁹⁸ FRANCO, Alberto da Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte especial.v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.278.

O crime de apropriação indébita previdenciária pressupõe a ocorrência de duas condutas, a saber:

Em primeiro lugar, temos um comportamento ativo (comissivo) que consiste em 'recolher as contribuições dos contribuintes' ou 'descontar a contribuição do pagamento efetuado' ou 'inserir-las nas despesas contábeis ou custos' ou 'receber o reembolso da previdência social'. Depois advém um comportamento omissivo: deixar de repassar ou deixar de recolher ou deixar de pagar. Ação no princípio e omissão no momento sucessivo: tipos de conduta mista. Mas por que são crimes comissivos (de conduta mista) e não omissivos? Porque a norma em seu sentido final não é impositiva de uma conduta para salvar o bem jurídico protegido (patrimônio público, patrimônio dos segurados, livre concorrência). Pelo contrário, seu escopo último consiste em proibir a atividade de apropriar-se de valores que devem ser transferidos para a Previdência Social ou para o segurado. É uma norma proibitiva, não mandamental, leia-se: é proibido apropriar-se (do eu não lhe pertence, etc.). O fato de não repassar ou não recolher (a contribuição) ou não pagar (o benefício) no prazo legal é tão somente o meio de realização da conduta típica descrita na lei penal. O que está incriminado, como meta final da norma ou meta optata, não é o fato (exclusivo) de deixar de repassar, deixar de recolher ou deixar de pagar. Essas condutas, isoladamente consideradas, configuram uma mera infração civil ou administrativa (tributária). A simples negativa de restituição da coisa (no caso: da contribuição ou do benefício) ou a mera omissão de emprego ao fim determinado não significa automaticamente o delito de apropriação.⁹⁹

Desse modo, a apropriação indébita previdenciária "é um crime material de conduta e resultado"¹⁰⁰. Acerca da incriminação deste delito de natureza tributária, Sanchez¹⁰¹ aduz:

A justificação do crime tributário encontra-se no fato de que a conduta delituosa, além de causar um prejuízo imediato à integridade patrimonial do Erário Público (lesando a função pública da arrecadação), acabar por atingir o valor constitucional da solidariedade de todos os cidadãos na contribuição da manutenção dos gastos públicos. Este bem jurídico, 'representado' nas funções que o tributo deva exercer de acordo com os dispositivos constitucionais, justifica amplamente sua incriminação. Em outras palavras estaríamos diante de sua *ratio legis*.

Igualmente, segundo Monteiro¹⁰²:

⁹⁹ GOMES, 2000, pp.366-369.

¹⁰⁰ JESUS, 2003, p.426.

¹⁰¹ SANCHEZ RIOS, Rodrigo. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p.50.

¹⁰² MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes contra a Previdência Social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.31.

[...] na verdade esse novo artigo protege o patrimônio não de uma pessoa ou de algumas pessoas, como nos demais crimes previstos nesse Título, mas o patrimônio de todos os cidadãos que fazem parte do sistema previdenciário. Ademais, embora se fale em crime contra a Previdência Social, no fundo é a Seguridade Social tal como descrita no art. 194 da Constituição da república que está sendo tutelada. E, especialmente, as contribuições sociais, embora tenham sua natureza tributária discutida, não podem ser excluídas, sem mais, do sistema tributário como um todo, até porque a elas se aplicam as normas gerais da legislação tributária (arts. 149 e 146, III da CF). Assim, a ordem tributária também faz parte da objetividade jurídica desse tipo penal.

Nesse aspecto, verifica-se que o bem jurídico é supraindividual, eis que se trata de lesão ao patrimônio coletivo, o qual é tutelado diretamente pelo dispositivo legal em comento, e não o patrimônio particular do trabalhador. Assim, leciona Luiz Flávio Gomes¹⁰³:

Os delitos previdenciários, em conseqüência, já não podem ser vistos desde a perspectiva *individualista*. O delito de apropriação indébita previdenciária sempre deve ocasionar, em conseqüência uma *lesão patrimonial*, que acaba afetando só secundariamente os interesses dos próprios segurados e a livre concorrência das empresas (a empresa que, podendo, não efetua o recolhimento das contribuições acaba apoderando-se de algo que juridicamente não lhe pertence. Ganha, com isso, maior disponibilidade financeira para seus negócios).

Vale esclarecer que a apropriação indébita previdenciária não admite tentativa e a Ação cabível é Pública Incondicionada. Segundo Greco¹⁰⁴:

Por se tratar de crime omissivo próprio, torna-se complicado o raciocínio correspondente à tentativa, pois que, se depois de ultrapassado o prazo o agente não praticar os comportamentos determinados pelo tipo penal, o crime estará, nesse momento, consumado; caso contrário, se realiza as determinações típicas, efetuando os repasses, recolhendo as contribuições etc., o fato será um indiferente penal.

Em igual sentido, Prado¹⁰⁵ leciona:

Consumação delitiva se dá com a omissão do agente em repassar a contribuição na forma e no prazo estabelecidos pela lei previdenciária. Dessa forma, vencido o prazo do repasse, consubstancia-se o delito (...)

¹⁰³ GOMES, 2001, p. 28.

¹⁰⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 221.

¹⁰⁵ PRADO, 2002, pp. 493-494.

tentativa é inadmissível, por se tratar de delito omissivo próprio.” No entanto, importante ressaltar que tal posicionamento encontra divergência na doutrina.

O artigo 168-A do CP é uma norma penal em branco, condicionada aos prazos e formas estabelecidas na Lei 8.212/91. Assim, a consumação do delito verifica-se na data do término do prazo, seja convencional ou legal, do recolhimento ou repasse das contribuições devidas, ou ainda, do pagamento do benefício devido ao segurado.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente do agente de deixar de repassar as contribuições recolhidas ou descontadas dos contribuintes à Previdência Social. Todavia, ao contrário da apropriação indébita comum do artigo 168 do CP, neste tipo (art. 168-A, CP) as figuras não exigem nenhum fim especial, uma vez que o crime de apropriação indébita previdenciária não necessita de nenhum outro elemento subjetivo do tipo além do dolo, da vontade livre e consciente de realizar a conduta do tipo. Já a apropriação indébita comum só se concretiza mediante o *animus rem sibi habendi*. Deste modo, não se admite a modalidade culposa no tipo do art. 168-A do CP.

Nesse sentido, os recentes entendimentos jurisprudenciais se direcionam no sentido de que é desnecessária a pretensão de fraudar a Previdência Social, eis que basta a vontade de deixar de recolher as contribuições:

[...] o dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, dentro do prazo e da forma legais, não se exigindo o *animus rem sibi habendi*, sendo, portanto, descabida a exigência de se demonstrar o dolo específico de fraudar a Previdência Social como elemento essencial do tipo penal¹⁰⁶.

Assim, esclarece Kipper¹⁰⁷:

A primeira consequência da estrutura omissiva do tipo do delito de não-recolhimento das contribuições arrecadadas dos segurados, e da não-equivalência ao crime de apropriação indébita, é a de que não se exige para a consumação do primeiro o *animus rem sibi habendi*, ou seja, o propósito

¹⁰⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** - processo nº 200801929051- Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1084742- Quinta Turma - Rel. Ministra Laurita Vaz, DJE Data: 09/03/2009.

¹⁰⁷ KIPPER, Celso. “Breves considerações sobre o não - recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 694, 1993, pp. 283-284.

de inverter o título da posse passando a possuir a coisa como se fosse sua, com a deliberada intenção de não restituir, própria da acepção do vocábulo apropriar-se, elemento integrativo do tipo penal do segundo delito. Havendo o desconto dos empregados das quantias relativas à contribuição previdenciária, e a posterior omissão no seu recolhimento aos cofres da Seguridade Social, consuma-se o delito, sem que seja preciso investigar, no animus do agente a intenção de restituir ou não as quantias descontadas. O dolo necessário é o genérico consistente na intenção de descontar do salário dos empregados as quantias referidas e de deixar de repassá-las à Seguridade Social

Já Andrade Filho¹⁰⁸ entende que:

[..] os crimes contra a previdência social requerem a existência de dolo, assim entendida a vontade deliberada de esconder, de subtrair da atenção do sujeito ativo os fatos jurídicos tributários. Por isso, aquele que não recolhe a contribuição descontada não pode estar sujeito à penalidade se mantém registros e assentamentos adequados e informa ou confessa o débito ao sujeito ativo, pela simples razão de que essa conduta é incompatível com o dolo que a figura penal requer. Logo, o propósito da lei é atingir aquele que, mediante fraude, frustra o cumprimento da obrigação tributária e não aquele que passa por agruras financeiras. Por isso, só haverá crime contra a previdência social se houver dolo comprovado e não meramente presumido.

Contudo, conclui Misabel Derzi¹⁰⁹:

Os crimes contra a ordem tributária (entre os quais se incluem e sonegação e a apropriação indébita) são dolosos. A sonegação, sempre pressupõe a fraude, ou seja, a vontade consciente de lesar o fisco (dolo), ao lado da prática de atos ou omissões que objetivam ludibriar, enganar ou ocultar o fato tributário à Fazenda Pública. A apropriação indébita sempre pressupõe o prévio desconto ou cobrança do tributo devido de terceiros, com a intenção consciente (dolo) de não recolher aos cofres públicos. Nenhum deles é mera fuga ao pagamento, simples não – recolhimento total ou parcial de tributo devido.

Acerca dos parágrafos do artigo 168-A do CP e da construção normativa deste dispositivo, esclarece Damásio de Jesus¹¹⁰:

O §1º do art. 168-A prevê três condutas equiparadas ao comportamento do caput. São normas penais em branco, uma vez que o fato típico sempre dependerá da legislação previdenciária para que sejam estabelecidas as definições que darão efetiva aplicabilidade aos dispositivos. São elas:

¹⁰⁸ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 64-66.

¹⁰⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Da unidade do injusto no Direito Penal Tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 63, 1993, p. 223.

¹¹⁰ JESUS, 2003, pp.426-427.

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.

Assemelhando-se à alínea *d* do art. 95 da Lei n. 8.212, de 24-7-1991, revogada, dela difere porque a atual expressão 'no prazo legal' é de melhor compleição técnica. Na lei revogada, constava a locução 'na época própria', que era imprecisa

Para que haja delito, na vigente redação, é necessário apenas que as contribuições tenham como destino a Previdência Social. Se por um lado houve restrição, excluindo-se do conceito a Assistência Social que faz parte da Seguridade Social, conforme os arts. 194 a 204 da CF, sob outro aspecto o tipo incriminador passou a abranger os agentes recolhedores de contribuições de terceiros, o que antes não se verificava.

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

Redação restabelecida da revogada alínea *e* do art. 95 da Lei n. 8.212 de 24-7-1991, o tipo novo apresenta melhor redação, empregando, para produto, o verbo vender, e, para serviço, o termo prestação. Atuando o contribuinte como consumidor final, não se justifica que a pessoa que não saiu onerada da relação econômica deixe de recolher a contribuição.

Crime próprio endereça-se àqueles que realizam despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços.

Para que haja o delito, basta que as contribuições tenham como destino a Previdência Social e não mais a Seguridade Social, que nos serviços de Saúde e Assistência Social, independem de contribuição.

III- pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsada pela Previdência Social.

Os benefícios, em regra, são pagos diretamente ao segurado pelo INSS por meio da rede bancária. Em certos casos, para proporcionar alguma comodidade aos beneficiários, a empresa responsabiliza-se pela operação, sendo ressarcida desse pagamento nas posteriores contribuições.

Assim, o § 1º do art. 168-A do CP, em seus incisos I a III traz outras condutas omissivas que se enquadram no mesmo tipo penal do *caput*, relativas ao não recolhimento ou repasse dos valores devidos à Previdência Social. Nesse sentido, acerca do inciso II destaca Franco¹¹¹:

Abordando criticamente a hipótese típica, Francisco Dias Teixeira ressalta que, ao invés do desconto e do não recolhimento da contribuição, leve-se agora em conta o acréscimo no preço (quando da venda de algum produto ou serviço) de valor à título de contribuição previdenciária e o não recolhimento deste valor à Previdência Social. Ora, o fato de um indivíduo efetuar um pagamento a menos não significa que ele passou a ter a posse

¹¹¹ FRANCO & STOCO, 2007, p. 858.

do valor correspondente a essa diferença; e quando o indivíduo efetua uma venda também não significa que ele passe a ter a disponibilidade do valor referente ao preço da venda (...).

Ainda, sobre o inciso III, esclarece Franco¹¹² que este trata:

[...] da hipótese em que benefícios previdenciários, ao invés de serem pagos diretamente aos segurados pelo INSS, por meio de agências bancárias, são pagos pela própria empresa, que, então, é ressarcida desse pagamento nas contribuições futuras por ela devidas.

Nesse inciso III o tipo penal somente se consuma quando haja a dedução sem o pagamento do benefício, ou seja, há um não pagamento do benefício ao erário e o seu posterior e indevido reembolso.

Já o § 2º elenca as hipóteses especiais de extinção da punibilidade do crime de apropriação indébita previdenciária, o que será mais aprofundado adiante. Outrossim, o §3º do artigo em comento aborda a questão do perdão judicial, caso o agente seja primário e com bons antecedentes, condicionando-se ainda ao cumprimento de determinados requisitos previstos nos incisos I e II. Há, ainda, neste tipo penal a possibilidade do Juiz aplicar apenas a pena de multa.

Desse modo, da simples e primária análise dos parágrafos 2º e 3º, verifica-se que, ainda que o delito já esteja consumado, o simples adimplemento do débito tributário na forma exigida pela Previdência Social afasta os efeitos punitivos e, até a própria tipicidade. Nesse sentido, pode-se dizer que a intenção do legislador ao incluir o artigo 168-A no Código Penal foi a de forçar penalmente o contribuinte a recolher as contribuições previdenciárias, ou seja, a de captar recursos, ainda que utilizando-se de uma via que deveria ser a *ultima ratio*.

Ainda, ressalta Luiz Flávio Gomes¹¹³ que, diante da inclusão do crime de apropriação indébita previdenciária no Código Penal e, conseqüentemente, sua exclusão de um regime jurídico especial, razão pela qual não subsiste a diferença de tratamento entre esta modalidade e a apropriação indébita comum no tocante à extinção da punibilidade, evidenciando a não utilização dos princípios da igualdade e da proporcionalidade na formulação do artigo 168-A do Código Penal:

¹¹² Ibid., p. 858.

¹¹³ GOMES, 2001, pp.63-64.

(...) por razões de justiça material, não vemos como não autorizar a extinção da punibilidade do pagamento feito antes da denúncia na apropriação indébita comum. Ademais, se na apropriação previdenciária, que protege um patrimônio coletivo, cabe a extinção, a *fortiori* impor-se-á a mesma conclusão quando se trata de patrimônio particular. A reparação do prejuízo tão logo quanto possível não pode ser um privilégio da Administração Pública ou suas Autarquias. A vitimologia reivindica há anos tal reparação, assinalando-lhe a natureza da ressocialização alternativa.

Oportuno ainda destacar que compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes de apropriação indébita previdenciária, nos termos do artigo 109, inciso IV da Constituição Federal, consoante também entendimento jurisprudencial:

Processual Penal. Conflito negativo de competência. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Se o delito cometido, em tese, lesa interesse ou bem de autarquia federal, competente para o processamento do feito é a Justiça Federal. Conflito conhecido, competente a Justiça Federal, o suscitante” (STJ, CComp. 32036/MG, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ*, 18.2.2002, p. 234).

Contudo, caso não haja lesão ao INSS, mas somente ao particular, a competência é da Justiça comum Estadual.

Conflito de competência. Juízos Federal e Estadual. Processual Penal. Apropriação indébita. INSS. Recolhimento. Lesão a particular. Conforme precedentes da seção, inexistindo lesão ao INSS, mas somente à respectiva empresa particular, o delito de apropriação indébita deve ser apreciado pelo juízo comum estadual. Conflito conhecido, declarando-se a competência do juízo criminal suscitado” (STJ, CComp. 26303/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ*, 28.8.2000, p. 54).

Feitas as principais e gerais considerações acerca do crime de apropriação indébita previdenciária, passa-se agora à análise de suas especificidades.

6.1 DA PARTE HISTÓRICA DO TIPO DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Nos primeiros anos após o descobrimento, a legislação brasileira era inteiramente regida pela legislação portuguesa. Assim, em 1521, nas Ordenações Manuelinas, a figura da apropriação foi tipificada como furto. Já em 1830, com o Código Criminal do Império a apropriação indébita era tipificada como furto impróprio, sendo uma espécie do gênero que era o furto. Segundo esclarece Eisele¹¹⁴:

Apenas no século XVIII, na França, o instituto passou a ser tratado de forma autônoma. Porém, a legislação gaulesa não foi suficiente para influenciar a legislação brasileira contemporânea.

