

CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

*Alexandre Barbosa Lemes **

SUMÁRIO: 1 *Seguridade Social; 1.1 Previdência Social no Mundo; 1.2 Previdência Social no Brasil; 1.3 Constituição Federal de 1988.* 2 *Crimes Previdenciários; 2.1 Crimes Comuns contra o INSS; 2.2 Crimes Previdenciários Econômicos; 2.2.1 Evolução legislativa; 2.2.2 Do tipo objetivo da “apropriação indébita previdenciária”; 2.2.3 Crimes previdenciários em espécie - Da “apropriação indébita previdenciária”; 2.2.4 Crimes previdenciários em espécie - Da “sonegação de contribuição previdenciária”; 2.2.5 Do perdão judicial e da extinção da punibilidade.* 3 *Da Carência de Sanção Penal.*

Palavras-chave: Previdência Social - Apropriação indébita previdenciária - Dignidade penal e valoração constitucional - Carência de Sanção.

1 SEGURIDADE SOCIAL

A Seguridade Social se traduz, segundo o art. 194 da Constituição Federal, num conjunto integrado de iniciativas dos poderes públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social¹.

É nesse contexto constitucional que surge a Previdência Social, num quadro em que são necessárias medidas públicas e particulares destinadas a atender as necessidades mais básicas do ser humano. A dignidade da pessoa humana passa, em primeiro lugar, por garantias à sua saúde, e ao seu bem estar – no que inclui alimentação, vestuário, lazer, etc – garantido pela assistência social aos desamparados (pessoas que não consigam manter-se sozinhas²), e pela previdência social aos filiados ao

* Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Professor de Direito da Faculdade Integrado de Campo Mourão. Procurador Federal.

¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.1.

² Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993, Art. 2.º A Assistência social tem por objetivos: V – a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Certamente a assistência social não consiste unicamente nessa garantia de um salário mínimo às pessoas necessitadas, mas também numa série de outras medidas

regime geral de previdência de que trata o art. 201 da Constituição Federal.

1.1 Previdência Social no mundo

A previdência social pública (ou Regime Geral de Previdência Social)³ consiste num seguro público de filiação obrigatória que cobre alguns riscos sociais: incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, morte e reclusão.

A previdência pública surge, no mundo, como um seguro obrigatório para os trabalhadores da indústria, na Alemanha, em 1883. Isto não necessariamente por “favor do Poder Público”, mas pela necessidade de cobrir riscos sociais que surgiram com as transformações decorrentes da Revolução Industrial.

O marco legal da Previdência Social nasce pela iniciativa do chanceler alemão Otto Von Bismarck⁴ em contraposição às insatisfações

(principalmente e de responsabilidade do Estado) públicas visando assegurar a proteção de quem dela necessitar (art. 203 da Constituição Federal).

³ No conceito de Previdência Pública também se enquadra a previdência dos servidores públicos, regimes facultativos mantidos pelos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, segundo o art. 149 e parágrafo único da Carta Magna). Desta forma, no decorrer do trabalho, ao se mencionar “previdência pública”, é ao Regime Geral de Previdência Social que se quer referir (instituído pela Lei n.º 8.213/91 e regulamentado pelo Decreto n.º 3.048/99, gerido pela autarquia federal Instituto Nacional do Seguro Social – INSS).

Apesar de sua relevância, não será objeto de estudo do presente trabalho, não por sua menor importância, mas pelo mote do trabalho: crimes econômicos previdenciários, que em nosso sistema penal alcança apenas atos atentatórios ao Regime Geral.

Não trataremos, também, do sistema complementar de previdência privada, pelas mesmas razões acima delineadas. Condutas lesivas ao sistema de previdência privada são tipificados pela legislação comum (como por exemplo, o estelionato ou a apropriação indébita propriamente dita). E, não obstante mereça um estudo mais profundo, pela sua dignidade constitucional (art. 202 da Constituição), aqui não nos prenderemos a ele.

⁴ “O papel de Bismarck, hoje em dia, está suficientemente estudado. Estava ele à frente do governo imperial de Guilherme I e sentiu, com genialidade, que o terreno lhe fugia sob os pés, pelo crescente domínio das massas operárias exercido pelos sociais-democratas.

Ante o clamor popular, em uma nação que se industrializava com rapidez, o grande estadista compreendeu que era inútil usar, apenas, a repressão policial e militar. Ao contrário, era preciso oferecer um **programa político novo**, que ‘roubasse’ o conteúdo da progressão socialista e que, dentro do estilo e da estrutura do governo alemão aliciasse, a seu favor, a simpatia do povo.

A industrialização da Alemanha, seu crescente poderio econômico, militar e cultural eram fatos que chamariam a atenção da Europa, e, internamente, criavam ambiente propício à eclosão de movimentos socialistas.

Certo do valor histórico de suas observações, Bismarck elaborou a célebre mensagem de Guilherme I, instituindo os seguros sociais, em caráter geral e obrigatório.

