

# Crime contra a Previdência Social. Contribuição previdenciária. Apropriação indébita previdenciária

Fernando Tourinho Neto\*

## 1. Criminalização de condutas

A idéia do legislador, levado pela imprensa falada e escrita, e, com receio do voto do povão, que, conturbado pela mídia, exige sempre mais sanções penais, e penas altas, é que criminalizar condutas é o meio de impedir ou reduzir a prática de atos ilícitos. Se penas altas resolvessem, a prática de crimes monstruosos estaria reduzida, bem como os delitos de trânsito. Na verdade, é melhor penas menores mas eficientemente aplicadas. E, também, substituir penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. Diz Scheerer: “reduzir é melhor do que aumentar”, “substituir é melhor que reduzir”.

O não ter o Instituto de Previdência meios para fiscalizar a cobrança e a aplicação das contribuições, havendo um verdadeiro descalabro na burocracia, recheada de cargos e funções desnecessários, favorecendo a corrupção, é que leva à prática de atos que fazem sangrar os cofres previdenciários.

O Direito Penal, no entanto, não pode ser utilizado para forçar as empresas a recolherem as contribuições. Não é o Direito Penal o meio para fazer as empresas, por seus dirigentes, a cumprirem suas obrigações.

O Direito Penal deve ser *chamado* quando todos os ramos do Direito fracassaram no objetivo de combater comportamentos que prejudicam o indivíduo, a sociedade, o Estado. É, digamos, a tropa de choque, que enfrenta o inimigo forte, que não pode ser dominado pelas outras tropas. É a ultima ratio ou extrema ratio. Observe-se que o Direito Penal lesa, como já foi dito, bens jurídicos para proteger bens jurídicos (Von Liszt). É pois “a violência a serviço do controle da violência” (Paulo Queiroz, *in Funções do Direito Penal*, 2. ed., rev. Atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p.111).

Não é a cadeia que fará o sonegador se retrair. As sanções administrativas com aplicações de multas

podem, muitas vezes, ser de utilidade profícua, sem necessidade de fazer-se acionar o Direito Penal.

É preciso educar nossas crianças, formá-las e informá-las, para saber que ser honesto é o correto e dignifica o homem.

## 2. Apropriação indébita previdenciária (crime de não recolhimento da contribuição previdenciária)

Estabelece o art. 168-A do Código Penal, introduzido pela Lei 9.983, de 14/07/ 2000, que constitui crime:

*Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa (destaquei).*

É de observar-se que o art. 1º c/c o 3º da Lei 9.983, de 14/07/2003, transmudou a base legal da imputação do crime previsto na letra *d* do art. 95 da Lei 8.212, de 1991, para o art. 168-A do Código Penal. O elemento subjetivo, o dolo genérico, não foi alterado.

Pela simples leitura do tipo, verifica-se que não está correta a denominação desse novo crime. Não há, na verdade, apropriação, como definida no art. 168. O *nomen iuris* não está adequado, mas como não é o nome que dá essência às coisas (se chamarmos o lápis de borracha, ele não passa a ser borracha), vamos em frente. É o que dá a *fúria legiferante* do Congresso. *Fúria* essa, igualmente, do Poder Executivo, quando atua como *legislador solitário*, expedindo medidas provisórias (matéria penal não pode ser objeto de medida provisória, se fosse muita gente poderia ir para a cadeia e a medida não ser aprovada pelo Congresso. Ações de Indenização por danos morais e materiais iriam *chover* no Poder Judiciário, o *abarroamento de processos seria incalculável*).

Tutela do artigo, na verdade, a Seguridade Social, como estabelece o art. 194 da Constituição Federal, ao proteger o patrimônio de todo aquele que faz parte do

\* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

sistema previdenciário. Esta sua objetividade jurídica. É certo que, de maneira secundária, protegida está a ordem tributária, se se considerar sua natureza tributária.

*Deixar de repassar* é o núcleo do tipo do art. 168-A do Código Penal. Portanto, é um crime omissivo próprio e formal. O agente, no caso o empregador, deixa de realizar determinada conduta imposta por lei, tendo a obrigação de fazê-lo.

Note-se, outrossim, que não se verifica uma *apropriação*. Aqui o crime é deixar de recolher (conduta negativa). O agente não toma para si os valores das contribuições previdenciárias para que o crime se perfeça. Não se leva em consideração se o agente se apropriou ou não dos referidos valores ou permitiu que terceiro deles se apropriasse. Basta o não recolhimento à Previdência Social das contribuições descontadas do contribuinte. Não existe, na hipótese, o desconto no sentido físico, ou seja, que o valor saia da posse do contribuinte, que recebeu o salário, passe para o poder do empregador e este dele se aproprie, não repassando à Previdência. Não se exige este *iter criminis*. Observe-se que o art. 168-A não exige a presença das duas condutas: descontar, a primeira conduta, e, em seguida, deixar de fazer o repasse, a segunda conduta.