O Código Penal da República, em 11 de outubro de 1890, modificado em parte pela Consolidação das Leis Penais levada a efeito por Vicente Piragibe e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, em seu art. 331 dispunha:

‘É crime de furto, sujeito às penas e guardadas as distinções do artigo precedente: [...] 2º Apropriar-se de coisa alheia que lhe houver sido confiada, ou consignada por qualquer título, com obrigação de a restituir, ou fazer dela uso determinado.’

Continuava, portanto, a apropriação indébita sendo tratada como modalidade de furto, embora já possuísse todos os elementos objetivos e subjetivos que a distinguem.

Desse modo, como a apropriação indébita passou a ter todos os seus elementos objetivos e subjetivos bem definidos, ela começou a ser considerada como tipo autônomo, primeiro pela Doutrina, até a promulgação do Código Penal de 1940, o qual a apresentou como tipo específico em seu artigo 168. A partir daí a apropriação indébita tornou-se independente, com estudos próprios. De acordo com Martins¹¹⁵:

A conquista do Código Penal Brasileiro, portanto, foi dupla, já que, não só pela separação como pela inclusão nos crimes contra o patrimônio, aproximou-se mais da fórmula escrita mais adequada à natureza do crime.

¹¹⁴ EISELE, Andreas. 2001, p. 71.

¹¹⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A apropriação indébita no direito tributário brasileiro**. São Paulo: Editor Bushatsky, 1975, p.43.

Por conseguinte, a apropriação indébita previdenciária teve sua primeira normatização em 1937¹¹⁶:

Art. 5º. O empregador que retiver as contribuições recolhidas de seus empregados e não as recolher na época própria incorrerá nas penas do art. 331, nº 2, da Consolidação das Leis Penais, sem prejuízo das demais sanções estabelecidas neste decreto-lei.

A apropriação indébita previdenciária passou a ser tipificada pela LOPS (Lei Orgânica da Previdência Social), Lei nº 3.087 de 26 de agosto de 1960, a qual equiparou a falta de recolhimento na época apropriada das contribuições devidas à conduta de apropriação indébita, punindo com as mesmas penas. Já em 1966, o Decreto-Lei nº 66 trouxe outras hipóteses de crimes relacionados às contribuições previdenciárias¹¹⁷.

Por sua vez, em 1976 o Decreto 77.077 de 24 de janeiro trouxe a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), a qual, em seu art. 149 apresentou redação muito semelhante à LOPS, ao dispor:

Art. 149. A falta de recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida ao INPS e arrecadada dos segurados ou do público será punida com as penas do crime de apropriação indébita.

Em 1979, o Decreto nº 83.081 determinou como crime de apropriação indébita previdenciária a conduta de deixar de recolher na época própria contribuição ou outra quantia arrecadada do segurado ou do público e devida à Previdência Social.¹¹⁸

Em 1984 a nova CLPS, por meio de Decreto nº 89.321 revogou o Decreto 77.077/76, copiando-lhe a redação. Em 1990, já sob a ordem estabelecida pela

¹¹⁶ Decreto-Lei nº 65, de 14 de dezembro de 1937 que dispõe sobre o recolhimento das contribuições devidas por empregadores e empregados aos Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões.

¹¹⁷ O Decreto- Lei 66/1966 equiparou algumas condutas lesivas à previdência social às figuras típicas já descritas pelo Código Penal. Assim, o Decreto-Lei passou a considerar crime *de falsidade ideológica, definido no artigo 299 do Código Penal, inserir ou fazer inserir nas folhas de pagamento, a que se refere o item I do art. 80, pessoas que não possuem efetivamente a condição de segurado, ou inserir ou fazer inserir (...) na carteira profissional do empregado, declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita* (CASTILHO, Ela Wiecko Volkner de. Crimes contra a previdência social. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. n. 8, p. 127-37, jan./jun. 1996).

¹¹⁸ DIAS, 2010, p. 44.

Constituição Federal é editada a Lei nº 8.137 de 27 de dezembro, a qual definiu dentro dos crimes contra a ordem tributária o crime de falta de recolhimento à Previdência Social. Assim, a apropriação indébita previdenciária deixa de ser equiparada à apropriação indébita, mas sem ganhar autonomia, uma vez que é tratada como instituto de mesma natureza dos crimes contra a ordem tributária.

Somente em 24 de julho de 1991, com a edição da Lei 8.212 é que a apropriação indébita previdenciária adquire figura típica autônoma.

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.

Mister ressaltar que a criminalização específica da conduta de apropriação indébita previdenciária apaziguou as inúmeras discussões doutrinárias, um vez que parte da doutrina entende pela impossibilidade de equiparação à apropriação indébita comum uma vez que esta trata de crime contra o patrimônio e a apropriação indébita previdenciária tutela bem jurídico distinto.

Por fim, a Lei 9.983/2000, em seu art. 3º, revogou expressamente a alínea “d” do art. 95 da Lei nº 8.212/1991, ao dispor especificamente dentro do Código Penal, em seu art. 168-A do crime de apropriação indébita previdenciária. Ressalta Dias¹¹⁹:

Como se observa, a técnica legislativa, que parecia superada, consistente em equiparar o crime previdenciário ao de apropriação indébita, voltou com o advento da Lei 9.983/00. No entanto, veio com roupagem nova, ganhando dispositivo autônomo, mas que não escapou à crítica da doutrina.

Assim, essa é a disposição legislativa em vigor, como melhor se demonstrará.

6.2 DA NECESSIDADE DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA

Tendo em vista a natureza tributária da contribuição previdenciária, esta sujeita-se ao processo administrativo tributário, fundamentado no art. 5º, inciso LV

¹¹⁹ Ibid., p.46.

da Constituição Federal, bem como, no Código Tributário Nacional e na legislação infra-constitucional. Nesse sentido, o Decreto nº 70.235/1972 se presta a regular o procedimento administrativo e todos os seus requisitos. Mister esclarecer que o procedimento de fiscalização somente se inicia com a expedição do Mandado de Procedimento Fiscal, visando, pois, “dar publicidade da autorização emitida para a realização do procedimento de fiscalização, no contexto dos atos privativos da Administração Tributária¹²⁰”.

Assim, a fiscalização se presta a auferir se houve ou não o nascimento da obrigação tributária não satisfeita voluntariamente pelo contribuinte, tornando a dita obrigação apta a ser exigida pelo fisco, com conseqüente lançamento do tributo e instauração do processo administrativo tributário. Desse modo, o contencioso processual tributário somente se verificará quando formalizado o conflito de interesse. Nesse sentido, após o lançamento e a formalização da pretensão fiscal do Estado abre-se ao contribuinte a oportunidade de apresentar sua defesa e, somente após esta é que o processo administrativo está definitivamente instaurado. Após o transcurso do processo administrativo e, sendo devida a contribuição, ocorre a inscrição do débito em dívida ativa, ou seja, sua constituição definitiva, motivo pelo qual entende-se que somente a partir desse momento é que a contribuição previdenciária torna-se devida. Assim, muitos doutrinadores entendem que somente após o término do processo administrativo e a conseqüente inscrição em dívida ativa é que a contribuição previdenciária poderá ser cobrada.

Dessa forma, dar início à uma Ação Penal, com fundamento no art. 168-A do CP, sem o esgotamento da esfera administrativa, a qual apurará a existência do débito, configura, além de desperdício de energia, recursos e uso indevido da máquina estatal, viola ainda a dignidade do réu que corre o risco de ter restrita sua liberdade.

Ademais, faz-se necessário que a contribuição previdenciária seja uma obrigação certa, líquida e exigível. Nesse sentido, pode-se dizer que a obrigação somente será certa quando não sujeita a qualquer alteração, tais como em sua base de cálculo, fato gerador, alíquota etc. Desse modo, sem que haja o prévio esgotamento da esfera administrativa, com a confirmação da existência do débito

¹²⁰ TORRES, Heleno Taveira. **Coordenação e outros. Direito Tributário e Processo Administrativo Aplicados**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 232.

previdenciário, não há como se afirmar pela certeza, liquidez e exigibilidade da contribuição previdenciária por meio da ação penal, sob pena de incorrer em fato atípico, bem como, em constrangimento ilegal por ausência de justa causa¹²¹.

A Ação Penal somente se justifica quando a materialidade delitiva já previamente constituída é certa e robusta. Segundo Gomes¹²²:

É muito importante, para a defesa dos interesses do contribuinte, que o processo penal por sonegação fiscal somente possa ser iniciado quando terminada a discussão administrativa ou judicial sobre se o crédito tributário é devido ou não.. Até porque, quando se reconhece que o tributo ou contribuição não é devido ou mesmo quando é anulado o auto de infração, ou ainda quando o débito não foi constituído, em razão de cobrança amigável, não há justa causa para a ação penal [...].

[...]

A justiça, que é o valor-meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito exige de todos os protagonistas jurídicos (legisladores, intérpretes e aplicadores) bom senso e proporcionalidade. A virtude está em buscar equilíbrio entre os múltiplos interesses em conflito. Acolhendo-se a tese da prejudicialidade, é mais do que razoável a exigência do prévio exaurimento da via administrativa nos crimes fiscais.

[...]

De tudo quanto foi exposto, duas conclusões parecem inarredáveis: Primeira: o processo administrativo-fiscal em que se discute a existência ou exigibilidade do crédito tributário ou previdenciário é (obrigatoriamente) uma questão prejudicial frente ao processo penal, devendo implicar a suspensão deste último.[...] Segunda: o pagamento do tributo ou contribuição devido, após encerrado o processo administrativo-fiscal mas dentro do prazo legal, ainda que depois do recebimento da denúncia (*a posteriori*, portanto), também deve ter força extintiva da punibilidade, nos termos do art. 34 da Lei 9.249/95, aplicado analogicamente.

Igualmente, destaca Dias¹²³:

Agora, a parcela majoritária da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais se posiciona pela imprescindibilidade do exaurimento do procedimento administrativo-fiscal para a instauração do inquérito policial e da ação penal, uma vez que tem prevalecido o entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária é um crime material.

¹²¹ MONTEIRO, 2003, p.114.

¹²² GOMES, 2001, pp.97;101;105-106.

¹²³ DIAS, 2010, p.70.

Portanto, não há que se falar em instauração da Ação Penal para apuração de crime de apropriação indébita previdenciária sem o prévio esgotamento da esfera administrativa. Neste sentido, vem decidindo o STJ, conforme ementa a seguir:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. DELITO MATERIAL. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. IMPRESCINDIBILIDADE. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA. PRECEDENTE DO STF.

1. Nos termos do entendimento recente da Suprema Corte, os crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária também são crimes materiais, exigindo para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a Previdência.

2. O prévio esgotamento da via administrativa constitui, desse modo, condição de procedibilidade para a ação penal, sem o que não se vislumbra justa causa para a instauração de inquérito policial, já que o suposto crédito fiscal ainda pende de lançamento definitivo, impedindo a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional.

3. No caso dos autos, constata-se o constrangimento ilegal, tendo em vista que o processo administrativo, no qual se imputou a existência de débitos tributários, ainda não havia chegado ao seu termo final, quando da instauração do inquérito policial para apurar a prática do suposto delito.

4. Ordem concedida para trancar o inquérito policial relativo à NFLD DEBCAD n.º 37.018.027-5, diante da ausência de justa causa para a sua instauração, por inexistir lançamento definitivo do débito fiscal, ficando suspenso o prazo prescricional até o julgamento definitivo do processo administrativo declaratórios não conhecidos. (STJ; Habeas Corpus 96358/BA; Quinta Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; Julg. 24/06/2008; DJU 04/08/2008)

Importante aduzir que este posicionamento é recente. Anteriormente a doutrina e jurisprudência entendiam que era desnecessário o esgotamento da via administrativa para a instauração do inquérito policial e propositura da ação penal, com fulcro no princípio da independência das instâncias administrativa e penal.

Registramos ainda a existência de um posicionamento intermediário e minoritário, o qual admite a instauração do inquérito policial antes do esgotamento da esfera administrativa, mas exige a sua ocorrência para que possa ser proposta a ação penal.

6.3 CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ART. 168-A DO CP

6.3.1 A extinção da punibilidade

Antigamente a extinção da punibilidade era regulamentada no artigo 34 da Lei 9.249/95, a qual estabelecia a extinção da punibilidade se o agente promovesse o pagamento do tributo ou contribuição social antes do oferecimento da denúncia.

Contudo, o artigo 168-A do CP¹²⁴ trouxe em seu bojo hipóteses de extinção da punibilidade para o crime de apropriação indébita previdenciária, uma vez que o objetivo primordial do Estado com a edição do referido dispositivo é, em verdade, forçar a arrecadação por meio do Direito Penal, o qual deveria ser utilizado como última opção.

Não se pode olvidar que o instituto da extinção da punibilidade é questão de política criminal, evidenciando que o Estado quer somente receber o débito tributário ou previdenciário, renunciando, até mesmo à pretensão punitiva em relação a quem efetuou o pagamento integral.

Assim, ante as disposições trazidas pela Lei 9.983/2000 não se aplica mais o artigo 34 da Lei 9.249/1995. Nesse sentido, a partir da análise integral do Art. 168-A do CP, pode-se resumir em quatro as hipóteses de extinção da punibilidade ou abrandamento da pena no crime de apropriação indébita previdenciária:

1. Pagamento espontâneo antes do início da ação fiscal, nos termos do §2º;

¹²⁴ § 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 da 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 – 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, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 4 ago. 2010.

2. Pagamento após o início da ação fiscal, mas antes do oferecimento da denúncia pode-se beneficiar com o perdão judicial ou multa, nos termos do § 3º;
3. Pagamento após o oferecimento, mas antes do recebimento da denúncia pode-se beneficiar com o arrependimento posterior previsto no artigo 16 do CP;
4. Se o pagamento ocorrer após o recebimento da denúncia o agente beneficia-se da atenuante genérica estabelecida no artigo 65, III, *b*, do CP.

Especificamente o § 2º do art. 168-A do CP estabelece uma causa especial de extinção da punibilidade, a qual se subordina ao cumprimento de alguns requisitos pelo agente, a saber:

- a) Espontaneamente declarar, confessar e efetuar o pagamento das contribuições, importâncias ou valores à Previdência Social;
- b) Prestar as informações devidas à Previdência Social;
- c) Efetivar essas condutas na forma definida em lei ou regulamento e antes do início da ação fiscal;

Acerca da extinção da punibilidade, destaca Damásio de Jesus¹²⁵:

São elementos que devem estar presentes ao mesmo tempo para que haja o benefício:

- 1º) pessoalidade;
- 2º) espontaneidade nas condutas de declarar e confessar;
- 3º) realização do pagamento;
- 4º) prestações de informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento (caso de norma penal em branco);
- 5º) antes do início da ação fiscal, que ocorre com a notificação do contribuinte.

Nesse sentido, com essa redação houve uma significativa alteração em relação ao momento do pagamento, o qual ficou estabelecido para antes do início da ação fiscal e não mais para a ocasião do oferecimento da denúncia, o que

¹²⁵ JESUS, 2003, p.429.

certamente é mais gravoso para o acusado, haja vista que diminui o prazo do contribuinte para quitar o débito e, conseqüentemente, extinguir a pretensão punitiva do Estado. Todavia, há decisões jurisprudência no sentido de que é, igualmente, extinta a punibilidade, ainda que o débito tenha sido satisfeito após o recebimento da denúncia:

O crime de não recolhimento ou de não repasse à Previdência de contribuições sociais, descontadas dos salários dos empregados, na forma própria de apropriação indébita, que, há muito tempo, tem merecido tratamento de crime de mera conduta, ou crime omissivo próprio, aperfeiçoa-se pelo simples fato de não recolher ou deixar de recolher ou não repassar a importância devida aos cofres da previdência social, o que, por si só, já opera o resultado delituoso.

Entretanto, a jurisprudência desta Corte, ainda sob a égide do artigo 34 da Lei n. 9.249, de 1995, orientava-se no sentido de que somente o pagamento integral dos tributos devidos, antes do oferecimento da denúncia, acarretaria a extinção da punibilidade. Ocorre que esse entendimento restou ultrapassado com a edição da Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, que, em seu artigo 9º, parágrafo 2º, prevê a hipótese de extinção da punibilidade, sem ater-se a qualquer limitação temporal no que diz respeito à satisfação integral do débito. De fato, o interesse maior do Estado está na satisfação da dívida. Quis o legislador, na verdade, tão-somente, tipificar a conduta delitiva como forma de intimidar o contribuinte ao pagamento do tributo, cuja natureza, da exação, é eminentemente social.