Essa mensagem, é claro, não era fruto de ideologias. Resultava, sim, de uma tática política, toda ela eventual, posta em movimento para salvação do Partido Conservador alemão.

populares è a ascensão da oposição baseada em tais fundamentos. Tanto que, em 1884, esse seguro passa a alcançar também os acidentes de trabalho em geral (e não apenas aos empregados industriais); e em 1889, abrange os riscos sociais invalidez e velhice.

A previdência pública não nasce das transformações da revolução industrial, mas é fruto da conscientização de sua necessidade, frente aos riscos sociais que a industrialização trouxe aos trabalhadores.

Se na Alemanha a noção de proteção social ocupou-se apenas com o trabalhador (previdência social), na Inglaterra, Lorde Beveridge (Primeiro-Ministro inglês entre 1941 e 1946) lançou um plano, em 1942, cuja idéia dominante beneficiava não apenas os empregados, mas toda a população que estivesse na condição de súdito britânico (seguridade social).

Até mesmo os Estados Unidos, país com tradições liberais sólidas, percebeu na década de trinta que o liberalismo clássico era coisa superada no curso da História, e que o Estado, sem prejuízo do reconhecimento das liberdades individuais, tinha o direito e o dever de intervir na vida econômica nacional, enfrentando os problemas sociais e procurando dar-lhes uma solução justa⁵.

Em uma segunda fase do histórico da previdência social pública, percebe-se que a noção de proteção social torna-se universal, surgindo já o conceito de seguro social no Tratado de Versalhes (1919), na Constituição Mexicana de 1917 e na de Weimar de 1919. É celebre, também, o “social security act” dos Estados Unidos, expressão que deu origem à expressão seguridade social. Com a criação da Organização Internacional do Trabalho (em 1919, logo após a Primeira Guerra Mundial), universalizou-se a previdência social como meio eficaz de proteção ao trabalhador e seus dependentes. Na ocasião de sua criação, o presidente norte-americano Roosevelt, em seu discurso, asseverou que o principal fim do Estado *é o bem comum da sociedade a que serve*

Outro não foi o motivo pelo qual Bismarck se antecipou aos socialistas: ele queria ocupar o seu terreno. Tanto assim que, ao mesmo tempo em que elaborava louvável programa de seguros sociais, o estadista alemão continha, mantendo-os sob rigoroso controle, a atividade dos sindicatos.

Ele compreendera que a repressão, por si só, não o sustentaria no poder; mas, por formação ideológica, não abria mão dela, quando se tratava de enfrentar, diretamente, o movimento operário.

Essa contradição se explica por si mesma e foi graças a ela que a história do Direito europeu foi contemplada, em 1883, com a lei do seguro-doença e, em 1884, com a lei contra acidentes de trabalho”.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 9-10.

⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor, op: cit., p. 25-27.

(assegurar a cada cidadão, um nível de vida suficientemente digno, e o de colocar, acima de tudo, o bem estar social)⁶.

A terceira fase do seguro social tem seu marco na Primeira Conferência sul-americana de Seguridade Social (1942, Santiago - Chile), na 26.ª Conferência Internacional do Trabalho (1944, Filadélfia - EUA), e na Declaração Internacional dos Direitos do Homem, em 1948. A noção de seguro social (aí incluída a Previdência Social), além de universal, passa a ser da eliminação da necessidade como fator de restrição do homem, ao qual se procura assegurar, com as medidas adequadas, indicadas e aprovadas, uma existência digna.

1.2 Previdência Social no Brasil

Em nosso País, cita-se como primeiro exemplo *assistenciário* a beneficência, praticada através da caridade, pelo Padre José de Anchieta (1534/1597), no Século XVI, com a fundação da Santa Casa de Misericórdia. O embrião legislativo da assistência *pública* tem seu início em 1828, com a Lei Orgânica dos Municípios.

No fim do II Império começaram a surgir medidas legislativas para proporcionar aos empregados públicos certas formas de proteção. Nasceram as Caixas de Socorro das Estradas de Ferro, criadas pela Lei 3.397, de 24 de novembro de 1888, que apenas beneficiava os funcionários públicos daquela entidade. Depois foi criado um fundo de pensão ao pessoal da Imprensa Nacional (Imprensa Régia), e ao Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro, mas ainda não abrigando empregados de empresas privadas.

A primeira manifestação oficial de amparo aos riscos sociais aos trabalhadores em geral ocorreu através da denominada Lei Eloy Chaves⁷, a partir do Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1923, surgindo as “Caixas de Aposentadoria e Pensões” (CAP), junto a cada empresa ferroviária, tornando seus empregados segurados obrigatórios, e com a previsão dos seguintes benefícios: assistência médica, aposentadoria por tempo de serviço, por idade avançada, por invalidez após dez anos de serviços e pensão aos seus dependentes, além da obtenção de medicamentos a preços especiais. daquelas Caixas de Assistência, embora proliferassem, sendo logo criadas também para as empresas marítimas e portuárias, poucas apresentavam a quantidade mínima de segurados, indispensáveis ao funcionamento em bases securitárias.

⁶ Disponível em: <http://www.ilo.org>. Sítio da International Labour Organization (OIT).

⁷ Eloy da Miranda Chaves, engenheiro e deputado paulista pelo PRP, após visitar o arcabouço ferroviário argentino, propôs a Lei, que se inspirava na proteção inglesa àqueles profissionais de transporte.

