

CRIME PREVIDENCIÁRIOS¹

FERNANDA DORINI FONSECA²

Aluna da Pós-Graduação de Direito Social da Faculdade Sudamérica

Orientadora: Msc. Thais Miranda de Oliveira

RESUMO

O objetivo principal deste estudo é apresentar cada um dos crimes previdenciários, suas classificações doutrinárias e jurisprudenciais, seus elementos e destaques. Esses delitos foram significativamente reformulados através da edição da Lei nº 9.983/00. Buscou-se desenvolver um pequeno paralelo entre o sistema atual e o anterior, apontando os pontos mais relevantes dessa mudança. Nesse cenário, constatou-se que a alteração operada nos crimes previdenciários teve como finalidade enquadrar esses delitos ao Código Penal, de maneira clara e objetiva, adequando-os à realidade do cenário dos delitos contra a previdência social, e aplicando uma pena individual a cada um dos crimes.

Palavras-chave: Crimes Previdenciários; Alterações; Lei nº. 9.983/00.

ABSTRACT

The principal objective of this study is to present each one of the social security crimes, their ratings doctrinal and jurisprudential, their elements and distinction. These crimes were significantly reworked through the enactment of Law number 9983/00. Sought to develop a small parallel between the current system and the previous, pointing out the most important points of this change. In this scenario, it was found that the modification made in the pension crimes was designed to frame

¹ Artigo desenvolvido como exigência do curso de especialização em Direito Social: Direito do Trabalho, Processo Trabalho e Previdência Social das Faculdades Sudamérica com a finalidade de demonstrar os males de natureza não física que o trabalhador está sujeito em um ambiente de trabalho desequilibrado.

² Estudante de pós-graduação *Lato Sensu*, advogada. E-mail: nandadorini@hotmail.com

these offenses into the penal code in a clear and objective way, adapting them to the reality of the social security crimes, and applying a penalty to each individual crimes.

Key word: Social Security Crimes; Legislative Changes; Law number 9983/00.

1 INTRODUÇÃO

Há anos os crimes previdenciários vêm despertando a atenção de todos ante suas condutas trazerem enorme prejuízo para a Previdência Social, o que reflete em toda a sociedade, particularmente aos operadores jurídicos, tanto que, no Brasil conta-se com uma sólida jurisprudência nesse âmbito.

Com o advento da Lei 9983/00, foi acrescentado o artigo 168-A ao Código Penal, tipificando o crime de “Apropriação Indébita Previdenciária”. Por meio dos artigos 313-A, 313-B e 337-A, passaram a ser previstos, respectivamente, os crimes de “Inserção de Dados Falsos em Sistema de Informações”, “Modificação ou Alteração Não Autorizada de Sistema de Informações” e “Sonegação de Contribuição Previdenciária”. Foram, ainda, modificados os artigos 153, 296, 325 e 327 do Código Penal.

Antes da vigência da Lei 9983, de 14 de julho de 2000, era o artigo 95, da Lei 8212/91, que disciplinava sobre os crimes previdenciários. Este artigo foi revogado pela lei em comento, prevalecendo em vigência apenas o seu § 2º, que trata das responsabilidades da Empresa que transgredir algum tipo penal.

A partir da vigência da Lei 9983/00, os crimes previdenciários passaram a fazer parte do corpo do Código Penal. O legislador preocupou-se em tipificar cada delito separadamente, dar uma melhor redação, e em seguir a ordem já prevista no Código Penal. Além disso, nos crimes relacionados no artigo 95, da Lei 8212/91, não havia previsão alguma de sanção, com exceção das alíneas *d*, *e*, e *f*; que tinham a pena prevista na Lei 7492/86, em seu artigo 5º (dois a seis anos de reclusão e multa), a única forma de puni-los era com fundamento na Lei 8137/90, o que a tornava uma norma penal incompleta, com o advento da nova lei, cada tipo penal ganhou sua sanção própria.