Desse modo, em face da existência, nos autos, de comprovação do pagamento do débito, independentemente da época de sua quitação, se efetuado antes ou depois do recebimento da denúncia, consoante exige a legislação que rege, atualmente, a matéria, há de ser decretada a extinção da punibilidade, 'ex vi' do artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal. Apelação provida para decretar a extinção da punibilidade dos acusados, ora apelantes" (TRF-1ª Região, ac. 1999.33.01.000316-3/BA, 3ª T., Rel. Des. Fed. Plauto Ribeiro, j. 26.11.2003, v.u., *DJU*, 12.12.2003, p. 126).

Assim, considerando o pagamento do valor principal como uma das hipóteses de exclusão da punibilidade por atipicidade, leciona Dias¹²⁶:

Considerando que o crime de apropriação indébita previdenciária é, [...] crime material e, por isso, depende da existência de um resultado material para sua caracterização, o posterior pagamento de montante correspondente ao valor principal das contribuições devidas, independentemente do pagamento dos acessórios, recai sobre o bem jurídico anteriormente violado, excluindo, materialmente, os efeitos dessa violação e, por conseguinte, deve excluir a sua tipicidade.

¹²⁶ DIAS, 2010, pp. 143-145.

Portanto, é atípica a conduta de quem paga o valor original das contribuições devidas e não recolhidas oportunamente, porque o agente não se apropria dos acessórios. Realmente, não é possível imaginar que alguém incorpore em seu patrimônio a multa, os juros e a correção monetária, que somente surgem com o pagamento a destempo e caracterizam sanções administrativas pelo não pagamento no prazo legal.

[...]

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.

Restaria à Previdência Social exigir as sanções administrativas aplicadas pelo atraso no pagamento, não sendo possível, porém, a aplicação do Direito Penal, uma vez que o crime não restaria configurado, devendo o eventual inquérito policial instaurado ser arquivado.

Dessa forma, com a introdução da Lei nº 10.684/2003, alterou-se novamente o momento de possibilidade do pagamento do débito para fins de extinção da punibilidade. O § 2º do artigo 9º da Lei em comento estabelece que o simples pagamento do débito, independentemente do momento é causa suficiente para a extinção da punibilidade do agente. Esclarece José Barcelos de Souza¹²⁷ que:

Essa lei, diferentemente das anteriores, permitiu o parcelamento e a quitação do débito após o recebimento da denúncia, dando-se no primeiro caso, a suspensão do feito e, no segundo, a extinção da punibilidade.

Mister ressaltar que a respectiva Ação Fiscal não se confunde com a Ação Penal cabível ao dispositivo em tela. Ademais, a Ação Fiscal ora referida é a Judicial e não a Administrativa, tendo em vista que o crédito a favor da previdência se constitui após o lançamento, o qual somente se perfaz quando esgotadas todas as etapas administrativas. Segundo Franco¹²⁸, a Ação Fiscal é:

Ação do Fisco como autoridade administrativa, que se concretiza com a instauração do procedimento administrativo fiscal. A notificação pessoal do contribuinte do início da averiguação, ou seja, da instauração do

¹²⁷ SOUZA, Jose Barcelos. Aspectos da apropriação indébita previdenciária e sua discussão em pedido de *habeas corpus* em favor de empresários. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, v. 18, 2009, pp. 77-102.

¹²⁸ FRANCO, 2001, p. 4088.

procedimento administrativo, através do 'Termo de Início de Ação Fiscal — TIAF, é condição essencial para estabelecer o *termo a quo* do início da 'ação fiscal.

Sobre a extinção da punibilidade no crime de apropriação indébita previdenciária, lecionam Castro e Lazzari¹²⁹:

Há situações em que a norma penal irá extinguir a possibilidade jurídica de punição pelo Estado.[...] A lei n. 9.983/2000 inovou no que diz respeito à extinção da punibilidade. O delito de apropriação indébita previdenciária tem agora como causa extintiva de punibilidade o fato de o agente, espontaneamente, declarar, confessar e efetuar o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e prestar as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal (§2º, do art. 168-A do CP). Destarte, para livrar-se da ação penal, deve o infrator [...], fazer a entrega do numerário apropriado a quem de direito, [...] de forma espontânea, não bastando o termo de confissão de dívida nesse sentido; deve-se admitir também o parcelamento do débito. A nova norma irá dificultar a vida dos sonegadores, pois, para que seja extinta a punibilidade, o agente deverá efetuar o pagamento das contribuições, acrescidas de todos os encargos incidentes em decorrência do atraso, antes do início da ação fiscal, o que antes era possível mesmo depois desta, mas desde que fosse antes do recebimento da denúncia. [...] No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao dar aplicação retroativa ao disposto no art. 9º da Lei n. 10.684/2003, tem admitido que o pagamento do tributo a qualquer tempo extingue a punibilidade do crime tributário [...]. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem observado a atual orientação do STF para autorizar a extinção da punibilidade, inclusive, na fase de execução penal [...].

No tocante à adesão ao Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) e PAES, esclarecem Castro e Lazzari¹³⁰:

[...] na forma prevista pelo art. 15 da Lei 9.964/2000, o benefício previsto é o da suspensão da pretensão punitiva do Estado, não sendo caso de extinção da punibilidade. Diz o art. 15 da Lei n. 9.964/2000: 'É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. §1º A prescrição criminal na ocorre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.' Ou seja, a Lei n. 9.964/2000 condiciona a extinção da punibilidade ao pagamento integral da dívida consolidada, ficando suspensa a pretensão punitiva durante o período do refinanciamento.[...] surgem controvérsias em torno de ser esta lei favorável ou não ao réu. Ao passo que retira do Estado o poder-dever de punir, enquanto estão sendo honrados os compromissos com o REFIS, impedindo o processamento

¹²⁹ CASTRO & LAZZARI, 2007, pp.368-370.

¹³⁰ CASTRO & LAZZARI, 2007, pp.370-375.

penal do agente, também faz cessar o curso da prescrição, o que leva à conclusão de que o interesse estatal em punir estaria dilatado *ad eternum*, isso porque as adesões aos REFIS não possuem prazo fixo para adimplemento total do débito, ficando a critério do interessado determinar o número de parcelas.[...] verifica-se que o legislador, ao prever tal benefício – suspensão da pretensão punitiva-, assegurou-lhe o direito de retomar su papel de punir em castigo àquele que, comprometendo-se em efetuar o pagamento do débito descumpriu o contrato. É, na verdade, uma cláusula penal nos moldes civis, ou seja, tem o Estado de cobrar a parcela não paga e também a obrigatoriedade de instaurar a ação penal. Por outro lado, uma vez cumprido todo o refinanciamento tem a obrigação de declarar extinta a punibilidade do agente. Dessa maneira, a lei incentiva o agente a promover o pagamento integral da dívida fiscal para que assim esteja livre também da persecução penal. Por outro lado, quem não aderiu ao REFIS e permaneceu no anonimato da sonegação, tem a seu favor a inexistência de eventual processo crime, bem como por inexistir confissão de dívida não haverá a exigibilidade antecipada da dívida na esfera civil.[...]

A lei n. 10.684, de 30.5.2003, instituiu um novo parcelamento, o pés, também conhecido como II. Trata-se de parcelamento especial de débitos [...] tributários vencidos até 28 de fevereiro de 2003. O prazo para opção ao PAES encerrou-se no dia 31.8.2003. [...] As disposições penais contidas na Lei n. 10.684/2003 são objeto de muitas críticas, sendo alegada a sua inconstitucionalidade, por ferir princípios como o da divisão de poderes, da segurança jurídica, da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia, entre outros.

Ainda em relação à extinção de punibilidade, recentemente foi editada a Lei nº 11.941/2009 criando uma nova alteração, concernente apenas às contribuições devidas que forem incluídas em parcelamento (art. 69), senão vejamos:

Art. 67. Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia.

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1o a 3o desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1o desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

Cumpra salientar que ao contrário da Lei nº 9.964 que preceituava que a adesão ao parcelamento teria que ocorrer antes do recebimento da denúncia, a Lei nº 11.941/2009 foi omissa em relação ao limite, razão pela qual concluímos que eventual parcelamento pode ser realizado a qualquer tempo, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença. O Professor José Barcelos de Souza fez pertinente observação referente a Lei nº 11.941¹³¹:

“[a lei] Foi muito criticada por trazer certos privilégios, como o fato de que para quem pode pagar, tudo bem, mas o pobre vai para a cadeia. Permitido o parcelamento no curso da ação penal, pagou fica livre, culpado ou não. É a lógica da lei dos tempos atuais. Que dizer, estabeleceu-se um condição negativa de procedibilidade, qual seja a do parcelamento do débito”.

Em suma, de acordo com a atual legislação, em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária possuímos duas normas regulamentando a extinção de punibilidade pelo pagamento: 1) O específico preceituado na Lei nº 11.941, o qual é aplicável no caso de contribuições e tributos que forem objetos de parcelamento previsto; e 2) O geral previsto na Lei nº 10.684, que é aplicável em todos os demais casos, independente de eventual parcelamento.

Verifica-se, pois, de forma clara e notória que o Estado não quer punir ou prender, mas apenas arrecadar a contribuição de natureza tributária, utilizando indevidamente do Direito Penal como meio de ameaça, o que viola os princípios e postulados penais já vistos.

6.3.2 Perdão Judicial

No tocante ao perdão judicial como causa de extinção da punibilidade no crime de apropriação indébita previdenciária, lecionam Castro e Lazzari¹³²:

A outra causa de extinção de punibilidade deste delito ocorre por meio do perdão judicial, conforme previsão do § 3º do art. 168-A do Código Penal, que admite a não –aplicação da pena, ou a sanção meramente pecuniária,

¹³¹ SOUZA, José Barcelos, **Petição de Contra Razões à apelação no processo de nº 2008.38.00.012294-2**. 11ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG, 2010.

¹³² CASTRO & LAZZARI, 2007, pp.375-376.

ao réu primário e de bons antecedentes [...] Com isso, o Juiz está autorizado, no caso do inciso I, a deixar de punir o infrator, caso este, após a expedição de notificação de débitos, mas antes do oferecimento da denúncia pelo órgão do Ministério Público Federal- não mais até antes do recebimento pelo juiz-, realizar o pagamento das contribuições à Seguridade Social, que foram objeto de apropriação, com os acréscimos moratórios. Quanto ao inciso II, a concessão do perdão judicial poderá ocorrer até a sentença, pois não há a limitação temporal na norma legal. Em ambos os casos, poderá o juiz aplicar somente a pena de multa. A faculdade conferida ao julgador, no sentido de deixar de aplicar a pena, em verdade, é um dever, quando o agente preenche os requisitos exigidos em lei. Além da primariedade e dos bons antecedentes, o infrator deverá preencher, pelo menos, um dos requisitos dos incisos referidos. O pagamento da contribuição e acessórios deve ocorrer antes de oferecida a denúncia, e não antes do recebimento da denúncia como previsto no art. 34 da Lei n. 9.249/95. O princípio da insignificância [...] não deixa de ter aplicação em face da norma que institui o perdão judicial. Presente a insignificância dos valores envolvidos no ilícito penal, o Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou, se oferecida a denúncia, o juiz poderá rejeitá-la, com base no art. 43, I, do Código de Processo Penal.

Em relação ao perdão judicial, leciona Damásio de Jesus¹³³:

Na primeira previsão legal, há perdão judicial (CP, arts. 107, IX, e 120); na segunda, indicação de aplicação isolada da pena de multa. Cuidam-se de direito penais subjetivos públicos do réu, desde que atendidos os requisitos pessoais e objetivos.

O Perdão Judicial é um instituto previsto no art. 107, inciso IX do Código Penal¹³⁴, entre as hipóteses de extinção da punibilidade:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: [...] IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Nesse sentido, vale esclarecer que o perdão judicial somente se verifica após o processamento da ação penal, quando há uma condenação, sendo um direito subjetivo do réu, conferido por lei ao juiz de não aplicar a sanção penal, bem como, extinguir o pressuposto da condenação, eliminando os efeitos da reincidência, nos termos do artigo 120 do mesmo diploma legal¹³⁵. Uma situação típica da aplicação do perdão judicial é quando a consequência do delito já configura uma grande

¹³³ JESUS, 2003, pp.429-430.

¹³⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2010.

¹³⁵ Art. 120 - A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2010.

punição ao agente, a exemplo do genitor que esquece o filho no carro, ocasionando a sua morte. De acordo com a lição de Prado¹³⁶:

Embora perfeito o delito em todos os seus elementos constitutivos - ação PI omissão típica, ilícita e culpável -, é possível que o magistrado, diante de determinadas circunstâncias legalmente previstas, deixe de aplicar a sanção penal correspondente, outorgando o perdão judicial. Trata-se de direito subjetivo do réu, e não mera faculdade judicial.

O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade (art. 107, IX, CP) que opera independentemente da aceitação do agente, sendo concedido na própria sentença ou acórdão. Embora determinação de natureza jurídica da sentença concessiva do perdão judicial seja questão assaz conflitiva, a orientação preponderante é no sentido de indicá-la como declaratória de extinção da punibilidade.¹³⁷[...] Por fim, resta salientar que a concessão do perdão judicial é admissível tão-somente nos casos expressamente elencados por lei.

Segundo esclarece Dias¹³⁸:

[...] a lei não impõe critérios para nortear a atuação do juiz, existindo plena liberdade para que ele opte pela aplicação de um ou outro instituto, ou seja, abra a oportunidade para a transação penal ou, ao contrário, conceda o perdão judicial.

Entendemos que o juiz deverá analisar cada caso e, em face de suas circunstâncias, aplicar o perdão judicial nas situações em que a prática do crime já trouxe conseqüências indesejadas para o agente, tornando desnecessária a sanção penal [...].

Assim, considerando o que dispõe o art. 168-A, § 3º, incisos I e II, do CP, verifica-se que se trata de mais uma das hipóteses previstas em lei para a concessão do perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade¹³⁹.

Nota-se que a concessão do perdão judicial para o crime de apropriação indébita previdenciária subordina-se ao cumprimento de alguns requisitos, sem os

¹³⁶ PRADO, 2002, pp. 635-636.

¹³⁷ Súmula 18 do STJ: "A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório". BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 6 set. 2010.

¹³⁸ DIAS, 2010, p. 99.

¹³⁹ Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional [...] §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 acessórias; ou II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2010.

quais o benefício não é concedido, sendo tais requisitos cumulativos entre o § 3º e os incisos e, entre os incisos são alternativos. Assim, deve o agente ser primário e ter bons antecedentes, bem como, promover o pagamento dos valores devidos, incluindo os acessórios antes do oferecimento da denúncia, ou – se primário e com bons antecedentes – o valor devido foi inferior ao mínimo estabelecido pela administração para o ajuizamento da execução fiscal.

Acerca do momento da aplicação do perdão judicial para o delito de apropriação indébita previdenciária, leciona Dias:

[...] ao verificar que é possível a aplicação do perdão judicial, o juiz deverá reconhecê-lo prontamente, independentemente da fase processual em que isso ocorra, rejeitando a denúncia, se for o caso.

Na prática, porém tal preceito praticamente não é mais aplicado, uma vez que, no caso do inc. I do §3º do art. 168-A, no qual o agente realiza o pagamento do valor devido a título de contribuição previdenciária, tem sido reconhecida a extinção da punibilidade pelo pagamento, por meio da aplicação do art. 9º ,§2º da Lei 10.684/03 ou do art. 69 da Lei 11.941/09, [...]. Já no caso do inc. II, no qual o valor das contribuições devidas encontram-se dentro do limite de não ajuizamento, a posição majoritária sustenta que é caso de aplicação do princípio da insignificância [...].¹⁴⁰

Portanto, o perdão judicial é um direito subjetivo do agente quando presentes os requisitos legais à sua concessão. Contudo, verificou-se que tanto o artigo 168-A do CP, quanto as leis 10.684/03 e 11.941/09, trazem outras hipóteses de extinção da punibilidade, levando ao desuso o perdão judicial para o crime em comento.