As Caixas de Assistência, criadas individualmente por empresa, demonstraram-se inviáveis. Já em 1930, registrou-se oficialmente o primeiro exemplo de crise financeira e administrativa. Em virtude do grande número de fraudes, corrupção e descalabro administrativo, o Governo Vargas, através do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (com atribuições de orientar e supervisionar a Previdência Social) suspende as atividades previdenciárias por seis meses.

As Caixas de Aposentadoria e Pensões são substituídas por seis grandes Institutos Nacionais, por *atividade econômica preponderante*, de âmbito nacional - os "IAP":

- a) 1933 - IAPM (marítimos) - Decreto 22.872, de 22.06.33,
- b) 1934 - IAPC (comerciários) - Decreto 24.273, de 22.05.34,
- c) 1934 - IAPB (bancários) - Decreto 24.615, de 07.07.34,
- d) 1936 - IAPI (industriários) - Lei 367, de 31.12.36,
- e) 1938 - IAPTEC (transportes e cargas) - decreto-lei 651, de 26.08.38 - Este decreto-lei empregou, pela primeira vez, a expressão "autônomo", para designar o trabalhador por conta própria, autorizando o seu ingresso no sistema previdenciário,
- f) 1953 - IAPFESP (ferrovias e serviços públicos) - Decreto 34.586, de 12.11.53.

Embora com abrangência maior que as Caixas de Assistência, pois possuíam abrangência nacional e incluíam não mais empresas, mas categorias profissionais, ainda ficaram excluídas da proteção previdenciária os trabalhadores rurais e domésticos⁸.

Em 21 de novembro de 1966, através do Decreto-lei n.º 72, o Presidente Castello Branco promoveu a unificação desses vários institutos, criando o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, com as atribuições de pagar os benefícios em espécie, arrecadar as contribuições e prestar assistência médica.

No ano de 1977, através da Lei n.º 6.439, foi criado o SINPAS - Sistema Nacional de Previdência Social, composto de três autarquias (INPS, INAMPS e IAPAS), responsável pela política de previdência e assistência médica e social.

⁸ Os empregados domésticos apenas foram incluídos como segurados obrigatórios da Previdência Social em 1972, com a Lei n.º 5.859, de 11 de dezembro.

1.3 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 ampliou os direitos sociais, promovendo a universalização dos planos de previdência social, mediante contribuição, da cobertura e do atendimento (art. 194). Estendeu o direito de pensão ao marido ou companheiro, forma não definida claramente na legislação anterior; previu a licença paternidade; a alteração da licença maternidade de 84 para 120 dias, e elevou os benefícios rurais de meio para um salário-mínimo.

Nossa Constituição Federal, já em seu artigo 1.º, afirma ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (inc. III); e, logo em seguida, no art. 3.º, estabelece como um de seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos (inc. IV).

A dignidade da pessoa humana e a promoção do bem social constituem fundamentos basilares do conceito de previdência social. Esta, enquanto conceito constitucional próprio, está previsto no art. 201 da Magna Carta, que estabelece que ela será organizada sob a forma de regime geral, de caráter obrigatório. Preceitua sua forma de custeio e os riscos sociais cobertos.

Nesse novo contexto constitucional, em 1990 há a unificação dos Ministérios do Trabalho e Previdência Social, extinguindo-se o SINPAS. Nasce o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social (fusão do IAPAS ao INPS⁹), autarquia federal com competência de gerir os recursos do Fundo de Previdência e Assistência Sociais, conceder e manter benefícios, promover a arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições sociais e demais recursos previdenciários.

Em 1991 são editadas as Lei n.º 8.212 e n.º 8.213, dispendo sobre os planos de custeio e benefícios, complementando as alterações promovidas pela novel Constituição. E, em 1999, é editado o Decreto n.º 3.048, de 06 de maio, que revoga os antigos Decretos n.º 2.172 e 2.173, de 1997, e passa a regulamentar as Leis n.º 8.212 e n.º 8.213.

2 CRIMES PREVIDENCIÁRIOS

O Regime Geral de Previdência Social é gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal vinculada ao Ministério da

⁹ Lei n.º 8.029/90, Art. 17. É o Poder Executivo autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social (IAPAS), com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 2º desta lei.

Previdência Social, com atribuições relativas ao custeio da seguridade social e à concessão de benefícios previdenciários e assistenciais (Leis n.º 8.212/91 e n.º 8.213/91 e Decreto n.º 3.048/99). Atua, portanto, em duas frentes: de um lado, o serviço de arrecadação dos tributos devidos à Previdência Social (contribuições sociais, e entre elas as previdenciárias); e de outro, o serviço de benefícios aos segurados (benefícios previdenciários, nos quais há, em regra, a contrapartida financeira, e o sistema figura efetivamente como um seguro social) e aos necessitados (benefícios assistenciais, aos carentes que não consigam manter-se sozinhos, nos termos do art. 203 da Constituição e da Lei Orgânica de Assistência Social – Lei n.º 8.742/93).