Os três primeiros tipos penais assemelhavam-se às hipóteses de sonegação fiscal (Lei 4.792/65). As previsões das alíneas *d*, *e* e *f* passaram a ser conhecidas como apropriação indébita previdenciária, e as demais cuidavam de tipos diversos de falsidade, sendo que a da alínea *j* correspondia ao estelionato praticado contra a seguridade social.

2 APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Encontra-se prevista no artigo 168-A, do Código Penal. Os tipos desse delito referem-se somente a contribuições destinadas à Seguridade Social, arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social e destinada a custear a prestação da previdência social e da seguridade social. Com a revogação dos tipos previstos no art. 95, da Lei 8.212/91, condutas delituosas assemelhadas relativas às contribuições para a seguridade social cobradas pela Receita Federal voltam a ser tipificadas na Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, uma vez que não atingiriam a arrecadação da previdência social especificamente.

É crime caracterizado como formal, pois o resultado não é necessário para a sua caracterização, sendo, ainda, omissivo próprio, pois prevê uma omissão por parte do agente e, por isso, não admite tentativa. A consumação ocorre no momento em que deveria ter havido o recolhimento das contribuições, independentemente de qualquer resultado naturalístico.

O sujeito passivo é o Estado, na figura da Previdência Social Pública. O sujeito ativo do delito é a pessoa física que pratica o fato descrito no tipo penal. Lembrando que, excepcionalmente, se admite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, no caso dos crimes ambientais, tratados pelo §3º do artigo 225, da Constituição Federal. Sendo a responsabilidade penal, portanto, restrita a pessoas físicas. Somente quem tiver contribuído para o crime, na medida de sua responsabilidade, responderá por ele.

A pena cominada é de reclusão, de dois a cinco anos, e multa. A pena corporal máxima foi reduzida para cinco anos (a legislação anterior cominava seis anos), norma

aplicável aos fatos ocorridos anteriormente à entrada em vigor da lei por se tratar de alteração mais benéfica para o agente (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal).

A previsão legal deste delito busca punir o não recolhimento de contribuições sociais descontadas dos contribuintes, sendo que o bem jurídico protegido de forma imediata é o patrimônio da seguridade social e de forma mediata, o próprio valor constitucional de solidariedade, materializado na contribuição de todos para os gastos públicos.

O §1º do artigo descreve condutas sujeitas à mesma pena e equiparadas à apropriação indébita. No inciso I, insere-se a conduta, por exemplo, de uma instituição financeira, que, na qualidade de agente arrecadador, haja recebido recursos do público destinados à Previdência, e tenha deixado de repassá-los. Em relação ao inciso II, registre-se a dificuldade e mesmo a impossibilidade de vir a se configurar a previsão legal, uma vez que o STJ pacificou seu entendimento no sentido de que os tributos referidos não são tributos indiretos, sujeitos ao fenômeno da repercussão ou transferência para o consumidor final. Por fim, quanto ao inciso III, tem-se a hipótese de a empresa haver se beneficiado com o reembolso de benefícios, como salário-maternidade e, não obstante, tenha deixado de pagar o valor respectivo ao segurado.

Embora não seja pacífico na doutrina, pode-se dizer que este crime dispensa o dolo específico, ou, no caso, o *animus rem sibi habendi*, isto é, ter a coisa apropriada para si mesmo. Basta a consciente e livre vontade do agente em reter os valores devidos à previdência social, independente de um fim específico, ou seja, o dolo genérico. Daí por que, demonstrada a inexigibilidade de conduta diversa, como na hipótese de graves dificuldades financeiras, e, ao mesmo tempo, a boa-fé do contribuinte, que declarou contabilmente as contribuições devidas, atualmente por meio de GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social), têm a doutrina e a jurisprudência reconhecido a existência de uma causa extralegal de exclusão de culpabilidade.