6.3.3 Dificuldades Financeiras e inexigibilidade de conduta diversa

A problemática da dificuldade financeira é outra questão passível de extinguir a punibilidade do agente nos crimes de apropriação indébita previdenciária. Assim, já existe o entendimento de que a culpabilidade é afastada pela excludente de inexigibilidade de conduta diversa, pelo fato do acusado não realizar os pagamentos previdenciários, por enfrentar grave crise financeira.

¹⁴⁰ DIAS, 2010, p. 101.

Nesse sentido, a total carência de recursos da empresa exclui o crime, seja pelo reconhecimento da ausência de dolo do devedor ou por não ser exigida outra conduta.

Outrossim, pela própria definição do crime preceituado no artigo 168-A do CP, este somente configura crime o fato de “[...] deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes [...]”¹⁴¹. Esclarece, pois, o ilustre Professor José Barcelos de Souza¹⁴²:

O fato de o empregador pagar ao empregado contribuinte a importância líquida que este deverá receber não significa que recolheu contribuições dos empregados, não significa que fez efetivamente um desconto para a previdência, a não ser que tenha a seu dispor, para esse fim de recolhimento, também a importância referente ao abatimento a recolher.

Destarte, para a realização do crime em tela é necessária a disponibilidade efetiva da importância bruta para o pagamento do salário, do qual deve ser retirada uma parte para a Previdência Social, uma vez que não se pode descontar do nada a quantia para repasse. O simples fato contábil de descontar do salário bruto o repasse à Previdência Social não caracteriza o crime, se o empresário, na verdade, só dispõe do líquido a ser entregue ao empregado, sem poder contar com o restante que foi contabilizado somente para apuração do líquido e fixação do *quantum* do desconto para repasse futuro. Nesse aspecto, lecionam Castro e Lazzari¹⁴³.

Exclui-se a culpabilidade quando o agente não pode agir de modo diferente, ou seja, não lhe era socialmente exigível atuar conforme a Lei. A inexigibilidade de conduta diversa tem sido reconhecida pelos tribunais como forma de afastar a culpabilidade nos crimes de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, quando caracterizado nos autos o estado de insolvência ou dificuldades financeiras capazes de autorizar o comportamento contrário ao exigido pela norma legal. Nesse sentido: ‘O contribuinte só se exime do recolhimento das contribuições de lei em prejuízo da receita pública em casos excepcionalíssimos, quando a prova documental é incontestável e amplamente demonstrativa das dificuldades financeiras da empresa’. (ACR n. 96.0453492-0/SC, TRF da 4ª Região, 1ª Turma, rel. Juiz Gilson Dipp, DJU, de 1.7.98, p.635).

As dificuldades financeiras afastam a culpabilidade do gente quando não só os bens da empresa encontram-se onerados, mas, também, os dos sócios-gerentes, diretores ou administradores responsáveis pela gestão da empresa. Não basta a mera alegação de dificuldades financeiras; deve o acusado produzir provas contundentes de tal estado.[...]

¹⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 4 jul. 2010.

¹⁴² SOUZA, 2009, pp. 77-102.

¹⁴³ CASTRO & LAZZARI, 2007, pp.376-377.

No que tange à comprovação das dificuldades financeiras, verifica-se, na prática, que os acusados em processo criminal desta natureza buscam a realização de perícia técnica contábil, para que reste demonstrada a impossibilidade de caixa para efetuar os recolhimentos devidos e, por conseqüência, seja reconhecida a causa supralegal da inexigibilidade de conduta diversa. A verdade é que referida prova é usada, muitas vezes, para dilatar a instrução processual, uma vez que, na maioria dos casos, cingir-se-ia a ratificar as dificuldades facilmente demonstradas por meio de documentos contábeis.

A tese das dificuldades financeiras, reside na culpabilidade do agente (reprovação social do comportamento humano). E, para que o magistrado reconheça a impossibilidade de as obrigações fiscais terem sido cumpridas pelos gestores da empresa, na forma legal, e, com isso, exclua-os de pena, basta, como regra, a análise da prova documental.

Ressalta Jose Barcelos de Souza¹⁴⁴ que “se não houve desconto, senão contabilmente, se não houve recolhimento retirado do salário bruto, não há de se falar em falta de repasse” e muito menos em crime. Ademais, o simples ato de deixar de pagar, não incide em crime, pois, inadimplência não é fato típico, conforme igualmente entende a jurisprudência:

Admite-se a absolvição, pela aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa, o agente que deixa de repassar, à autarquia previdenciária as contribuições descontadas dos salários de seus empregados, quando verificada através dos dados coligados na instrução probatória a penúria do microempresário, faze à grave crise financeira, causada por atos e fatos alheios à sua vontade, compelindo-o a abster-se do compromisso fiscal a fim de poder honrar os seus encargos para com os funcionários.(TRF, 3ª Região, RT 744/696-7).

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ESCORREITA. I. Ficou comprovado, mediante documentos e depoimento de testemunha, que o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do Código Penal) foi praticado em razão das dificuldades financeiras enfrentadas pela sociedade gerida pelo acusado. II. Portanto, em razão de sérias dificuldades financeiras enfrentadas ao longo de sua administração, não lhe era exigível àquela época conduta diversa, o que afasta a convicção quanto à sua culpabilidade no referido delito. III. Recurso conhecido ao qual se nega provimento. (TRF 2ª R.; ACr 7486; Proc. 2003.51.04.002732-5; Primeira Turma Especializada; Rel. Juiz Fed. Conv. Marcello Ferreira de Souza Granado; Julg. 01/09/2010; DEJF2 21/09/2010)

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. I. O não-recolhimento das contribuições previdenciárias apuradas neste feito, tendo ocorrido de forma intercalada entre os anos de 1996 e 2005. restando prescrito o crime do art. 168-A do CP relativamente às competências

¹⁴⁴ SOUZA, 2009, pp. 77-102.

anteriores a novembro de 2001. aliado ao interrogatório do acusado, aos depoimentos das testemunhas que trabalharam em sua empresa e, ainda, à comprovação de que em meio àquele mesmo período faleceu seu filho de seis anos, acometido por câncer, corrobora a tese de que, em razão de sérias dificuldades financeiras enfrentadas ao longo da administração do Réu, não lhe era exigível àquela época conduta diversa, o que afasta a convicção quanto à sua culpabilidade no referido delito, impondo-se a manutenção da absolvição, com fulcro no art. 386, V, do CPP. II. Recurso de Apelação do MFP improvido. (TRF 2ª R.; ACr 7893; Proc. 2005.51.10.005692-8; Primeira Turma Especializada; Rel. Juiz Fed. Conv. Marcello Ferreira de Souza Granado; DEJF2 21/09/2010)

Desse modo, verifica-se que a conjuntura econômica e social, além da elevada carga tributária do país, coloca muitas empresas em grandes dificuldades financeiras, principalmente as pequenas empresas, o que leva ao não repasse das contribuições previdenciárias, pois privilegia-se a continuidade da atividade empresarial.

Nesse sentido, quando demonstrado que não houve o dolo, mas sim uma imperiosa necessidade, de forma a não se poder exigir o sacrifício de outros bens jurídicos de igual importância, entre eles a própria sobrevivência dos funcionários, que dependem dos salários para a manutenção presente própria e de suas famílias, não há que se falar em punição pelo art. 168-A do CP, por inexigibilidade de conduta diversa.

Não se pode exigir um comportamento de acordo com a norma jurídica quando em circunstâncias desfavoráveis. Segundo leciona Reale¹⁴⁵:

Não há renúncia por parte do direito, mas uma reavaliação deste, diante de uma situação em que estão presentes determinados requisitos objetivamente determinados. A não exigibilidade não se reduz às situações em que o instinto de conservação determina a ação, mas implica uma valoração acerca de um conflito de valores, o valor da norma e o valor posto como motivo de agir em determinada situação.

Desse modo, pode-se dizer que a crise financeira enfrentada pela empresa é uma espécie de estado de necessidade. As situações e condutas efetivadas durante esse período devem ser analisadas sob esta perspectiva, suspendendo-se a antijuridicidade do art. 168-A do CP, quando presente a inexigibilidade de conduta

¹⁴⁵ REALE, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 154.

diversa¹⁴⁶. De acordo com Capez¹⁴⁷, o estado de necessidade pode ser entendido como:

[...] causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir. No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual o salvo.

Evidente, pois que, diante de uma situação financeira crítica, a empresa deverá optar, pelos critérios da razoabilidade, entre sacrificar a fonte alimentícia presente de seus funcionários e famílias ou a futura, representada pelas contribuições previdenciárias, colocando em risco o próprio exercício da atividade empresarial.

Portanto, afasta-se a punibilidade prevista no art. 168-A quando fica provado cabalmente que a empresa enfrentou dificuldades financeiras de tal monta que chegou a afetar a própria vida pessoal dos dirigentes, pois não há como se exigir conduta diversa. A continuidade da atividade econômica é igualmente importante para o Estado, eis que gera renda e empregos.

6.4 A IMPORTÂNCIA DA RUBRICA LATERAL

Para sabermos se uma determinada infração penal efetivamente ocorreu, entre outros elementos, mister se faz atentar para o *nomen iures* da figura delituosa, uma vez que a denominação ou rubrica lateral é de fundamental importância para a análise de qualquer crime.

¹⁴⁶ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; [...] Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 8 ago. 2010.

¹⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. v. 1, arts. 1º a 120. São Paulo: Saraiva, 2004, p.256.

Nesse sentido, a rubrica lateral do art. 168-A do Código Penal é “Apropriação Indébita Previdenciária”, razão pela qual só haverá este crime quando alguém tiver se apropriado de contribuição não recolhida à Previdência Social que estivesse sobre sua posse. Conforme leciona, com notório brilhantismo o Professor José Barcelos de Souza¹⁴⁸:

Então, está muito claro que o crime não consiste simplesmente em deixar de repassar as contribuições no prazo legal, senão em deixar de repassar apropriando-se do dinheiro. Se não existe o dinheiro para repassar há simples inadimplência.

É verdade que o legislador pretendeu retirar ao novo tipo penal característica da apropriação indébita comum para dar ênfase ao não recolhimento de contribuição. Mas não logrou seu intento ao adotar na rubrica lateral a denominação “apropriação indébita previdenciária”. É que não pode haver apropriação indébita sem a – *apropriação*.

Apropriação indébita envolve sempre a posse ou o recebimento de alguma coisa para repassar ou devolver.

Insta ressaltar que a própria Constituição Federal, no art. 5º, LXVII veda a prisão por dívidas, como já demonstrado. Assim, evidente que o legislador procurou retirar do artigo 168-A as características da apropriação indébita comum, a fim de enfatizar o não recolhimento da contribuição. Mas não logrou êxito, uma vez que adotou na rubrica lateral a denominação “apropriação indébita previdenciária”. Portanto, é impossível haver apropriação indébita sem a apropriação, como assevera o Professor José Barcelos de Souza¹⁴⁹.

Ressalta ainda José Barcelos de Souza¹⁵⁰ que “a apropriação indébita sempre envolve a posse ou o recebimento de alguma coisa para repassar ou devolver.” Desse modo, quando o agente não tem nem mesmo a posse, não há que se falar em apropriação, pois é impossível se apropriar de algo que não se tenha a posse.

Segundo Luiz Flávio Gomes¹⁵¹, não há dúvida acerca da natureza de crime patrimonial do artigo 168-A do CP, pois:

¹⁴⁸ SOUZA, 2009, pp. 77-102.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ GOMES, 2000, pp.366-369.

Primeiro pelo *nomem juris* do delito; em segundo lugar, pela posição topográfica do art. 168-A; em terceiro lugar, pela própria estrutura interna dos tipos penais, todos centrados na posse precedente da contribuição ou do benefício, que deve ser repassado ou recolhido em favor da previdência social ou pago ao segurado.

Assim, evidente a necessidade de utilizar a rubrica lateral na interpretação deste crime, ou seja, para apropriar-se de algo, o agente deve antes possuir acesso ao bem a ser apropriado. De modo contrário, ocorrerá apenas um ilícito administrativo, não punível na esfera penal.

6.5 A NECESSIDADE DO EXAME DE CORPO DE DELITO

Frequentemente o Ministério Público Federal denuncia o agente pelo suposto cometimento do crime de apropriação indébita previdenciária, sem o necessário inquérito policial e, a conseqüente realização do exame de corpo de delito, conforme preconiza o artigo 564, inciso III, alínea b, do Código de Processo Penal¹⁵²:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

Ainda, dispõe o artigo 158 do Código de Processo Penal¹⁵³:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

¹⁵² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2010.

¹⁵³ Ibid.

Nesse sentido, cumpre salientar que não somente os crimes de dano, lesão corporal ou os praticados com arrombamento deixam vestígios. Corroborando este entendimento, decidiu o Tribunal Regional da 2ª Região:

A infração imputada aos transgressores da lei previdenciária- "deixar de recolher importâncias devidas à Previdência Social ou arrecadadas dos segurados ou do público, para serem repassadas à previdência"-sem sombra de dúvidas deixa vestígios e, tanto, deixa, que são colhidos pelos fiscais no seio da empresa, mas sob uma ótica que não a pericial. É que a Administração Autárquica tem interesse próprio envolvido nessa fiscalização, podendo ser, e o é muitas vezes, parcial nas suas análises e averiguações, o que não acontece com o perito judicial que elabora o seu laudo em atenção a realidade dos fatos e não para atender a interesse das partes.(ACR nº 98.02.19601-0,1ª Turma do Tribunal Regional da 2ª Região,DJ 06.09.01, pág. 49).

Ainda, há entendimento jurisprudencial no sentido de que o exame de corpo de delito não é uma faculdade, como as demais provas periciais, mas sim uma exigência legal, mesmo no crime de apropriação indébita previdenciária:

PROCESSO PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL TIDA POR DESNECESSÁRIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. ORDEM DENEGADA. IMPROPRIEDADE DO HC. 1. O processo penal pátrio é regido pelo princípio do "livre convencimento fundamentado" do juiz. Ademais, "salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade" (art. 184 do CPP). 2. "(...) o exame de corpo de delito é obrigatório, mas quanto às demais perícias há uma faculdade da autoridade policial ou judiciária na sua realização. Requerida pela parte, cabe à autoridade deferi-la ou não, conforme a considerar ou não necessária para a elucidação dos fatos ou de suas circunstâncias. Evitando-se a realização de perícias desnecessárias, impertinentes e procrastinatórias, a Lei deixa ao prudente arbítrio do juiz sua realização devendo a parte que a deseje convencê-lo fundamentadamente da sua conveniência. O indeferimento de exame pericial ou sua renovação não é constrangimento ilegal e não comporta recurso. Só pode ser desfeito pela via de reconsideração ou de mandado de segurança, se presentes seus requisitos." (grifei) (Mirabete, in Código de Processo Penal, ED. Atlas, 2000, São Paulo, p. 442). 3. Ordem denegada. 4. Peças liberadas pelo Relator em 30 ABR 2002 para publicação do acórdão. (TRF 1ª R.; HC 01000074760; BA; Terceira Turma; Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral; Julg. 30/04/2002; DJU 17/05/2002; Pág. 164)