Sob a rubrica “Crimes contra a Previdência Social”, portanto, podemos antever crimes contra o sistema de benefícios e contra o sistema de arrecadação.

2.1 Crimes comuns contra o INSS

Os crimes contra a área beneficiária do INSS consistem, basicamente, na obtenção de benefício indevido, mediante fraude, causando prejuízo à autarquia previdenciária. Trata-se de estelionato típico (art. 171 do Código Penal), com a majorante do § 3.º, eis que o crime é cometido contra ente de direito público.

Outros crimes poderão servir como meio para tal conduta, como a falsidade ideológica ou a falsificação de documento e uso de documento falso (artigos 297, 298, 299 e 304 do Código Penal), o falso testemunho ou falsa perícia em processo administrativo (art. 342), etc. No entanto, em princípio, tais crimes serão sempre absorvidos pelo estelionato – ou tentativa de estelionato contra o INSS. Cumpre ressaltar que tais crimes são comuns, podendo ser cometidos por qualquer pessoa, inclusive servidores da autarquia previdenciária, com ou sem co-participação.

Além desses fatos típicos, que, de resto, são a grande maioria que ocorrem, houve a previsão, pelo legislador, de alguns crimes contra o sistema de benefícios do INSS que são crimes próprios, praticados apenas por servidores da autarquia previdenciária (com ou sem concurso de agentes estranhos ao serviço público). A Lei n.º 9.983, de 14 de julho de 2000 incluiu após o art. 313 do Código Penal (peculato mediante erro de outrem), as figuras dos artigos 313-A¹⁰ (inserção de dados falsos em

¹⁰ Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou banco de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano.

sistema de informações) e 313-B¹¹ (modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações). São crimes próprios porque apenas podem ser praticados por servidores públicos contra a administração (Capítulo I do Título XI do Código Penal). Isso não impede, como já se disse, a co-participação (art. 29) de pessoas estranhas à Administração Pública.

Ambos os tipos não admitem a forma culposa, sendo necessária a comprovação da vontade do agente dirigida àquele fim.

No primeiro tipo penal, exige-se o dolo específico da obtenção de vantagem indevida ou de meramente causar dano à Administração Pública. É um tipo penal em branco que depende de conceitos preenchidos por outras fontes (“sistemas informatizados”, “bancos de dados da Administração Pública”). No âmbito do INSS há diversos sistemas e bancos de dados regulamentados, cada qual com sua finalidade. O maior deles é o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS)¹², no qual consta todo o histórico laboral e previdenciário dos segurados, bem como informações sobre recolhimentos feitos pelos empregadores, remunerações, recolhimentos a título de FGTS, PIS, PASEP, etc. Além desse há o “PLENUS”, sistema que contém informações sobre pedidos de benefícios previdenciários e assistenciais, mantidos, cessados ou indeferidos. Há, também, o “SABI”, referente aos pedidos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez dependentes de perícia médica administrativa.

Enfim, a inserção por funcionário público autorizado, ou por ele facilitado, de dados visando a obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem (a concessão de uma aposentadoria, por exemplo, ou a inserção de tempo de contribuição inexistente), ensejará a tipificação do art. 313-A. De outro viés, se o funcionário autorizado, ou terceiro a quem ele facilite, exclua dados corretos desse sistema, visando prejudicar alguém (o próprio INSS ou um segurado) também cometerá tal crime.

¹¹ Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente.

¹² Criado em 10 de julho de 1989, pelo Decreto n.º 97.936, sob a denominação Cadastro Nacional do Trabalhador, foi alterado pela Lei n.º 8.490, de 19 de novembro de 1992, passando a denominar-se Cadastro Nacional de Informações Sociais, estando interligado a diversos entes públicos que o alimentam (principalmente o INSS, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Secretaria da Receita Federal, Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério da Previdência Social. Possui milhões de dados cadastrais (149 milhões de pessoas físicas, 19 milhões de pessoas jurídicas, 375 milhões de vínculos empregatícios, 6 bilhões de remunerações, um bilhão de recolhimentos de contribuintes individuais, entre outros dados menos importantes), sendo o maior banco de dados informatizados da América Latina. Fonte: Sítio do Ministério da Previdência Social. http://www.solucoestipublica.gov.br/mostra2003/download/CASE2A_DATAPREV_%2009_04_2003.pdf.

Repita-se: o tipo penal apenas admite a forma dolosa, e o dado falso inserido por culpa do servidor ensejará tão somente a responsabilização administrativa e eventualmente a civil (dever de reparar o dano causado ao INSS). É um crime material, que depende do resultado “dano” ou “vantagem indevida” para aperfeiçoar-se.

A pena para esse crime é de dois a doze anos de reclusão e multa.

No segundo tipo descrito (art. 313-B), também tipo penal em branco que depende da integração de outra fonte para sua interpretação (“sistema de informações”, “programa de informática”, “autoridade competente”), o funcionário modifica ou altera um sistema de informações ou um programa de informática sem autorização da autoridade competente. Nesse tipo, não há dolo específico. É um crime de mera conduta, que se aperfeiçoa com a prática do fato descrito no núcleo do tipo (modificar ou alterar). No caso de dano, a administração ou à Administração Pública, há a majoração do parágrafo único. Nesse caso o dano não é elementar do tipo, mas causa de majoração da pena (que de três meses a dois anos e multa, no *caput*, passa a ser aumentada de um terço até a metade).