Há, nesse tipo de crime, apenas o dolo dito genérico, configurando-se, tão-somente, com a vontade livre e consciente de não recolher os valores, descontados, a título de contribuição previdenciária, do empregado à Previdência social. Não previu o legislador a forma culposa.

Não repassadas, no prazo legal, à Previdência Social, as contribuições recolhidas dos contribuintes, consumado está o crime. Vê-se, pois, que a *tentativa* é impossível. Não há a tentativa de deixar de recolher. Ou repassa-se ou não se repassa.

Daí por que o Direito Penal, no caso, sem dúvida alguma, é um mero agente cobrador, que ameaça o empregador a fazer o repasse sob pena de prisão. E veja: proíbe a Constituição a prisão por dívida.

Aquele que não faz o *repasse*, não há como fugir desse juízo, é um *inadimplente* para com o Instituto Nacional de Previdência Social – INSS. Esse não é, no entanto, o entendimento, da doutrina, em sua maioria, e da jurisprudência. A *inadimplência* está a olhos vistos. Não se trata de um sonegador, tanto assim, que

o empregador procede à escrituração contábil do que descontou dos salários de seus empregados, o que, em princípio, demonstra indício de que não tem a vontade de apropriar-se, tanto assim que fez a devida escrituração. Não é um sonegador. Se o empregador recolher os valores descontados, ainda que depois da denúncia – ainda que já se tenha sentença condenatória, não transitada em julgado –, extinta está a punibilidade (v. art. 9º, § 2º, da Lei 10.684, de 30/05/2003). O que comprova que o objetivo da ação penal era só cobrar o tributo devido. O fato, na verdade, não é típico penal, constituindo, sim, dívida civil.

É um crime *próprio*, uma vez que só pode ser cometido pelo empregador, determinada categoria de pessoas.

*Sujeito ativo* do delito é o titular da firma individual, os sócios solidários, os gerentes, os diretores ou administradores que *participem* ou *tenham participado* da gestão da empresa, conforme dispõe o § 3º do art. 95 da Lei 8.212, de 1991. Não basta ser o sócio da empresa, ainda que na condição de administrador, é necessário que tenha *participado da gestão da empresa*. Caso contrário, teríamos uma responsabilidade objetiva, o que é inimaginável. Aquele que decidiu pelo não recolhimento e aqueles que *participaram dessa operação* é que são os responsáveis penalmente. O que tem o *domínio do fato* é que deve ser responsabilizado em ação penal.

A denúncia, ainda que o crime seja societário, deve indicar quem é o responsável pela administração da empresa, não basta juntar cópias dos contratos sociais, pois, não basta integrar a empresa, é necessário que a denúncia diga quem, *realmente*, a administrava. Não é na instrução que o Ministério Público vai querer fazer essa prova, para isso há o inquérito policial, em que o acusador público participa solicitando a realização de diligências. Não é admissível, pois, que o Ministério Público ofereça denúncia contra o sócio só pelo fato dele figurar no contrato social. Tem de demonstrar que o sócio tinha poderes de gestão. Por exemplo, a mulher do sócio majoritário que só faz parte do contrato social, com um mínimo de ações, para tão-só compor a sociedade, e continua sua “*vidinha de dona de casa*”. Os sócios *laranjas* que só fazem emprestar o nome etc.

*Sujeito passivo* é, diretamente, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, uma vez que é essa au-

tarquia responsável pela arrecadação da contribuição previdenciária. É ela que está, em primeira mão, sendo lesada. O segurado não pode ser tido como ofendido, ele sofre apenas prejuízo indireto, como todo aquele que é vinculado ao sistema previdenciário, com a redução dos recursos direcionados à Previdência. Aquele que se encontra inscrito na Previdência, ou que devia ser inscrito, comprovando sua qualidade, continua com direito a todos os benefícios previdenciários.

O *objeto material* do crime em estudo é o valor da contribuição arrecadado e não recolhido. Desse modo, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, deve, obrigatoriamente, mencionar o valor que não foi descontado, não repassado.

O salário não pago não gera, evidentemente, desconto. Logo, não se configura o crime em estudo.

*Empresa*, conceituam o art. 15, I, da Lei de Custeio da Seguridade Social – LCSS, e o art. 14, I, da Lei de Benefícios da Previdência Social – LBPS, é “a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional”.