Em sentido contrário, parte da jurisprudência entende que o crime de apropriação indébita previdenciária é um crime formal, não produzindo materialidade, ou seja, não deixa vestígios, motivo pelo qual a realização do exame de corpo de delito é desnecessária:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DO RÉU. ART. 168 A, § 1º, I DO CP. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO. EXAME DE CORPO DE DELITO. IMPOSSIBILIDADE EM CRIME FORMAL. NULIDADES INEXISTENTES. PREJUÍZO INDEMONSTRADO. MATERIALIDADE E AUTORIA CONSTATADAS. AUSENTES CAUSAS DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE RECURSO DESPROVIDO. I - A exigüidade do prazo entre o fim do procedimento fiscal e a deflagração da Ação Penal por si só não tem o condão de ensejar nulidade alguma, contrariamente a isto, o que se pode presumir é a diligência dos órgãos e agentes envolvidos na proteção da coisa pública. A Representação Fiscal para fins penais é o instrumento fiscal através do qual se constitui o crédito tributário. Tal procedimento foi encerrado em 11/09/2006 e dele não se verificou recurso administrativo algum, razão pela qual findou em apenas um mês. II - Crimes formais não produzem materialidade, isto é, não deixa vestígios, bastando a prática da conduta descrita na Lei para que se consume o crime, razão pela qual impossível falar em exame de corpo de delito. III - O indeferimento de perícia não constitui cerceamento de defesa, pois este não é o único meio a disposição do réu de provar sua condição financeira deficitária. (Precedente do STJ). IV - Materialidade e autorias comprovadas. V - Recurso desprovido. Sentença condenatória mantida. (TRF 2ª R.; ACr 2006.51.01.532146-0; Segunda Turma Especializada; Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto; Julg. 19/05/2009; DJU 27/05/2009; Pág. 43)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168 - A DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA REJEITADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DESNECESSIDADE DE EXAME DE CORPO DE DELITO. DOLO CONFIGURADO. NÃO DEMONSTRADA CAUSA EXCLUDENTE DA ILICITUDE OU CULPABILIDADE. 1. Apelações interpostas pelas Defesas contra sentença que condenou cada um dos réus à pena de dois anos e quatro meses de reclusão, como incursos no artigo 168 - A, §1º, inciso I, e artigo 71, ambos do Código Penal. 2. Reconhecida de ofício a prescrição parcial da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, apenas com relação aos fatos ocorridos nos períodos de maio a novembro de 1998, mantendo-se íntegra a pretensão punitiva estatal quanto aos demais períodos referidos na denúncia. 3. A jurisprudência já se pacificou no sentido do descabimento da alegação de inépcia da denúncia após a prolação da sentença condenatória, em razão da preclusão da matéria. Ainda que se entenda que a arguição é de nulidade da própria sentença condenatória, não merece acolhimento, pois A denúncia contém exposição clara e objetiva dos fatos ditos delituosos, com narração de todos os elementos essenciais e circunstanciais que lhes são inerentes, atendendo aos requisitos descritos no artigo 41 do Código de Processo Penal, bem como permitindo aos réus o exercício pleno do direito de defesa assegurado pela Constituição Federal. 4. A r. sentença apelada, de forma expressa, examinou e teve como comprovada a materialidade do delito, e portanto, afastou a necessidade de prova pericial. 5. Materialidade e a

autoria demonstradas pelo conjunto probatório produzido nos autos, quais sejam, notificação de lançamento de débito, acompanhada das folhas de pagamento dos salários dos empregados e de recibos de pagamento de salário nos quais está anotado o desconto da contribuição previdenciária dos segurados empregados não repassada à Previdência Social. 6. Trata-se de crime formal, que se consuma com o não repasse, à Previdência Social, das contribuições descontadas dos segurados empregados, não sendo portanto exigível o exame de corpo de delito, a teor do artigo 158 do Código de Processo Penal. Precedentes. 7. No crime de apropriação indébita previdenciária, tipificado no artigo 168 - A do Código Penal, exige-se apenas o dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de deixar de recolher, no prazo legal, contribuição descontada de pagamentos efetuados a segurados, não sendo de exigir-se intenção de apropriar-se das importâncias descontadas, ou seja, não se exige o animus rem sibi habendi. Precedentes. 8. Os débitos apurados nas notificações referidas na denúncia não estão incluídos programa de recuperação fiscal - REFIS, nem tampouco no programa de parcelamento especial - PAES. 9. Não há que se falar em exclusão da ilicitude, por estado de necessidade ou em exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, pois a alegação de que o não recolhimento das contribuições deveu-se a dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa não restou comprovada nos autos. 5. A prova das alegadas dificuldades financeiras incumbe ao réu, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, e não produziu a Defesa qualquer prova documental. 10. As contribuições previdenciárias descontadas e não recolhidas eram de responsabilidade de pessoa jurídica da qual o réu era administrador, e pessoas jurídicas, são obrigadas, por força de Lei, a manter contabilidade devidamente escriturada, sendo que a própria fiscalização do INSS utilizou-se da escrituração da empresa dos réus para levantar os valores das contribuições em questão. 11. Portanto, caberia à Defesa trazer aos autos a prova documental de suas dificuldades financeiras, como protestos de títulos, financiamentos bancários em atraso, saldos devedores bancários, balanços contábeis apontando prejuízos, ou outros documentos. Apenas a declaração dos réus em interrogatório, ou depoimentos de testemunhas, ainda mais com declarações genéricas, não constituem prova suficiente para ter-se como cabalmente demonstradas as alegadas dificuldades financeiras. Precedentes. 12. No crime do artigo 168 - A do Código Penal, a pena de prestação pecuniária, substitutiva da pena privativa de liberdade, deve ser revertida em favor da autarquia federal lesada com a ação criminosa - o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos termos do artigo 45, §1º do Código Penal. Precedentes. (TRF 3ª R.; ACR 19006; Proc. 2002.61.16.001263-4; Rel. Juiz Conv. Márcio Mesquita; DEJF 21/10/2008)

No entanto, entende o Professor José Barcelos de Souza¹⁵⁴ que a ausência do exame de corpo de delito viola o princípio do contraditório, não sendo aceitáveis as provas produzidas unilateralmente pelo fisco:

Se tratasse de inquérito policial, cuja função não é cobrar contribuições, mas imparcialmente investigar infrações penais, ainda poderiam ser aproveitadas as chamadas provas irrepetíveis. Mas não é possível aceitar a prova feita particularmente pelo fisco.

¹⁵⁴ SOUZA, 2009, pp. 77-102.

Ainda, leciona o professor José Barcelos de Souza¹⁵⁵ que a falta do exame de corpo de delito acarreta em nulidade absoluta da ação penal, podendo-se falar ainda em falta de justa causa para o processo.

Mas no que a falta de inquérito policial prejudicou irremediavelmente a ação penal foi em um outro aspecto. É que, sem ele, não se procedeu ao necessário e indispensável exame de corpo de delito, declarado expressamente pela lei processual imprescindível nos crimes que deixam vestígios (art. 158). A pena é a nulidade absoluta, insanável (Cód. de Proc. Penal, art. 564, inc. III, letra *b*). E agora, já não é mais possível ao zeloso Ministério Público requerê-lo. A oportunidade era a do oferecimento da denúncia (CPP, art. 399).

Como se vê, o constrangimento ilegal decorre de diversos motivos, que consubstanciam variadas modalidades de falta de justa causa para o processo

Assim, para o professor José Barcelos de Souza¹⁵⁶ é evidente que o crime de apropriação indébita previdenciária deixa vestígios, motivo pelo qual a realização do exame de corpo de delito é obrigatória, nos termos legais, sob pena de nulidade absoluta do processo:

É que nulo, radicalmente nulo, é o processo, vez que não se procedeu ao necessário *exame de corpo de delito* (Cód. de Proc. Penal, art. 564, inc. III, letra *b*).

No caso, nulidade *absoluta*, pois que expressamente prevista pelo legislador [...]

Nulidade, portanto, insanável, podendo, por isso mesmo, ser arguida a qualquer tempo, antes ou depois de sentença, ainda que passada em julgado, e, também, ser declarada de ofício.

E é bem de ver que crime que deixa vestígio não é só o de lesão corporal. Nem o de danos. Ou o praticado com arrombamento. Também o é o que se atribui indevida e injustamente aos denunciados.

Desse modo, o exame de corpo de delito é imprescindível, salvo motivo de força maior ou por causas não reputáveis aos órgãos da persecução penal¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Ibid., pp. 77-102.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 197 apud SOUZA, 2009, pp. 77-102.

Ainda, assevera com propriedade o Professor José Barcelos de Souza¹⁵⁸ que a necessidade de que o exame de corpo de delito seja realizado por peritos oficiais, consoante dispõe o art. 159 do Código de Processo Penal. Evidencia ainda o Professor que a perícia feita em processo administrativo e unilateralmente pela Previdência Social não se presta a substituir o exame de corpo de delito, uma vez que o procedimento administrativo sequer propicia o exercício dos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Neste sentido destaca José Barcelos de Souza¹⁵⁹:

Em verdade, a lei exige que o exame seja feito “por dois peritos oficiais” (CPP, art. 159, *caput*), dizendo mais que “os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados” (art. 160, cabeça).

Desse modo, não tem valor algum perícia realizada em processado administrativo, levado a efeito nos arrais do Instituto, conduzido por fiscais seus, interessados na arrecadação.

O procedimento administrativo, aliás, não se presta para comprovar a materialidade delitiva porque aos acusados não foi dada a oportunidade do exercício do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, a perícia comumente realizada em processo administrativo de natureza previdenciária, realizada pelo e conduzida por seus fiscais, com interesse na arrecadação, não tem nenhum efeito legal para substituir o exame de corpo de delito.

6.6 A IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA E O DETALHAMENTO DA CONDUTA

A prática forense tem demonstrado que o Ministério Público Federal tem o hábito de atribuir a autoria do crime de apropriação indébita previdenciária às pessoas que figuram no contrato ou estatuto social das empresas, em geral, sócios, diretores e gerentes.

¹⁵⁸ SOUZA, op. cit., pp. 77-102.

¹⁵⁹ SOUZA, 2009, pp. 77-102.

Todavia, tal fato na maioria das vezes ocorre em razão da ausência do indispensável inquérito policial, que serviria como base para responder a uma simples pergunta: Quem é o encarregado de fazer os recolhimentos previdenciários? Denunciar os sócios, diretores e gerentes pela razão de constar o nome no contrato social é valer-se da responsabilidade objetiva, instituto que o Direito Penal vem buscando cada vez mais afastar. Ademais, com fundamento na letra da lei, a doutrina é pacífica no sentido de que o agente do art. 168-A do CP é aquele que tem o dever de efetuar o repasse das contribuições à Previdência Social e não o fez, apropriando-se indevidamente de verba que não lhe pertence. Assim, ressalta Souza¹⁶⁰:

Atualmente, já não basta que a denúncia oferecida seja tecnicamente perfeita, descrevendo em tese um direito. Exige-se mais. É imprescindível, além disso, tenha o necessário suporte nos elementos contidos no inquérito (RT, v.497, março de 77, p. 323).

Efetivamente, e como se tem decidido, o procedimento criminal, com todo o séquito de gravames que acarreta ao indiciado, só é de instaurar-se quando a denúncia reportar-se a fato em tese delituoso, “corroborado *quantum satis* por elementos probatórios idôneos” (RT, v. 177, p. 368).
[..]

Esse entendimento hoje se impõe em face da nova Constituição, que incluiu entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil, “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, nº III).

Nesse sentido, decidiu o TRF ao julgar o recurso de *Habeas Corpus*:

A omissão no oportuno recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos salários de empregados, apesar de configurar em tese, o crime de apropriação indébita, não ocorre, por isso que, não se admitindo a responsabilidade penal objetiva, por si só não induz a presunção da prática de ilícitos pelos Diretores de empresa estatal que, sendo meros detentores de função pública de confiança, não tem qualquer poder de disponibilidade dos bens de tal entidade [...] (HC nº1997.01.00.005065/BA. Rel. Des. Mário César Ribeiro. DJ 28.08.2007).

Portanto, denunciar uma pessoa pelo simples fato de constar no contrato ou estatuto social é uma aberração jurídica. Ademais, ter poder é uma coisa, ter a atribuição de exercê-lo é outra completamente distinta. Nota-se que a prática forense tem ignorado tal fato, pois, não raras vezes, depara-se com processos cuja

¹⁶⁰ Ibid.

acusação recai sobre todos que figuram no contrato social de uma determinada empresa, sendo que na maioria das vezes, somente um dos sócios ou até mesmo um terceiro é o responsável exclusivo por recolher ou repassar a contribuição previdenciária. Nesse sentido, assevera Monteiro¹⁶¹:

É preciso determinar quem efetivamente tinha o poder de mando na empresa, decidindo pelo recolhimento ou não das contribuições descontadas dos empregados etc. Em outras palavras, deve ser responsabilizado aquele que detinha o domínio do fato, com poderes para fazer com que a omissão ocorra ou não.

Outro erro frequentemente cometido é a Denúncia Genérica, que contraria o Artigo 41 do Código de Processo Penal, que estabelece como elemento essencial da peça acusatória a “exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias”¹⁶². Portanto, não basta a denúncia se limitar a dizer que os acusados deixaram de recolher a contribuição previdenciária, sem individualizar a conduta de cada um. Assim, entende a jurisprudência do STJ em julgamento de *Habeas Corpus*:

Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Trancamento da ação penal. Crime societário. Imputação baseada na condição de sócio da empresa. Necessidade de descrição mínima da relação paciente com os fatos delituosos. Inépcia da denúncia. Ofensa ao princípio da ampla defesa. Anulação da ação penal. Determinada a extensão dos efeitos ao co-réu. Ordem concedida.(HC nº 2006.0054198-6, 5ª Turma. Rel. Minis. Gilson Dipp, DJ 11.09.2005, pág. 325).

Do mesmo modo, leciona Dias¹⁶³:

[...] passamos a entender que é necessária a individualização da gestão societária sob pena de ser considerada inepta a denúncia. Afinal, em uma época na qual a criminalização de condutas é adotada de forma desenfreada e a aplicação do direito penal tem um caráter meramente arrecadador, não nos parece adequado que a acusação possa ser realizada de forma genérica, sem se preocupar em investigar as reais

¹⁶¹ MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes contra a previdência social**: Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000: texto, comentários e aspectos polêmicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 98.

¹⁶² Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2010.

¹⁶³ DIAS, 2010, p. 65.

circunstâncias nas quais o crime ocorreu e, mais que isso, sem individualizar quais as pessoas que efetivamente concorreram para a sua prática.

Ainda, a jurisprudência tem decidido:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DA PACIENTE COM OS FATOS DELITUOSOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese em que os pacientes foram denunciados pela suposta prática do crime de apropriação indébita previdenciária, na forma continuada. II. O entendimento desta Corte - no sentido de que, nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta de cada agente - não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre a denunciada e a empreitada criminosas a ela imputada. III. O simples fato de ser sócio de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a condição de dirigente da empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva. IV. A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia. V. Precedentes do STF e do STJ. VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido, para declarar a inépcia da denúncia e determinar a anulação da ação penal instaurada contra os pacientes. VII. Ordem concedida. (STJ; HC 49.554; Proc. 2005/0184502-0; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 21/09/2006; DJU 30/10/2006; Pág. 341)

HABEAS CORPUS. CRIME SOCIETÁRIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INÉPCIA DA INICIAL CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. CONTINUIDADE DELITIVA. QUESTÃO PREJUDICADA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA. 1. O trancamento de ação penal, pela via estreita do habeas corpus, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou, ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade. 2. Nos crimes societários, embora não se exija a descrição minuciosa da conduta do acusado, é necessário que haja a narrativa dos fatos delituosos, de sua suposta autoria, do vínculo de causalidade (teorias causalista e finalista) e do nexos de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), de maneira a permitir o exercício da ampla defesa. 3. Não há confundir narrativa perfunctória da conduta com imputação de responsabilidade penal objetiva. Cabe ao órgão acusador, em sua peça inicial, a demonstração do vínculo, ainda que mínimo, entre o risco causado ao objeto penalmente tutelado e a conduta efetiva do denunciado na condição de sócio da empresa para que se possa dar início à ação penal com o recebimento da denúncia. 4. Reconhecida a inépcia da denúncia, resta prejudicada a questão relativa à continuidade delitiva. 5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para anular a ação penal desde o recebimento da denúncia, inclusive, sem prejuízo de que outra seja oferecida, uma vez

sanados os vícios. (STJ; HC 62.741; Proc. 2006/0153457-3; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 20/05/2008; DJE 23/06/2008)

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME SOCIETÁRIO. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DOS FATOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL SOB FUNDAMENTO DA FALTA DE JUSTA CAUSA. SÓCIO COM FUNÇÕES MERAMENTE OPERACIONAIS. FALTA DE PARTICIPAÇÃO, NA PRÁTICA, DA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA. ABSOLUTA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS ACERCA DA AUTORIA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE CONCESSÃO DA ORDEM. Habeas corpus impetrado com vistas ao trancamento de ação penal em que se imputa a prática do delito previsto no art. 168 - A, § 1º, I, c/c art. 71 do Código Penal. O trancamento de ação penal por via de habeas corpus, na forma da jurisprudência pacífica do E. STJ, só é possível em hipóteses muito excepcionais. Afastada a alegação de inépcia de denúncia, em princípio, por conter descrição suficiente da conduta supostamente atribuída ao Paciente. Da análise dos autos, contudo, infere-se a falta de justa causa para a ação penal, tendo em vista que o Paciente não participava da administração da empresa. Os documentos apresentados são suficientes para demonstrar que não exercia, na prática, qualquer poder decisório na condução da empresa, senão que desempenhava atribuições meramente operacionais. Ante as peculiaridades do caso concreto, constata-se, de pronto, a absoluta ausência de indícios mínimos acerca da autoria. Reconhecida a falta de justa causa. Ordem concedida para se determinar o trancamento da ação penal. (TRF 2ª R.; HC 2008.02.01.012769-6; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Andre Fontes; Julg. 07/10/2008; DJU 11/11/2008; Pág. 40)

Nesse sentido, esclarece José Barcelos de Souza¹⁶⁴ que a falta de denúncia ou, ainda, “a omissão de uma formalidade que lhe constitua elemento essencial, importa em nulidade do processo”, nos termos do artigo 564, inciso III a IV do CPP. Assim, a ineficiente identificação da conduta e do nexos de causalidade, bem como, a precisa identificação da autoria ensejam a nulidade do processo por ausência de requisitos legais.