A Lei n.º 9.983/00 inseriu no Código Penal, também, os §§ 1.º e 2.º do art. 325 (Violação de sigilo profissional). Há, aqui, também dois tipos penais (incisos I e II do § 1.º) próprios (seu agente deve ser funcionário público, ou com ele em co-participação), e admitem apenas a forma dolosa, sendo apenadas de seis meses a dois anos de detenção, ou multa, se o fato não constituir crime mais grave.

O tipo do inciso I é a permissão ou facilitação do uso de senha para acesso de pessoas não autorizadas a sistema de informações ou banco de dados; e o inciso II trata do uso indevido de acesso restrito. São crimes de mera conduta que se aperfeiçoam com a prática do verbo descrito no núcleo do tipo. Se do crime resulta dano a terceiro ou à Administração, a pena é majorada a dois a seis anos de reclusão e multa.

2.2 Crimes previdenciários

Os crimes contra o sistema de arrecadação do Regime Geral de Previdência Social são típicos delitos fiscais (criminalidade econômica), nominados “apropriação indébita previdenciária” (hoje, previsto no artigo 168-A do Código Penal) e “sonegação de contribuição previdenciária” (337-A daquele mesmo *Codex*).

2.2.1 Evolução legislativa

A primeira previsão criminal de conduta do empregador que não pagasse as parcelas retidas do empregado à previdência foi o art. 5.º do Decreto-Lei n.º 65, de 14 de dezembro de 1937, que preconizava: “O empregador que reter as contribuições recolhidas de seus empregados e não as recolher na época própria incorrerá nas sanções do art. 331, n.º 2, da Consolidação das Leis Penais, sem prejuízo das demais sanções estabelecidas neste Decreto-Lei”.

Há, nessa previsão, algo que se costumou a alegar até os dias de hoje: a similitude de tal conduta com a apropriação indébita. Primeiro, porque nesse tipo penal exigia-se, efetivamente, a retenção, por parte do empregador, das parcelas devidas à previdência pelo empregado; trata-se de crime comissivo – reter, apropriar-se, da parcela devida à previdência pelo empregado. Havia, assim, a necessidade da comprovação física da retenção dos valores. Segundo, pela pena atribuída à conduta ser a mesma da apropriação indébita. A partir daí, tem-se que as contribuições devidas pelo empregado (contribuinte) e não repassadas pelo empregados (responsável tributário) à previdência chamar-se-ia “apropriação indébita previdenciária”.

Na primeira alteração legislativa do crime, houve também a alteração do tipo objetivo. O art. 86 da Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social) não mais falava em “reter” enquanto núcleo do tipo, mas em “falta de recolhimento”: “Será punido com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de outras importâncias devidas às instituições de previdência e arrecadadas dos segurados ou do público”.

Não se trata mais de um crime comissivo (apropriar-se, ou reter indevidamente) por omissão, mas de um crime tipicamente omissivo (falta de recolhimento de contribuições recolhidas).

Em 27 de dezembro de 1999, a Lei n.º 8.137, em seu art. 2.º, inc. II, previu novamente o tipo penal, com a seguinte redação: “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

A Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, em bisonha tentativa de sistematizar a criminalidade contra a previdência social, previu em 10 alíneas do art 95 diversos crimes, dentre eles, a “apropriação indébita previdenciária”, nos incisos “d”, “e” e “f”. Os crimes definidos nas demais alíneas, apesar de constar no *caput* como *constituem crime*, eram estranhamente destituídos de sanção, razão pela qual continuou-se a

aplicar as disposições (exceção às alíneas mencionadas, cuja sanção era a do art. 5.º da Lei n.º 7.492/86) da Lei n.º 8.137/90 (art. 1.º, inc. I).

A novel Lei n.º 9.983, de 14 de julho de 2000 revogou expressamente o art. 95 da Lei 8.212/91 e inseriu, no Código Penal, os artigos 168-A e 337-A, revogando, também, o art. 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90, no que se refere às contribuições sociais.

2.2.2. Do tipo objetivo da “apropriação indébita previdenciária”

Inicialmente, cumpre salientar, conforme ensina o Professor Luiz Régis Prado, que apesar do *nomen iuris* dado pelo legislador (apropriação indébita previdenciária), “*não se exige à configuração delitiva a apropriação de valor, mas sim a omissão em deixar de recolher à Previdência a contribuição social enfocada*”.¹³ Explica o professor que não se trata de apropriação indébita, em nenhum aspecto: não há recepção material e efetiva da coisa. Além disso, o crime não é praticado contra o trabalhador (de quem é retida a contribuição), mas contra a seguridade social. Não se protege, aqui, um direito de propriedade. O objeto jurídico tutelado é um crédito público.

Apesar de posições doutrinárias no sentido contrário, de que haveria a necessidade efetiva da comprovação da apropriação¹⁴, a interpretação da maioria da doutrina¹⁵, bem como da jurisprudência majoritária¹⁶ é no sentido contrário. Os crimes dos artigos 168-A são crimes omissivos próprios, que se consumam com a simples omissão no

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 490.