O não recolhimento por dificuldades financeiras da empresa não significa enriquecimento ilegal do empregador, porque a operação é apenas contábil. Não houve movimentação de dinheiro.

As dificuldades financeiras, graves, que impedem o recolhimento das contribuições descontadas dos empregados configuram um estado de necessidade.

O estado de necessidade, em que há uma *colisão de interesses* protegidos pelo ordenamento jurídico, caracteriza-se pelo sacrifício de um deles em prol do outro.

O empregador faz, nessa hipótese, uma opção: paga ao empregado e ao seu fornecedor; deixando de recolher as contribuições descontadas do empregado, por real impossibilidade.

Se o bem, ou interesse sacrificado, for de valor igual ou superior ao que é salvo, temos, em face da não aprovação da conduta pelo Direito, *inexigibilidade de conduta diversa*, que *exclui* a culpabilidade.

Como recolher os valores da contribuição se não há como recolhê-la? Essa matéria é tratada, com muita percuciência, pela Professora Sandra Barbon Lewis, da

Universidade de Londrina, em artigo desta coletânea; o Professor Carlos Valder, em artigo dessa coletânea, no item 7 trata, também, da questão, sob o subtítulo *Excludente de antijuridicidade e de culpabilidade penal*.

As dificuldades financeiras da empresa só podem ser consideradas impeditivas do recolhimento quando graves.

Todo empresário sofre, ou sofreu, em algum momento, os efeitos dos chamados planos econômicos. Só é aceitável o argumento que deixou de fazer o recolhimento em face desses Planos, quando *concretamente* demonstrado o *inadimplemento* por força do Plano. Demonstrações *genéricas* não se prestam para determinar o estado de necessidade que implique não recolhimento das contribuições como estado de necessidade quando *cabalmente* comprovadas, mediante prova inequívoca de sua ocorrência, seja por perícia, seja por documentos contundentes, capazes de revelar os motivos ou os fatos que impossibilitaram o repasse das contribuições previdenciárias.

A simples declaração, por exemplo, de que os Planos Econômicos mirabolantes, colocados em prática por governos irresponsáveis, teriam produzido efeitos danosos na empresa que justificaram o não repasse ao INSS, é inaceitável, por si só.

Alega-se que, passando por dificuldades financeiras, deve a empresa socorrer-se de empréstimos bancários. Ora, se a empresa está em dificuldade financeira *dificilmente* obterá empréstimos bancários. Qual o gerente de estabelecimento de crédito quer correr o risco de responder ação de *improbidade*? Ou, em caso de banco particular, de responder a uma apuração interna e ser tachado de mau administrador, prejudicando sua carreira bancária?

Também se diz que a empresa deve encerrar suas atividades, quando em dificuldades financeiras para fazer o repasse. Igualmente, essa solução não é, muitas vezes, fácil. Quantas pessoas que dependem do emprego, direta ou indiretamente, serão prejudicadas. A recuperação de uma empresa em dificuldades financeiras demanda tempo. Tempo necessário para não prejudicar os empregados nem o fisco previdenciário, que, pode, assim, executar judicialmente a empresa, cobrando o que lhe é devido. Se a empresa é *levada* a encerrar suas atividades, caminha, a passos largos, para a *derrocada*, todos perdem. Perde o empresário, perde o empregado, perde a Previdência. O assunto, como se

vê, é delicado e necessita que cada caso concreto seja estudado e decidido com a devida observação.

Tenha-se que o empresário, *sufocado* por uma enormidade de tributos, nem sempre é um criminoso. Nem sempre é um *espertalhão* que pretende enriquecer às custas do tesouro previdenciário.

A má-gestão da empresa não serve para a configuração do estado de necessidade. Não se pode querer transferir para o erário o ônus de obrigações não cumpridas, pois, nesse caso, está transferindo-se para o povo o prejuízo causado pela má administração. Não é hipótese de se absolver os responsáveis pela empresa. Há de suspender-se o processo, a fim de possibilitar o pagamento dos valores não repassados.

E no caso da massa falida, o síndico responde penalmente?

— Sim. Se a massa falida tem empregados, faz o desconto da contribuição previdenciária e não repassa os valores à Previdência Social, evidentemente, o síndico pode ser penalmente responsabilizado.

No caso de recuperação judicial ou extrajudicial, se os donos da empresa permanecem como proprietários, e a administração da empresa não é deles retirada, eles continuam responsáveis pelo repasse dos valores das contribuições.

Concluindo, temos de observar que, como diz Ataliba Nogueira, por mim citado várias vezes em votos, (*in O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 152):

(...) o indivíduo não é feito para o estado, mas sim o estado para o indivíduo, para o seu bem-estar moral e material, para sua felicidade.