Desse modo, de acordo com a lição José Barcelos de Souza¹⁶⁵, citando Aníbal Bruno, a participação punível do agente não é qualquer uma, senão aquela que tenha desempenho causal e físico objetivo. Ademais, a ação de cada autor do delito deve apresentar nexos de causalidade com o fato punível nas condições, na forma e no tempo em que de fato ocorreu, motivo pelo qual é indispensável que a denúncia especifique detalhadamente a participação de cada acusado no delito, sob pena de se acusar quem não participou da prática criminosa¹⁶⁶.

¹⁶⁴ SOUZA, 2009, pp. 77-102.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ ROHMLT, Ladislau Fernando. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. 1974. STF RTJ 49:21-4, apud SOUZA, 2009, p pp. 77-102.

Em igual sentido, entende a jurisprudência que é inepta a denúncia que não descreva pormenorizadamente como se deu a participação dos acusados na ação delituosa¹⁶⁷.

Esclarece ainda José Barcelos de Souza, com fundamento na lição de Nilo Batista, que nos delitos de apropriação indébita previdenciária o autor direto é quem infringe o dever de agir, de forma que o acusado deve ser quem de fato praticou o tipo penal e não todos que tenham o poder ou a faculdade de fazê-lo¹⁶⁸. Desse modo, é errônea a denúncia contra os presidentes, diretores, sócios e outros, apenas para colocá-los como “bodes expiatórios sem verificar e esclarecer se a estes competia fazer os pagamentos”¹⁶⁹. Indaga ainda com propriedade, o professor José Barcelos de Souza¹⁷⁰, para ao final concluir :

Seria incumbência de todos aqueles denunciados procederem ao recolhimento?

Neste caso, em conjunto?

Ou será que teriam combinado que ninguém recolhesse coisa alguma?

Quem era encarregado de fazer os recolhimentos?

Não haveria funcionário algum encarregado dos recolhimentos?

Quem se beneficiou com a falta de recolhimento de contribuições?

[...] o recebimento de poderes não significa a ocorrência do efetivo exercício deles.

Nesse mesmo sentido tem-se manifestado a jurisprudência¹⁷¹:

Habeas corpus. Penal. Processo Penal Tributário. Denúncia genérica. Responsabilidade penal objetiva. Inépcia.

Nos crimes contra a ordem tributária, a ação penal é pública. Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou a omissão do paciente. Do contrário, ofende os requisitos do CPP, art. 41, e os Tratados Internacionais sobre o tema. Igualmente, os princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório. Denúncia que imputa co-responsabilidade e não descreve a responsabilidade de cada agente é inepta. O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjeto). A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na

¹⁶⁷ RF, 173:337, 180:312; RT, 424:363, 435:288, apud SOUZA, 2009, p. 84.

¹⁶⁸ BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1979, p. 64, apud SOUZA, 2009, pp. 77-102.

¹⁶⁹ SOUZA, 2009, pp. 77-102.

¹⁷⁰ Ibid., pp. 77-102.

¹⁷¹ Apud SOUZA, op. cit., pp. 77-102.

conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar. Outra é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado. *Habeas corpus* deferido. (STF, HC n. 80549-3, STF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 20/3/2001, DJ 24/8/2001).

Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Trancamento de ação penal. Crime societário. Imputação baseada na condição de sócio de empresa. Necessidade de descrição mínima da relação do paciente com os fatos delituosos. Inépcia da denúncia. Ofensa ao princípio da ampla defesa. Anulação da ação penal. Determinada extensão dos efeitos da decisão ao co-réu. Ordem concedida. (STJ, HC n. 2006/0054198-6, da Quinta Turma, da relatoria do Min, Gilson Dipp, no DJ 11.09.2005, p. 325)

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA GENÉRICA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INÉPCIA. Nos crimes contra a ordem tributária a ação penal é pública. Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão da paciente. Do contrário, ofende os requisitos do CPP, art. 41 e os Tratados Internacionais sobre o tema. Igualmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Denúncia que imputa coresponsabilidade e não descreve a responsabilidade de cada agente, é inepta. O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjetivo). A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar. Outra, é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado. Habeas deferido. STJ. Relator(a): Nelson Jobim. Julgamento: 19/03/2001. Órgão Julgador: Segunda turma. Publicação: DJ 24-08-2001 PP-00044 EMENT VOL-02004-00 PP-00949.

Ainda, esclarecendo o posicionamento aqui apontado acerca da inépcia da denúncia e nulidade do processo por falta de descrição detalhada da concorrência dos acusados para a prática do crime de apropriação indébita previdenciária, José Barcelos de Souza exemplifica, a partir da lição de Mendes Júnior que a denúncia “é uma exposição narrativa e demonstrativa”, porque deve “dar as razões de convicção ou presunção”¹⁷², motivo pelo qual “a inépcia da denúncia constitui falta de justa causa para o processo”¹⁷³. Assim, ressalta o citado professor¹⁷⁴:

É certo que a ausência de justa causa deve ser examinada com prudência, mas ela se mostrará indubitosa quando se puder verificar que a peça acusatória se divorciou às inteiras dos elementos em que equivocadamente buscou fundamento, evidenciando-se desde logo a injustiça ou erro, por descuido, engano ou abuso de poder de seu autor.

¹⁷² MENDES JÚNIOR, João. **O Processo Criminal Brasileiro**. 1959, p. 183, apud SOUZA, 2009. p. 86.

¹⁷³ SOUZA, 2009, pp. 77-102.

¹⁷⁴ Ibid.

Essa é, precisamente, a espécie em exame.
É indubitável que, recebida semelhante denúncia, caberá *habeas corpus* com exame da prova, precisamente o estatuto em que a acusação buscou amparo.

Por conseguinte, Lopes Júnior¹⁷⁵ corrobora o entendimento ora exposto ao asseverar que:

A acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório mínimo para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.

Portanto, a denúncia não dispensa uma descrição mínima acerca da participação de cada acusado para a ocorrência do fato típico, sob pena de ser inepta, uma vez que, nos termos do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal a denúncia deve propiciar o pleno exercício do contraditório, da ampla defesa e das demais garantias constitucionais, corroborando, assim, o postulado da dignidade da pessoa humana.

6.7 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 168-A DO CP

Em que pese a consolidação do entendimento no STF, a doutrina brasileira ainda discute acerca da constitucionalidade do art. 168-A do CP, subsistindo argumentos contrários e a favor do citado dispositivo em consonância com a Magna Carta. Assim, questiona-se sua constitucionalidade em razão da ofensa ao art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, bem como, ao Pacto de São José da Costa Rica, que proíbem a prisão por dívida. Nesse sentido argumentam Castro e Lazzari¹⁷⁶:

¹⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. V. I, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p.358, apud, SOUZA, 2009, pp. 77-102.

¹⁷⁶ CASTRO & LAZZARI, 2007.p.362.

Entendemos inexistir a alegada inconstitucionalidade ou violação ao referido Pacto, pois a prisão não decorre da dívida previdenciária, mas do inadimplemento de uma obrigação legal de recolhimento das contribuições descontadas dos segurados ou do público, prevista no art. 30, I e IV, da Lei n. 8.212/91.

Em sentido contrário entende o professor Dobrowolski¹⁷⁷, para o qual a norma é inconstitucional ante a natureza arbitrária da pena para a apropriação indébita previdenciária. Nesse sentido esclarece seu entendimento ao dispor:

A campanha veiculada pela mídia, rotulando os omissos como autênticos inimigos da coletividade, levou à consideração das pessoas acusadas de tais delitos como merecedoras de forte reprimenda, sem lhes ser permitido oferecer justificativas para sua conduta. A pena, relativamente ao não-recolhimento de contribuições previdenciárias, contraria os princípios da proporcionalidade entre a gravidade do delito e a sua punição, e o da igualdade, quando comparada à omissão de recolhimento de outros tributos.

Igualmente, Slomp¹⁷⁸ partilha do entendimento acerca da inconstitucionalidade do art. 168-A do CP, ao dispor:

O Estado, fazendo uso de sua competência legislativa em matéria penal, não pode criminalizar conduta que, como já demonstrado, constitui simples inadimplemento de obrigação pecuniária de natureza tributária. Para ser constitucional, a lei precisa ser razoável, adequada, racional e necessária, nos ditames do princípio da proporcionalidade. E, no sentido substancial do devido processo legal, insculpido no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, o excesso de poder legislativo, decorrente ou do abuso de competência ou da quebra da proporcionalidade, é condenável.

Já para Amaral e Silva¹⁷⁹ não há inconstitucionalidade, abalizando seu entendimento com os citados Castro e Lazzari:

¹⁷⁷ DOBROWOLSKI, Silvio. Novas considerações sobre o crime de omissão de recolhimento de tributos e contribuições. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v. 7, a. 5, 1999, pp.275-289.

¹⁷⁸ SLOMP, Rosângela. **A inconstitucionalidade do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, inc. I do Código Penal)**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 120.

¹⁷⁹ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando Schenkel do. Questões pertinentes ao crime de não – recolhimento de contribuições previdenciárias- art. 95, d, da Lei n. 8.212/91. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v.7, a. 5, 1999, pp.291-315.

O art. 95, d, da Lei n. 8.212/91 tem por escopo inibir a sonegação *latu sensu* de contribuições previdenciárias arrecadadas dos segurados ou do público, as quais objetivam financiar a Seguridade Social, que compreende um conjunto integrado de ações em prol da saúde, previdência e assistência social, atendendo a parcela mais humilde da população brasileira. É por isso mesmo, sem dúvida, um dos mais graves delitos hoje previstos pelo nosso ordenamento, porque justamente priva a parte, mais pobre da população dos benefícios proporcionados pela Seguridade Social, além de ser responsável em grande parte pelo constante déficit nas contas do INSS. Não há, pois, inconstitucionalidade por violação da proporcionalidade, já que a sanção corresponde ao desvalor social do crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias.

A jurisprudência partilha do entendimento segundo o qual não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 168-A do CP, uma vez que não se trata de prisão por dívida, mas sim prisão pelo descumprimento de um dever legal, qual seja, a omissão no repasse das contribuições previdenciárias.

PROCESSUAL PENAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE. COMPROVAÇÃO. 1. A Constituição Federal, no art. 5º, LXVII, proíbe a prisão civil por dívida, e não aquela decorrente do cometimento de crime, que tem como elemento do tipo deixar de recolher o tributo, como a hipótese dos autos. 2. Não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, haja vista que, mesmo que fixada a pena no mínimo legal, não restariam ultrapassados mais de (04) quatro anos entre o recebimento da denúncia e a presente data, bem como entre a data dos fatos, tendo-se como termo inicial o último ato omissivo, e a data do recebimento da denúncia. 3. O delito previsto no art. 168-a, § 1º, I, do Código Penal, configura-se apenas com o não recolhimento das contribuições previdenciárias, no prazo e forma legais, não sendo necessária a presença do elemento volitivo apropriar-se do montante não recolhido. 4. Se os fatos ocorreram na vigência de mais de uma Lei (art. 95, d, da Lei nº 8.212/91 e art. 168-a, § 1º, I, do Código Penal), deve ser aplicada a Lei mais recente, pois o agente continua praticando o fato mesmo após sua entrada em vigor, conforme entende o STF (HC 76.9781/RS, maurício correa, 2ª turma, dj: 12/02/99) e o STJ (RESP 207552/PR, 6ª turma, dj: 14/12/00). 5. Materialidade e autoria comprovadas pelos documentos e provas testemunhais produzidas em juízo. 6. A apelante logrou demonstrar a incontornável dificuldade financeira que a empresa suportava, à época dos fatos delituosos, para a incidência da causa supralegal de exclusão de culpabilidade, consistente na ausência de exigibilidade de conduta diversa. 7. Recurso não provido. (TRF 1ª R.; ACr 2007.38.07.002103-0; MG; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Tourinho Neto; Julg. 31/08/2010; DJF1 10/09/2010; Pág. 558)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 168 - A, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO COMPROVADA. CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL. CRIME

SOCIETÁRIO. AUSÊNCIA DE INDIVIDUAÇÃO PORMENORIZADA DAS CONDUTAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR A PREVIDÊNCIA SOCIAL. DESNECESSIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE LIMINAR PREJUDICADOS. ORDEM DENEGADA. I. Na via estreita do habeas corpus, o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, somente pode ocorrer quando comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. II. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da constitucionalidade do art. 168 - A do Código Penal, que não constitui espécie de prisão por dívida (HC 91.704/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª turma, dje-112, de 20/06/2008, p. 609). III. A verificação de que a denúncia descreve condutas que, em tese, constituem crime e de que o impetrante não logrou demonstrar, de maneira inequívoca e segura, a ausência de justa causa, afasta a possibilidade de trancamento da ação penal, mormente em face da prevalência, nessa fase processual, do princípio in dubio pro societate. IV. A jurisprudência pátria, notadamente a do Excelso pretório, tem considerado que em sede de crime societário, não se exige a individualização pormenorizada de condutas, mesmo porque normalmente a comunhão de designios e vontades quanto à divisão de tarefas e atos executórios para a prática do crime somente é conhecida pelos próprios sócios, e não por terceiros, como exatamente ocorre no caso em tela (STF, HC 94.773/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª turma, unânime, dje-202, de 24/10/2008). V. O dolo do crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária é a vontade livre e consciente de deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, sendo desnecessária a demonstração do animus rem sibi habendi. O dolo específico de fraudar a previdência social. VI. Ordem denegada. VII. Embargos de declaração, opostos contra a decisão que indeferiu o pedido de liminar, prejudicados. (TRF 1ª R.; HC 2009.01.00.062723-6; BA; Terceira Turma; Relª Desª Fed. Assusete Dumont Reis Magalhães; Julg. 16/12/2009; DJF1 29/01/2010; Pág. 109)