¹⁴ Nesse sentido, o professor Luiz Flávio Gomes argumenta que é possível falar em apropriação indébita porque há, ainda que apenas contabilmente, a retenção de valores por parte do empregador. Tal tese foi defendida pelo professor na obra *Crimes Previdenciários: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa*, p. 32; citada pelo professor Luiz Regis Prado, op. cit., p. 490.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis, op.cit., p. 490; RIOS, Rodrigo Sanches. *Tutela Penal da Seguridade Social*, p. 23; FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Parte Especial*, p.2780; PIMENTEL, Manoel Pedro. *Apropriação indébita por mera semelhança*, RT, 451, 1973, p. 321-329 apud PRADO, Luiz Regis, op. cit, p. 490-491.

¹⁶ A título de exemplo, o seguinte aresto do e. STJ: PENAL E PROCESSO PENAL. (...) A simples conduta de deixar de recolher as contribuições devidas aos cofres públicos já é o suficiente para a caracterização do delito previsto no art. 95, “d”, da Lei 8.212/91. Não há necessidade em se demonstrar o *animus rem sibi habendi*, uma vez que o tipo subjetivo se esgota no dolo. “Inocorrência da alegada abolitio criminis, uma vez que a *novatio legis* (art. 168-A, § 1º, do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 9.983/00), conquanto tenha revogado o disposto no art. 95 da Lei nº 8.212/91, manteve a figura típica anterior no seu aspecto substancial, não fazendo desaparecer o delito em questão.” Precedente. (STJ. RESP 2004/0019401-3/RJ. DJ 06/09/04, p. 304)

recolhimento das contribuições recolhidas e não repassadas à previdência social. Conforme posição firme do Superior Tribunal de Justiça, “O tipo subjetivo no injusto do art. 95, alínea d da Lei nº 8.212/91 que teve continuidade de incidência no art. 168-A, § 1º, inciso I do CP (Lei nº 9983/00), se esgota no dolo, sendo despiciendo qualquer outro elemento subjetivo diverso, mormente a intenção de fraudar porquanto de estelionato não se trata (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso)”¹⁷.

Melhor seria a denominação “omissão de recolhimento aos cofres públicos das contribuições sociais descontadas dos contribuintes”.

2.2.3. Crimes previdenciários em espécie – Da “apropriação indébita previdenciária”

São crimes próprios, porque apenas pode ser sujeito ativo da “apropriação indébita previdenciária” o agente que possua um vínculo (legal ou convencional) com o órgão previdenciário (INSS), pelo qual se obriga a repassar ou recolher a contribuição social, bem como a pagar o benefício a segurado. São delitos de mera atividade, porque se aperfeiçoam com a conduta descrita no núcleo do tipo, não se exigindo outro resultado. As três primeiras figuras do art. 168-A (*caput* e inc. I do § 1.º) são tipos omissivos próprios, enquanto o tipo do inc. III do § 1.º é comissivo. Nenhuma das três formas admite o tipo culposos.

Antes de passar à análise das quatro figuras típicas do art. 168-A, em suas especificidades (das condutas incriminadas em si, eis que, em linhas gerais, no parágrafo anterior, os três fatos típicos já foram classificados), vale a transcrição dos dispositivos legais, incluídos, como já se disse, pela Lei n.º 9.983/00:

Apropriação indébita previdenciária

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

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

¹⁷ RESP 2003/0221662-2/RS, DJ 20/09/2004, p. 328; HC 2004/0098787-0/RO, DJ 25/10/2004, p. 373.

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

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

A primeira figura típica refere-se, como ensina o professor Luiz Regis Prado, em regra, a agentes da rede bancária, que são os entes responsáveis ao repasse à previdência social, de contribuições recolhidas dos contribuintes (tanto sujeitos passivos da obrigação tributária quanto os responsáveis tributários). Assim, caso o contribuinte efetue o pagamento de sua contribuição ao ente responsável, e este não o repasse à autarquia previdenciária, configurar-se-á o crime do *caput*. Vale lembrar que, além da rede bancária, essa arrecadação pode se dar de outra forma, mediante decisão do Conselho Nacional de Seguridade Social.¹⁸

O segundo tipo do art. 168-A vem descrito no inciso I do § 1.º. Trata-se da omissão dos recolhimentos ao INSS das contribuições referidas no art. 30 da Lei n.º 8.212/91 (Lei de Custeio da Previdência Social)¹⁹, por parte do empregador.

O crime previsto no inciso II do § 1.º é dirigido àquele agente que deixa de recolher contribuição (a) aglutinada às despesas contabilizadas pela empresa, e aquele (b) que não o faz quanto as contribuições embutidas em custos atinentes à venda de produtos ou à prestação de serviços.

¹⁸ Lei n.º 8.212/91, Art. 60. A arrecadação da receita prevista nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11, e o pagamento dos benefícios da Seguridade Social serão realizados através da rede bancária ou por outras formas, nos termos e condições aprovados pelo Conselho Nacional de Seguridade Social.