PENAL E PROCESSO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. REUNIÃO DE PROCESSOS DESNECESSÁRIA. PRELIMINAR REJEITADA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 235 DO STJ. RECONHECIMENTO DA PARCIAL PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA DA ABOLITIO CRIMINIS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INEXIGIBILIDADE DE PROVA DO DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE OU DA CULPABILIDADE. ALEGAÇÃO DE PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. IMPROCEDÊNCIA. PERDÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. 1. Apelação interposta pela Defesa contra a sentença que condenou o réu à pena de dois anos e quatro meses de reclusão como incurso no artigo 95, alínea "d" e § 3º, da Lei nº 8.212/91, combinado com o artigo 5º, da Lei nº 7.492/86 e artigos 29 e 71, do Código Penal. 2. A reunião dos processos criminais contra o acusado, pela prática do crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, não se mostra pertinente, pois embora as ações verssem sobre o mesmo fato típico, em aparente continuidade delitiva, o período das investigações e o do ajuizamento das ações penais é diverso, de modo que a reunião não se revela absolutamente necessária. Ainda que assim não fosse, haveria de ser aplicado o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 235 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado. Preliminar rejeitada. 3. Decorridos mais de quatro anos entre a data dos fatos praticados no lapso de agosto/1991 a janeiro/1997 e o recebimento da denúncia operou-se a prescrição da pretensão punitiva

estatal, na modalidade retroativa, dos fatos anteriores a 29.01.1997, motivo pelo qual extinta se encontra a punibilidade do réu quanto aos fatos anteriores à aludida data. 4. Apesar da revogação do artigo 95, alínea "d" e seu § 1º da Lei nº 8.212/91, pela Lei nº 9.983/00, é possível o enquadramento da conduta anteriormente ajustada ao primeiro dispositivo legal no atual artigo 168 - A do Código Penal, não havendo que se falar em abolitio criminis. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 5. A materialidade imputada ao réu restou comprovada pelos do cumentos acostados aos autos, os quais revelam o desconto no pagamento dos salários dos empregados da verba previdenciária, e a autoria encontra suporte probatório na análise do contrato social e nas declarações prestadas na fase inquisitorial e em juízo. 6. No crime de apropriação indébita previdenciária, tipificado no artigo 168 - A do Código Penal, exige-se apenas o dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de deixar de recolher, no prazo legal, contribuição descontada de pagamentos efetuados a segurados, não sendo de exigir-se intenção de apropriar-se das importâncias descontadas, ou seja, não se exige o animus rem sibi habendi. Precedentes. 7. Não há que se falar em exclusão da ilicitude, por estado de necessidade ou em exclusão da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, pois a alegação de que o não recolhimento das contribuições deveu-se a dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa não restou comprovada nos autos. 8. A prova das alegadas dificuldades financeiras incumbe ao réu, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, e não produziu a Defesa qualquer prova documental. 9. As contribuições previdenciárias descontadas e não recolhidas eram de responsabilidade de pessoa jurídica da qual o réu era administrador, e pessoas jurídicas, são obrigadas, por força de Lei, a manter contabilidade devidamente escriturada, sendo que a própria fiscalização do INSS utilizou-se da escrituração da empresa dos réus para levantar os valores das contribuições em questão. 10. Portanto, caberia à Defesa trazer aos autos a prova documental de suas dificuldades financeiras, como protestos de títulos, financiamentos bancários em atraso, saldos devedores bancários, balanços contábeis apontando prejuízos, ou outros documentos. Apenas a declaração do réu em interrogatório, ou depoimentos de testemunhas, ainda mais com declarações genéricas, não constituem prova suficiente para ter-se como cabalmente demonstradas as alegadas dificuldades financeiras. Precedentes. 11. Não há plausibilidade jurídica na tese de que o artigo 168 - A do CP contraria o disposto no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal de 1988, pois a norma mencionada institui típica hipótese de sanção de caráter penal e não prisão civil, sendo portanto impertinente a invocação do indigitado preceito constitucional. 12. Além disso, a sanção penal é cominada não pelo simples fato do não pagamento da contribuição - caso em que aí sim seria de duvidosa constitucionalidade - mas, ao contrário, a conduta penalmente relevante é a omissão no recolhimento de contribuições descontadas de terceiros, ou seja, pune-se a infidelidade daquele que tem o dever legal de repassar ao tesouro contribuições arrecadadas de outrem, em posição muito similar à do depositário. Se tal conduta, qual seja, a infidelidade do depositário, pode até mesmo ocasionar a prisão civil como prevê a Carta, não há que se falar em inconstitucionalidade se a mesma for punida com sanção penal. 13. Os requisitos estabelecidos no artigo 168 - A, §3º, do Código Penal não restaram satisfeitos a fim de que o réu possa ser beneficiado com o perdão judicial, porquanto não há demonstração do pagamento da dívida, tampouco o valor desta (dois milhões, trezentos e setenta mil, seiscentos e treze reais e cinqüenta e sete centavos) é de ser descartado para a ação de execução fiscal e desta forma, incabível a aplicação do §3º do artigo 168 - A do Código Penal. (TRF 3ª R.; ACR 16944; Proc. 1999.61.81.002241-0; SP; Primeira Turma; Rel. Juiz Conv. Márcio Mesquita; DJU 15/01/2008; Pág. 389)

Portanto, para a jurisprudência e doutrina majoritária não há inconstitucionalidade no artigo 168-A do CP, tampouco violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que não dispõe sobre a prisão por dívida, mas sim a punição pela prática de fato reputado como ilícito penal. Ademais, o STF já assentou o entendimento segundo o qual o art. 168-A do CP é constitucional. Todavia, uma corrente minoritária da doutrina entende que a inconstitucionalidade é sustentável juridicamente.

7 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

Discute-se ainda na doutrina processualista penal acerca da existência ou não do processo penal cautelar, sendo seu maior defensor o jurista Frederico Marques, segundo o qual a finalidade jurisdicional buscada pelas medidas cautelares é diversa das outras espécies de processo¹⁸⁰. Ainda, Segundo esclarece Marcellus Polastri Lima¹⁸¹:

Porém, mesmo não se admitindo a existência de um processo cautelar, ou ação cautelar propriamente dita no Código de Processo Penal, o certo é que não obstante as controvérsias em torno da existência ou não de um processo cautelar distinto, jamais se poderá negar que o processo penal conta com uma série de medidas cautelares que, em última análise, estão dispostas na lei processual penal para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição.

E nem poderia ser de forma diferente, uma vez que, para instrumentalizar a ação penal de conhecimento, e para garantir a execução penal, necessárias são medidas de cautela que, na verdade, nada mais são do que o meio e modo utilizados para se garantir o resultado útil da tutela jurisdicional a ser obtida pela ação principal, ou seja, o êxito do processo de conhecimento ou do processo de execução.

Aqui um adendo: Quando se diz que existe no processo penal um “Processo Penal Cautelar” quer se referir que existe uma jurisdição cautelar, mas com a particularidade de que não há propriamente ação ou processo cautelar autônomo, pois a jurisdição cautelar se exerce através de medidas cautelares no bojo do processo principal, via de regra.

Nesse sentido, pode-se dizer que no processo penal há uma jurisdição cautelar, pois o Código de processo Penal não sistematizou o processo e a ação cautelar de maneira distinta e autônoma como ocorre no processo civil, contudo, dispõe em seu corpo, ainda que de modo disperso, sobre medidas flagrantemente cautelares.¹⁸² Desse modo, “pode assim se afirmar que as providências cautelares,

¹⁸⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v.I. Campinas: Bookseller Editora, 1997, p. 301. In: LIMA, Marcellus Polastri de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2009, p. 471.

¹⁸¹ LIMA, op. cit., p. 472.

¹⁸² ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. In: **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 15, 2002, p. 234. In: LIMA, op. cit., p. 472.

apesar de às vezes serem chamadas de ações, no processo penal, via de regra, são meras medidas cautelares¹⁸³.”

Assim, ressalta ainda Marcellus Polastri Lima¹⁸⁴ que dentro do capítulo “Medidas Assecuratórias” do Código de Processo Penal é indubitável a presença de medidas cautelares e, ainda, esclarece que, para parte da doutrina, a possibilidade de oferta de embargos e a praça dos bens seqüestrados constituem as únicas medidas cautelares do processo penal mais próximas do que se entende ação cautelar.

Vale destacar, as principais características das medidas assecuratórias, quais sejam a acessorialidade, embora possa existir uma medida cautelar sem a futura ação penal, a preventividade, a provisoriedade, a revogabilidade e a referibilidade, como ainda, a possibilidade de contenciosidade. Ademais, deve estar presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Segundo a lição de Gomes Filho¹⁸⁵, dentre as medidas cautelares típicas presentes no Código de Processo Penal e nas leis extravagantes, podem ser citadas as prisões provisórias, medidas de seguranças, interdições de direito, restrições processuais, as quais incidem sobre a pessoa do acusado, ainda, a busca e apreensão, arresto, seqüestro, hipoteca legal, as quais incidem sobre as coisas e, por fim, os depoimentos antecipados, relativos aos meios de prova.

Assim, dentre as principais medidas assecuratórias que merecem destaque de acordo com o objeto de estudo pode-se citar o seqüestro e o arresto. Acerca do seqüestro previsto no Código de Processo Penal leciona de forma lapidar o Ilustre Professor Marcellus Polastri Lima¹⁸⁶:

Trata-se o seqüestro de verdadeira medida cautelar, sendo cabível quando demonstrado que os bens adquiridos são produto do crime ou foram adquiridos com o proveito da prática delituosa (*fumus boni iuris*). Destarte, para sua caracterização, não se indaga se a propriedade dos bens é controvertida, como no processo civil, pois aqui, 'o que dá especificidade a esses bens é terem sido adquiridos e pagos com haveres obtidos por meios criminosos'.

[...]

¹⁸³ LIMA, op. cit., p. 474.

¹⁸⁴ LIMA, 2009, p. 511.

¹⁸⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 56. In: LIMA, op. cit., p. 478.

¹⁸⁶ LIMA, op. cit., pp. 512-516.

Como o seqüestro tem natureza cautelar, o art. 126 do CPP exige, para a sua decretação, a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Tendo em vista o interesse público, o seqüestro pode resultar do próprio interesse estatal, dispondo a lei que o seqüestro pode, inclusive, ser decretado de ofício pelo juiz. Neste ponto, entretanto, queremos crer que, mormente em se tratando de investigação criminal, o dispositivo seria de duvidosa constitucionalidade, não podendo, a nosso ver, o juiz abandonar sua imparcialidade para, violando o princípio *ne procedat ex officio*, substituir a parte.

[...]

Destarte, pode e deve o lesado utilizar-se de mais de uma medida assecuratória, até porque o seqüestro visa, sobretudo, ao interesse público e as demais medidas são de interesse do ofendido, sendo esta a melhor exegese do art. 133 do CPP. Inclusive, deve se ter em conta que o seqüestro guarda consonância com o indeferimento do pedido de restituição de coisas apreendidas, caso o fundamento seja o futuro perdimento dos bens, em razão da sentença condenatória.

Como visto, o seqüestro pode ser decretado de ofício, mediante representação da Autoridade Policial ou a requerimento do interessado, desde que tenha sido cometido o crime e existam sérios indícios da origem delituosa do bem, recaindo, em princípio, sobre bens imóveis, mas podendo, também, como já visto, incidir sobre bens imóveis, caso não tenha sido feita a busca e apreensão (art.s 125 e 132).

O sequestro deve ser inscrito no Registro de Imóveis (caso seja de bem imóvel), e irá durar até o trânsito em julgado da sentença condenatória, quando será determinado o perdimento do bem. Sendo a sentença absolutória se dará, automaticamente, o cancelamento ou levantamento da medida, uma vez que desaparece o *fumus boni iuris*. O mesmo ocorrerá com a decretação da extinção da punibilidade.

[...]

O seqüestro deve ser autuado em apartado, sendo que, contra o mesmo, podem ser opostos embargos de terceiro estranho, embargos do acusado e embargos de terceiro adquirente dos bens.

Por conseguinte, acerca do arresto, segundo a lição de Lima¹⁸⁷, “a palavra arresto vem do Frances *arrêt*, e significa prisão, embargo, impedimento. Mas o instituto que ora se estuda, parece não se identificar com a origem francesa [...]” Desta forma, destaca Tucci¹⁸⁸ no tocante à controvérsia de incidência do arresto às disposições do art. 136 do CPP ante sua divergência em relação ao arresto do processo civil:

¹⁸⁷ LIMA, 2009, p. 518.

¹⁸⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Sequestro prévio e sequestro no CPC. Distinção. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 2, n. 5, jan./mar. 1994, p.145. In: LIMA, op. cit. p.520.

Há que se ter presente, todavia, que os institutos moldados no âmbito do processo civil nem sempre (e, na realidade, em inúmeras situações) se adequam aos talhados na legislação processual penal, em que assumem contornos próprios. [...] para a determinação de um 'arresto penal', verifica-se que a estatuída no transcrito art. 136 é, por assim dizer, uma 'pré-cautela relativa à hipoteca legal', cuja finalidade 'é restrita a evitar o perigo que poderá advir com a não inscrição' desta. (...) Por via de consequência, inconcebível resta, com o devido respeito dos doutros que se ocuparam do tema, a afirmação de que a medida prevista no art. 136 consiste em arresto, dirigido indiscriminadamente, a todo e qualquer bem integrante do patrimônio do indiciado ou acusado: tanto quanto no pedido de especialização (hipoteca legal), se quiser precedê-lo do de seqüestro penal, o ofendido deverá indicar, expressamente, o bem ou os bens sobre os quais ele deverá recair.

Todavia, acerca do exposto por Tucci e das hipóteses de incidência do arresto esclarece Marcellus Polastri Lima¹⁸⁹ que:

Mas a maior parte da doutrina o tem como verdadeiro arresto. E seja como for, arresto, seqüestro prévio ou medida pré-cautela, a constrição cairá em bens imóveis não litigiosos do acusado, para fins de garantir a eficácia da especialização de hipoteca legal [...].

A doutrina, em que pesem poucos autores, é majoritária que, nesta hipótese, o arresto só pode ser requerido uma vez iniciado o processo penal, sendo incabível, portanto, na fase investigatória. Porém, [...], o art. 134 do CPP pode levar a outra conclusão, ou seja, à possibilidade de decretação desta, e, conseqüentemente do arresto prévio, na fase investigatória, pois a lei exige como pressuposto demonstração de 'prova da existência do crime e indícios de autoria', o que é perfeitamente compatível com a fase investigatória, até porque na fase processual tais requisitos já estarão presentes [...]. Para nós, é plenamente defensável que tanto o arresto prévio, como a especialização de hipoteca legal, possam ser requeridas em fase de inquérito, até porque mais atende ao desejo de garantir o ressarcimento do dano ao ofendido almejado pelo legislador.

Já havendo processo, segundo a lei, poderá ser decretado, inclusive de ofício pelo Juiz, o que, pensamentos, não se pode dar na fase investigatória, preservando-se o sistema acusatório adotado constitucionalmente.

Ainda, destaca o citado Professor¹⁹⁰ que, "tal qual no seqüestro, havendo trânsito em julgado de sentença absolutória ou da sentença de extinção de punibilidade, o arresto será levantado." Por fim, não há dúvida de que o arresto prévio e o subsidiário são medidas cautelares.

¹⁸⁹ LIMA, 2009, p. 520-521.

¹⁹⁰ Ibid, p. 523.

7.1A ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER MEDIDAS ASSECURATÓRIAS EM BENEFÍCIO DA FAZENDA PÚBLICA

Após uma breve análise acerca das medidas assecuratórias, incumbe relacioná-las ao crime em comento. Nesse sentido, nos apresenta a problemática da ilegitimidade do Ministério Público em se valer das medidas assecuratórias, tais como o seqüestro e o arresto em benefício da Fazenda.

Assim, em que pese a atual divergência doutrinária acerca do tema, a mais moderna corrente entende que o Código de Processo Penal prevalece sobre o Decreto nº 3.240/1941, o qual não é mais aplicado. Desse modo, entende-se que o Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso IX da CF, não detém legitimidade para requerer as medidas assecuratórias em favor da Fazenda em casos em que se procura garantir não a reparação de danos e o pagamento de custas, mas assegurar o pagamento de tributos. Nesse sentido, leciona o Professor José Barcelos de Souza¹⁹¹ que o Ministério Público carece de legitimidade *ad causam* para propor medidas assecuratórias em benefício da Fazenda, pois:

Como observou o citado Prof. Vicente Greco Filho (Manual de Processo Penal, Saraiva: São Paulo, 1991, p. 168), “Com o novo perfil do Ministério Público dado pela Constituição de 1988, há dúvida sobre se persiste a legitimação do *Parquet* para a defesa dos interesses da Fazenda”.

A dúvida tem a ver com a disposição expressa do art. 142 do Código de Processo Penal, segundo o qual “*Caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 134 a 137, se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer*”.

No que diz respeito à hipótese de ser o ofendido pobre, mais encontradiça na prática, já não persiste qualquer dúvida. Segundo o Prof. Sergio Demoro Hamilton, expoente do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, não cabe ao Ministério Público empreender qualquer medida que se afaste dos parâmetros tão bem delineados em nossa Carta Política (“Novas questões de Processo Penal”, *in Estudos de Processo Penal*, 3ª Serie, 2007, Lumen Juris, Rio, p. 23/243), aduzindo o Prof. Marcellus Polastri Lima, do Ministério Público do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Espírito Santo que “seja em razão da existência de uma Defensoria Pública estatal organizada, constitucionalmente prevista, seja em face do confronto com o disposto no art. 127 da CF, para nós, tal atribuição conferida ao *parquet* não

¹⁹¹ SOUZA, José Barcelos de. Contra-razões à Apelação. **Processo: 2008.38.00.012294-2**. 11ª VARA Federal – SJMG – Belo Horizonte.

foi recepcionada por nossa ordem constitucional” (*Ob. cit.*, p. 178). O Supremo Tribunal, aliás, já entendeu que a legitimidade do Ministério Público fica condicionada à inexistência no Estado de Defensoria Pública. Com a Constituição de 88, o que compete ao Ministério Público é “a defesa da ordem jurídica” (art. 127). E não se deve esquecer que o art. 129, IX, lhe veda a atuação na “*representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*”.

Assim, o Ministério Público Federal não mais tem, como tinha até algum tempo atrás, a incumbência de serviços hoje afetos à Procuradoria da Fazenda Nacional e à Advocacia-Geral da União. Nem de dar assistência em juízo em ações do INSS.

Também aquelas intervenções que fazia nas execuções fiscais dos Estados são coisas do passado (a esse respeito, José Barcelos de Souza (Teoria e Prática da Ação de Execução Fiscal e dos Embargos do Executado. São Paulo: São Paulo, 1986).