¹⁹ As contribuições que devem ser recolhidas pelo empregador, e que sua omissão ensejam a prática do crime em tela estão previstas no art. 30 da Lei de Custeio da Previdência Social, quais sejam:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

- a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;
- b) recolher o produto arrecadado na forma da alínea anterior, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço, até o dia dois do mês seguinte ao da competência;

V - o empregador doméstico está obrigado a arrecadar a contribuição do segurado empregado a seu serviço e a recolhê-la, assim como a parcela a seu cargo, no prazo referido no inciso II deste artigo;

A quarta e última modalidade da “apropriação indébita previdenciária” é a única que se assemelha à figura da apropriação indébita típica²⁰. Isto porque a comete aquele que tem a obrigação de pagar benefício a segurado e não o faz, apropriando-se (aí, sim, na expressão do termo apropriar-se) do valor respectivo. O único benefício pago pela empresa ao segurado (empregado) é o salário-família. Ocorre que é um tipo de difícil consumação, isto porque:

O legislador pressupôs que o agente efetue o recolhimento da contribuição social (no dia dois de cada mês seguinte ao da competência), com a dedução do benefício, antes de pagar o salário ao segurado. No entanto, o empregador, por convença ou acordo celebrado com o próprio empregado, pode efetuar o pagamento do seu salário no último dia do mês trabalhado ou no primeiro dia subsequente àquele em que desenvolveu sua atividade laboral. Em tal caso, mesmo que o agente deixe de efetuar o pagamento do salário-família, não se pode afirmar que o delito se configurou, pois o empregador não foi ainda reembolsado pela Previdência Social²¹.

2.2.4. Crimes previdenciários em espécie – Da “sonegação de contribuição previdenciária”

Os crimes previstos no art. 337-A do Código Penal, também foram incluídos pela Lei n.º 9.983/00, na tentativa de melhor sistematização da matéria criminal previdenciária. Com efeito, os tipos penais ali previstos estavam definidos pela Lei n.º 8.212/91, nos incisos “a”, “b”, “c”, “g”, “h”, “i” e “j” do art. 95. Ocorre que, embora se constituíssem “crimes”, na expressão do *caput* do art. 95, não possuíam sanção. Assim, tais condutas continuavam punidas pela tipificação do art. 1.º, inc. I, da Lei n.º 8.137/90. Aliás, tal tipo penal restou tacitamente revogado pela Lei n.º 9.983/00, no que pertine às contribuições sociais.

Frise-se que não houve, assim como, de regra, não ocorre também na “apropriação indébita previdenciária”, *abolitio criminis*.

No caso dos três tipos previstos pelo art. 337-A, há similitude em tudo o que se diga com a sonegação fiscal (Lei n.º 8.137/90). Nesses tipos, há necessidade de *fraude*, comissiva ou omissiva, para a supressão ou redução da contribuição social a ser recolhida.

Tal qual na modalidade anterior, é mister a transcrição dos tipos penais a serem analisados, agora em suas especificidades:

²⁰ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 502.

²¹ Id., *ibid.*, p. 503.

Sonegação de contribuição previdenciária

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Nos três tipos previstos, é indiferente se a contribuição social sonegada era referente à “parte patronal” ou à “parte do empregado”. Tipifica-se a conduta fraudulenta, comissiva ou omissiva, dolosa, para o fim de sonegar ou reduzir valor devido a título de contribuição social.

2.2.5. Do perdão judicial e da extinção da punibilidade

Tanto nos crimes tipificados no art. 168-A quanto nos do art. 337-A o legislador previu hipóteses de extinção da punibilidade e de perdão judicial:

Art. 168A [...] § 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

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

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Art. 337-A [...] § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou

valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 2º 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 – (VETADO)

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.

§ 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa.

§ 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.

Entre os crimes do art. 168-A e do art. 337-A há algumas diferenças importantes:

a) No primeiro, a contribuição não repassada à previdência social era referente a um desconto feito pelo agente; isto é, ele não é o contribuinte, mas o responsável tributário pelo pagamento do tributo. No segundo, é indiferente a origem do fato gerador (ou hipótese de incidência, na terminologia de Geraldo Ataliba).

b) Nos crimes do art. 168-A, basta a omissão do recolhimento (nas três primeiras figuras) para a configuração do crime. Nos crimes do art. 337-A, além da supressão ou redução do tributo, é elementar do tipo a fraude para a sonegação. A fraude pode ser comissiva (v.g. falsificação de documento) ou omissiva (falsidade ideológica, omitindo fato que deveria constar em documento, por exemplo).

Parece-nos, portanto, que a segunda modalidade desse crime previdenciário é mais grave, já que o agente pratica um ato prévio, fraudulento, orientado para a sonegação ou redução do tributo. É de se lembrar, aqui, a diferenciação que o professor Rodrigo Rios faz entre os delitos fiscais e os ilícitos administrativos: “*o simples fato de não pagar tem como sanção a multa fiscal; a falta de pagamento proveniente de um ato ilícito tem pena mais grave, pois nos encontramos na presença do delito fiscal*”.²²

²² RIOS, Rodrigo Sanches. *O Crime Fiscal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 29.