E, em verdade, nas próprias palavras do apelante, nº 11 das razões da apelação, “*pleiteou-se o sequestro dos bens dos denunciados, nos termos do Decreto-lei 3.240/1941, para assegurar o ressarcimento ao Erário dos prejuízos sofridos em razão dos débitos ainda não pagos pela parte ré*”.

Aí está: pleiteia-se o sequestro não para garantia de prejuízos decorrentes de crime e de custas processuais, mas para garantir “*débitos não pagos*”.

Débitos esses, em quantia vultosa, já garantidos por parcelamento. Mas o digno *Juiz* levou em consideração o fato de que os apelados “demonstram sua disposição, pelo parcelamento e pelas várias quitações já feitas, de honrar seus débitos, até porque sabem das terríveis conseqüências penais que adviriam de uma desleal cessação de pagamentos” (decisão recorrida, a fls).

Quer dizer, tudo o que pleiteia o apelante é com o fim de assegurar o cumprimento de um parcelamento de contribuições. Isso não é função do Ministério Público, mas da Procuradoria do órgão interessado nas contribuições. Mesmo porque, fiscais ou procuradores deste certamente perceberão vantagens em decorrência dos pagamentos.

[...]

Nos tempos modernos, o fisco age de maneira diferente, mais civilizada. Há uma lei de nosso Congresso no sentido de que seria não simplesmente uma inadimplência, mas crime, deixar de recolher determinado tributo, mas com o jeitinho brasileiro a facilitar a cobrança: parcelando-se o débito fiscal ou previdenciário, suspende-se a ação penal, e, não cumprido o pagamento, toca-se para frente o processo penal.

Ademais, não há que se falar na aplicação do Decreto-Lei 3.240/1941 com vistas a justificar a atuação do Ministério Público neste caso, uma vez que o mesmo já é caduco, pois foi revogado pelo Código de Processo Penal. Segundo José Barcelos de Souza¹⁹²:

¹⁹² SOUZA, José Barcelos de. Contra-razões à Apelação. **Processo: 2008.38.00.012294-2**. 11ª VARA Federal – SJMG – Belo Horizonte.

Cabe, aqui, trazer à colação o magistério de Rogério Lauria Tucci [...] ‘Dúvida não pode restar, portanto, acerca de que as referenciadas medidas cautelares constritivas patrimoniais passaram a reger-se pelo Código de Processo Penal de 1941, a partir de 1942, não mais incidindo sobre elas as normas do Dec-lei 3.240/41’ (“Sequestro prévio e sequestro no CPC: distinção”, in Revista de Ciências Criminais, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 138. RT jan-mar. 1992).

Ainda, de acordo com o Exmo. Des. Nilton Macedo Machado em artigo publicado no Boletim do IBCCrim¹⁹³:

Nestes termos, verifica-se que a instituição ministerial deixou de ser apenas a detentora do *jus perseguendi* para adquirir a função de ser o órgão destinado à defesa da sociedade e do bem comum, zelando pela ordem jurídica e pelo regime democrático; tais interesses são, na verdade, a síntese do Estado Democrático de Direito, fundado, entre outros, pelos valores da soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana (art.1º, da CF).[...] Estas funções do Ministério Público não podem ser confundidas com as exercidas por outros órgãos da administração pública, tais como a Defensoria Pública, Advocacia Geral da União, Procuradoria do Estado e outras, mesmo porque a Constituição Federal vedou à Instituição Ministerial a atuação na ‘representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas’. (Art. 129, IX, CF).

[...]

Desta forma, sabendo que as atribuições conferidas ao órgão ministerial pela legislação ordinária devem ser analisadas face a Constituição, não podendo contrariar a finalidade dada ao Ministério Público pela norma hierarquicamente superior, resulta não recepcionada pela nova ordem constitucional a prerrogativa deferida no Decreto –Lei nº 3.240/41, para requerer o seqüestro de bens visando unicamente à satisfação de débito fiscal, vale dizer, interesse meramente patrimonial da unidade federada, que não pode ser equiparada a pessoa física necessita, e pobre.

Ressalta-se, todavia, que referido entendimento não é pacífico, com divergências entre renomados juristas, entre eles, Tourinho Filho, Mirabete, Eisele, os quais sempre defendem a legitimidade do Ministério Público parar requerer as medidas assecuratórias, ainda que não seja de bens adquiridos com proveito da atividade delituosa.

No entanto, merece prevalecer a doutrina mais moderna abalizada pelo professor José Barcelos de Souza, no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para promover medidas assecuratórias diante do interesse da

¹⁹³

MACHADO, Nilton Macedo, **IBCCRIM**, n. 81, ago. 199, p.371-372.

Fazenda Pública, tendo em vista o novo perfil do Ministério Público após a promulgação da Constituição de 1988 e do disposto no art. 129, IX da Magna Carta, naqueles casos em que a medida cautelar extrapole as conseqüências diretas do crime.

7.2 A PROBLEMÁTICA DO RECURSO DA DECISÃO DE SEQUESTRO

Muito se discute quanto ao cabimento ou não de recurso contra decisão que denega ou confere o seqüestro. Nesse sentido, segundo Marcellus Polastri Lima¹⁹⁴:

Alguns autores, entretanto, admitem a utilização do recurso de apelação residual, sendo que, consoante Tourinho Filho, que, por sua vez cita Frederico Marques: Tal decisão é apelável, nos termos do art. 593, II, do CPP. Nesse sentido: 'Têm natureza de decisões definitivas as que são proferidas em processos cautelares, pelo que cabe apelação contra as sentenças pertinentes às medidas assecuratórias previstas no artigo 125, 'usque' 144 do CPP, tais como as que ordenarem o seqüestro ou a hipoteca legal de bens do réu (art. 134,136 e 137), bem como a que indeferir levantamento de seqüestro ou cancelamento da hipoteca (art. 141)' (Elementos, cit.vol.4,p.227) Assim também JTA Crim 66/370: Da decisão que concede ou nega o sequestro cabe apelação; RTJ,552/339, 610/443, 636/292).

[...]

Esta, para nós, a melhor posição, uma vez que se trata de decisão definitiva em verdadeiro processo cautelar, não podendo ficar sem o meio de impugnação. De qualquer modo, em se demonstrando ocorrência de ilegalidade, será cabível mandado de segurança. Situação diversa é a decisão que cancela o seqüestro, pois quanto a esta, inexistente divergência doutrinária, sendo pacífico que, tendo força de definitiva, será apelável.

Segundo entendimento de José Barcelos de Souza¹⁹⁵:

Com efeito, como escreveu o Prof. Vicente Greco Filho, da Universidade de São Paulo, "da decisão que determina o seqüestro, ou dele indefere o pedido, não cabe recurso, porque não está no rol do art. 581 e também não é definitiva e nem tem força de definitiva, o que permitiria que se interpusse apelação (593, II). A legalidade da decisão pode, todavia, ser conferida mediante mandado de segurança" (Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 165).

¹⁹⁴ LIMA, 2009, pp. 517-518.

¹⁹⁵ SOUZA, José Barcelos de. Contra-razões à Apelação. **Processo: 2008.38.00.012294-2**. 11ª VARA Federal – SJMG – Belo Horizonte.

Contudo, quando o pedido é deferido, pode o requerido defender-se mediante oposição de embargos, e o feito caminha para uma decisão final. Com relação a esta, autores há que, com razão, por considerá-la de natureza definitiva, a têm como apelável (por todos, Marcellus Polastri Lima, *Manual de Processo Penal*, 4ª ed., 2009, Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 59).

Como é sabido, 'Decisões também há que, embora não cheguem ao julgamento do mérito da causa (não sendo, por isso mesmo, 'de mérito' ou 'definitivas'), de outro modo julgam o feito, pondo fim à instância, tal como as definitivas. São as decisões "com força de definitivas", expressão usada no art. 593, II, que lhes concede o recurso de apelação, que pode ser usado se outro (o que é mais freqüente) não for previsto. Delas são exemplos as que decretam a extinção da punibilidade, as que declaram a ilegitimidade da parte, a coisa julgada, ou a litispendência, as que rejeitam a denúncia ou a queixa, as que impronunciam o réu. De todas estas, aliás, cabe o recurso em sentido estrito, que toma, por força de regra especial, o lugar da apelação" (SOUZA, José Barcelos de. **A Defesa na Polícia e em Juízo – Teoria e Prática Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 357-358).

Assim, entende-se que de acordo com o caso concreto a ser apreciado, a decisão denegatória de seqüestro de bens que não tiver natureza ou força de decisão definitiva, mas se constituir em "simples decisão de inadmissão do pedido, de seu indeferimento *in limine* [...]"¹⁹⁶ inadmite recurso de apelação ou outro recurso em sentido estrito. Se concessivo o provimento judicial, não cabe recurso, mas poderá ele ser hostilizado com embargos, inclusive de terceiro. A decisão nos embargos é que será apelável.

¹⁹⁶

IBID.

8 CONCLUSÃO

Por todo exposto, verificou-se que o art. 168-A, introduzido no Código Penal pela Lei n. 9.983 de 14 de julho de 2000, criminalizou a conduta denominada apropriação indébita previdenciária, evidenciando a desproporcional utilização do Direito Penal pelo Estado, como meio de cobrança de contribuições de natureza tributária.

Assim, o referido dispositivo demonstrou a falta de estrutura estatal na fiscalização, cobrança e recebimentos de suas receitas previdenciárias, bem como, o desrespeito aos postulados do Direito Penal da proporcionalidade, razoabilidade, da intervenção mínima, entre outros princípios constitucionais e penais.

Ainda, demonstrou-se que o entendimento majoritário no sentido da necessidade do esgotamento da via administrativa antes da propositura da Ação Penal, a fim de não ocasionar constrangimento ilegal, violação à dignidade humana, bem como, a atipicidade e ausência de justa causa, uma vez que somente por meio do processo administrativo fiscal é que se apurará a existência do débito previdenciário, ou seja, a sua certeza, liquidez e exigibilidade.

Outrossim, viu-se que ao criminalizar a falta de repasse das contribuições previdenciárias o legislador demonstra desconhecer a realidade dos empregadores e das empresas brasileiras diante da elevada carga tributária. Nesse sentido, o Estado ignora que muitas empresas, diante de uma severa dificuldade econômica, optam pela continuidade de sua atividade econômica, bem como, por honrar com o salário dos trabalhadores, dada a necessidade presente de alimentos, em detrimento das contribuições previdenciárias, não sendo possível exigir-lhes outra conduta. Assim, afasta-se a punibilidade tanto pela inexigibilidade de conduta diversa, quanto pela atipicidade, pois não se pode falar em apropriação de uma quantia que não se tem.

O Estado, por meio do art. 168-A do CP, utiliza o Direito Penal como ameaça, contudo, dentro do mesmo dispositivo elenca hipóteses de exclusão da tipicidade, demonstrando que o verdadeiro objetivo da norma é forçar o repasse das contribuições previdenciárias e não, de fato, punir. O que a norma em tela busca é

garantir a arrecadação, haja vista que o bem jurídico protegido é o patrimônio coletivo representado pelas contribuições previdenciárias.

Ademais, a punibilidade do crime preceituado no art. 168-A do CP, em conformidade as Leis nº 10.684/03 e 11.941/2009 pode ser extinta em razão do pagamento integral do débito fiscal, mesmo se realizado após o trânsito em julgado da sentença penal, o que evidencia ainda mais o caráter de ameaça ou panacéia da utilização do Direito Penal para garantir o efetivo pagamento de débito fiscal.

Por conseguinte, verificou-se a necessidade de realização do inquérito Policial e do exame de corpo de delito para a apuração do crime de apropriação indébita previdenciária, uma vez que, é inadmissível a denúncia genérica, por contrariar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, demonstrou-se que a falta do Inquérito Policial e do exame de corpo de delito ocasionam denúncias contra os presidentes, sócios ou dirigentes das empresas, que não detinham a função ou o poder de efetuar os repasses à Previdência Social, bem como, acusações sem uma descrição detalhada da conduta de cada agente, dificultando a correta e justa apreciação da culpabilidade de cada um.

Corre-se, pois, o risco, da persecução penal atuar com base na responsabilidade objetiva, o que é vedado pelo Direito Penal nessa esfera. Desse modo, verificou-se que a falta desses requisitos legais leva à inépcia da denúncia, bem como, à nulidade absoluta do processo, tornando inócua a persecução penal.

Analisou-se ainda, a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da constitucionalidade do art. 168-A do CP. Nesse sentido, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que referido artigo é constitucional e tampouco viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que não se trata de prisão por dívida, mas sim prisão pelo descumprimento de um dever legal, qual seja, a omissão no repasse das contribuições previdenciárias, ante a relevância do bem jurídico tutelado, qual seja, o patrimônio público.

Por fim, foi realizado um estudo detalhado das medidas assecuratórias no processo penal, relacionando-as com o delito de apropriação indébita previdenciária. Foi analisada, ainda, a legitimidade do Ministério Público para requerer as medidas

assecuratórias quando houver interesse da Fazenda Pública e a questão recursal da decisão que concede ou denega as referidas medidas.

Portanto, sem a pretensão de esgotar tema tão rico e com inúmeros questionamentos ainda em aberto, pode-se dizer que foi atingido o objetivo principal de trazer a discussão para a seara acadêmica e científica, contribuindo assim, para o aprimoramento do direito.

9 REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando Schenkel do. Questões pertinentes ao crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias - art. 95, da Lei n. 8.212/91. In **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v.7, a 5, out. 1999.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

BATISTA Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial, volume 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. **Superior Tribunal de Justiça** - processo nº 200801929051- Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1084742- Quinta Turma- Rel. Ministra Laurita Vaz, DJE Data: 09/03/2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça** - processo nº 2008011416417- Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1051776- Quinta Turma- Rel. Napoleão Maia Nunes Filho, DJE Data: 02/02/2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2010.

BRUNO, Anibal. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Da unidade do injusto no Direito Penal Tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 63, set. 1993.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Crime de Apropriação indébita previdenciária**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DOBROWOLSKI, Silvio. Novas considerações sobre o crime de omissão de recolhimento de tributos e contribuições. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v. 7, a. 5, out. 1999.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

EISELE, Andreas. **Apropriação indébita e o ilícito penal tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir, nascimento da prisão**. 3 ed. Trad. de Ligia de M. Pondé Vassalo. Petrópolis, RJ: Vozes, 1984.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Alberto da Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial**. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Luiz Flavio. Da apropriação indébita previdenciária: art. 168-A do Código penal com redação dada pela Lei nº 9.983, de 14.07.2000. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 17, 2000.

_____. **Crimes previdenciários: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa**. São Paulo: Ed. RT, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. **Curso de Direito Penal - Parte Especial – Volume III**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. v. VII. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

IBCCRIM, nº 81 agosto de 199, pág.371-372.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**: Parte Especial. v. 2. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KIPPER, Celso. “Breves considerações sobre o não- recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 694, ago. 1993.

LIMA, Marcellus Polastri de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1 v. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS Ives Granda da Silva. **A apropriação indébita no direito tributário brasileiro**. São Paulo: Editor Bushatsky, 1975.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. In: CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. v.1. 170. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Manual de Direito Penal**. v.1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes contra a previdência social**: Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000: texto, comentários e aspectos polêmicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de.; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1999, vol. VIII, tomo II.
- OLMEDO, Clarita. **Derecho Procesal**. v.1. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial: arts. 1º ao 120. v 1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Direito Penal Econômico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- REALE, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- SÁ DOS SANTOS, Sandra Aparecida. **A inversão do ônus da Prova**: como uma garantia do devido processo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Apropriação indébita**. v 8. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- SANCHEZ RIOS, Rodrigo. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 1, n. 3, p.85, jul./set. 1993.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- SLOMP, Rosângela. **A inconstitucionalidade do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, inc. I do Código Penal)**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SOUZA, Jose Barcelos. Aspectos da apropriação indébita previdenciária e sua discussão em pedido de *habeas corpus* em favor de empresários. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, v. 18, 2009.

_____. **A Defesa na Polícia e em Juízo – Teoria e Prática Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988,

_____. Contra-razões à Apelação. **Processo: 2008.38.00.012294-2**. 11. VARA Federal – *SJMG* – Belo Horizonte.

STOCO Rui (coord.). **Código Penal e sua Interpretação**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: princípios constitucionais; teoria da lei penal; teoria do crime**. São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TORRES, Heleno Taveira. **Coordenação e outros. Direito Tributário e Processo Administrativo Aplicados**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.