Apesar disso (da maior gravidade da segunda modalidade de delito – art. 337-A), as penas são as mesmas (dois a cinco anos de reclusão, e multa).

Para além disso, impressiona a falta de proporcionalidade do legislador quando exige, para a extinção da punibilidade do crime do art. 168-A a declaração, confissão, a prestação de informações e o **pagamento** do tributo antes do início da ação fiscal.

No crime do art. 337-A, ainda que a conduta seja mais grave, “é extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”. **E o pagamento?**

Semelhante desproporcionalidade não ocorre com o perdão judicial, que no caso do art. 168-A é exigido o **pagamento** do débito, agora antes da denúncia. Não há perdão judicial equivalente no crime do art. 337-A.

3 DA CARÊNCIA DE SANÇÃO

Até agora, foi possível verificar, com nítida clareza, a dignidade do bem jurídico “previdência social” para o Direito Penal. Igualmente, o Regime Geral de Previdência (e, de resto, os demais regimes de previdência) possuem valoração constitucional significativa. Resta saber se há a carência da sanção penal contra atos atentatórios à previdência social (ou à seguridade social como um todo).

Concluimos, na linha de pensamento de Rodrigo Rios, que devem ser separados os ilícitos tipicamente administrativos (meras faltas de recolhimentos) dos delitos fiscais próprios (em que há uma conduta prévia mais grave visando a supressão ou redução do tributo).

Dessa forma, para concluir se há, ou não necessidade da interveniência do Direito Penal no âmbito da Previdência Social, faz-se necessária a análise da conduta a ser incriminada. Algumas delas efetivamente demandam a sanção penal. Noutras, ao contrário, há o desvirtuamento do Direito Penal, usado pelo legislador como forma de pressão para pagamento de tributos e não como *ultima ratio* para o apenamento das condutas anti-sociais mais graves.

No caso da Seguridade Social, o bem jurídico tutelado não é meramente um crédito Público. Com efeito, sua importância é essencial, pois visa à tutela dos mais básicos interesses dos indivíduos: sua saúde, manutenção, previdência contra interpéries; enfim, sua vida digna.

Assim é que a Constituinte reservou um capítulo inteiro (Capítulo II do Título VIII – da Ordem Social), a disciplinar a Seguridade Social. Mais que mera ação do Estado a garantir meios mínimos de sobrevivência a quem necessita, ou a prever um regime de previdência pública aos trabalhadores, a Seguridade Social existe para garantir a todos a dignidade da vida humana, fundamento da República (art. 1.º, III da Constituição Federal); e princípio fundamental, nos termos de erradicação de pobreza (art. 3.º, III), e de promoção do bem de todos (IV).

Um dos objetivos propostos pelo Constituinte para a Seguridade Social é a diversidade da base de financiamento (art. 194, parágrafo único, inc. VI da Constituição Federal), que logo ao seguir estipula algumas das hipóteses de incidência de contribuições sociais que financiarão a Seguridade Social (art. 195).

Esse sistema securitário, que engloba a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social, possui, dessa forma, duas grandes linhas de atuação de fundamental importância não somente à manutenção da paz desejada pelo Estado, mas também à dignidade da pessoa humana e, em última análise, da sociedade. Se, de um lado, deve atuar para manter programas de saúde, assistenciais a quem não tenha condições de se manter, e bem administrar o Regime Geral de Previdência Social aos trabalhadores; de outro deve trabalhar incessantemente para arrecadar recursos que dêem sustentação financeira correspondente. Como o bem jurídico é distinto do crédito meramente tributário (no qual o que se protege, com especial ênfase, é o patrimônio do Estado), distinta também deve ser a sua tutela jurídica. Com efeito, no sistema da Seguridade Social, tutela-se não apenas o patrimônio, mas o direito (difuso) de todo cidadão de ser protegido por esse sistema, de forma direta e imediata.

Isso não ocorre com a Ordem Tributária, ao menos dessa maneira. Aqui, a tutela é do patrimônio estatal (crédito tributário), e apenas de forma mediata, o bem estar social. Isto porque o Estado, ao arrecadar os tributos, o faz para manter sua estrutura (de forma imediata), e, de maneira reflexa, tutelar a sociedade.

Neste diapasão, faz-se necessário que a proteção da Seguridade Social, enquanto meio de proteger o ser humano dos riscos sociais, de forma imediata e direta, seja mais enfática que a Ordem Tributária. É o que justifica, por exemplo, a tipificação de condutas omissivas dos recolhimentos previdenciários descontados dos segurados e não repassados à Previdência Social. O tipo não prevê qualquer conduta fraudulenta (como sói acontece nos crimes tributários comuns) ou efetiva apropriação, como na conduta comissiva por omissão; basta a omissão do recolhimento no prazo legal.

Embora os crimes contra a Seguridade Social sejam espécies de crimes econômicos (e, dentro desses, crimes tributários), não se confundem com os crimes tributários em sentido estrito. Isto porque, como se afirmou, o bem jurídico é completamente distinto. Enquanto um tutela o patrimônio estatal, outro tutela a higidez do sistema securitário social.