Não existem modalidades culposas. A ação é pública incondicionada, devendo ser proposta pelo Ministério Público Federal, permitindo-se assistência do INSS.

Vale destacar que a comprovação da ausência de desconto exclui o crime. Como se sabe, há presunção absoluta da retenção de tais valores, conforme prevê o §

5º do artigo 33, da Lei 8.212/91 e, por isso, serão cobrados do sujeito passivo, mas sem a caracterização do ilícito penal.

A denúncia pode ser oferecida com base em procedimento administrativo, encaminhado pelo setor competente, atualmente, da Secretaria da Receita Federal do Brasil. É desnecessária, portanto, a instauração do prévio inquérito policial, devendo o órgão acusador atentar para a necessidade de individualizar com o máximo rigor possível a conduta de cada agente, sob pena de ensejar a inépcia da inicial. Fundando-se a denúncia em procedimento administrativo, no caso a representação encaminhada pelo Auditor Fiscal, vem entendendo a jurisprudência³ que não é necessária a realização de perícia contábil.

a) *Abolitio Criminis*

De pronto, surge a indagação de se teria ocorrido *abolitio criminis*, em razão da revogação do art. 95 do PCSS (Lei de Plano de Custeio da Seguridade Social), em especial, da alínea *d*, ou seja, se estariam todos os agentes que praticam tal crime, à época, livres de qualquer sanção penal. Sabe-se que a revogação de crime, em regra, provoca a *abolitio criminis*, inclusive gerando a liberdade de todos os condenados pelo delito que deixou de existir, salvo se lei temporária, conforme prevê o artigo 3º do Código Penal. Tal providência é consectário natural da extinção da reprovabilidade da conduta do agente, que passa a ser socialmente aceitável ou pelo menos não tão gravosa.

Este não é o caso do crime em estudo. Na verdade, o que ocorreu foi uma alteração meramente tópica, com a inclusão deste ilícito no corpo do Código Penal, sem grandes alterações na tipificação. A ilicitude da conduta continua sendo reprimida pela lei penal. Evidentemente, novas condutas incluídas no tipo ora descrito somente serão aplicáveis a fatos posteriores à vigência da nova lei, o que ocorreu em 15/10/00.

b) Extinção de Punibilidade

³ STJ HC 44647/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma. 27/11/06.

O § 2º do artigo 168-A do CP prevê extinção de punibilidade. A extinção da punibilidade, na época da vigência da Lei 9983/00, condicionava-se à promoção do pagamento do tributo (que a doutrina e jurisprudência majoritária interpretaram finalmente como necessidade de efetivo pagamento e não apenas como parcelamento do débito) até o recebimento da denúncia. A norma atual, (art. 168-A, do CP) é bem mais rigorosa, vedada a sua aplicação retroativa a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência, exige a declaração, confissão, pagamento e prestação de informações à previdência de acordo com a legislação previdenciária antes que o procedimento fiscal tenha início. O termo “antes do início da ação fiscal” possibilitaria até três interpretações: a) antes da lavratura do termo de início da ação fiscal – TIAF, documento que formaliza a visita do auditor fiscal da previdência social – AFPS à empresa; b) antes da Notificação Fiscal do Lançamento do Débito – NFLD; ou c) antes do início da ação judiciária fiscal, a execução fiscal.

Segundo o doutrinador Marcelo Leonardo Tavares, *in verbis*:

A última hipótese deve ser logo descartada, pois a legislação tributária penal, quando deseja referir-se à propositura da ação judicial executiva, utiliza o termo execução fiscal (art. 98, da Lei nº. 8.212/91 e a própria Lei nº. 9.983/00). Contudo, não me parece que a locução verbal deva ser interpretada de forma a vincular a extinção da punibilidade à lavratura do TIAF, pois o documento serve apenas para marcar formal e publicamente o início da visita do auditor fiscal à empresa, requisitando documentos e outros elementos para apreciação de contas. Mas não é com ele que se inicia a ação administrativa fiscal; o TIAF inicia a atividade do fiscal, mas não a ação fiscal de cobrança administrativa. A cobrança de cunho administrativo tem início com a ciência do contribuinte da notificação fiscal de lançamento do débito – NFLD, ou documento similar, a partir de quando se marca prazo para oferecimento de defesa do débito. Até então, há tempo para a confissão da dívida de forma espontânea, uma vez que o débito não foi formalizado; o lançamento, antes da ciência da notificação fiscal, ainda será considerado por homologação e não lançamento de ofício. Sendo assim, caberá a extinção da punibilidade caso haja pagamento até a ciência da notificação do débito pelo devedor⁴.

Entende-se ser a melhor aplicação, pois a intenção da Lei foi de reduzir o prazo para confissão e pagamento, e se fosse antes da lavratura do termo de início da ação fiscal – TIAF (documento que formaliza a visita do auditor fiscal da previdência social – AFPS à empresa), seria cedo demais para o agente declarar, confessar, pagar ou prestar informações. No entanto, se fosse antes do início da ação judiciária fiscal, a

⁴ TAVARES, Marcelo Leonardo, *op. cit.* p. 352.

execução fiscal, seria tarde de mais, pois o agente tentaria se defender e não pagar o débito, esperaria até o momento da execução, e neste, sabendo que não teria mais o que fazer, jogaria pela extinção de sua punibilidade. O ideal é que agente declare, confesse, pague ou preste informações até antes da Notificação Fiscal do Lançamento do Débito – NFLD, que é quando se inicia o prazo para defesa.

c) Possibilidade de Parcelamento do Débito

No que se refere à possibilidade de parcelamento do débito previdenciário, vale lembrar que a regra é que é vedado o parcelamento de contribuições descontadas de segurados e daquelas oriundas de sub-rogação, conforme previsão do § 1º do artigo 38 da Lei 8.212/91. Entretanto, o art. 9º da Lei 10.684/03 determina a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos no art. 198-A do CP, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento, e também da prescrição do delito, na hipótese de o contribuinte celebrar ditos acordos para pagamento parcelado. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva, e extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. O parcelamento, nos termos do artigo 151 do CTN, não extingue o crédito tributário, mas somente o suspende. No entanto, alguns julgados vêm acolhendo a realização de parcelamento como sucedâneo do pagamento, para o fim de reconhecer a extinção da punibilidade.

Ante essa controvérsia, vale trazer a colação dos seguintes julgados:

Habeas Corpus. Apropriação Indébita Previdenciária. Parcelamento antes do Recebimento da Denúncia. Descumprimento. Rescisão do Acordo. Extinção da Punibilidade. Ordem Concedida. 1. O parcelamento do crédito tributário antes da data de recebimento da denúncia extingue a punibilidade, por força do disposto no art. 34, da Lei 9.249/95. 2. A adesão ao parcelamento, nos moldes do artigo 34 da Lei n.º 9249/95 extingue a punibilidade da conduta, sem ressalvas ao adimplemento integral do débito. Eventual saldo remanescente deve ser objeto de ação executiva própria. 3. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade, determinando-se o

trancamento da ação penal n.º 980035944-3 em trâmite na Vara Federal de Resende (RJ)⁵.

Processual Penal. Habeas Corpus. Apropriação Indébita Previdenciária. Inépcia da Denúncia Não Caracterizada. Impossibilidade de Extinção da Punibilidade Pelo Parcelamento. Exclusão da Empresa do Programa de Recuperação Fiscal. Devolução da Pretensão Punitiva. Ordem Denegada. 1. O tipo penal inscrito no art. 168-A do Código Penal constitui crime omissivo próprio, que se consuma apenas com a transgressão da norma – deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes no prazo e forma legal ou convencional –, independentemente da vontade livre e consciente do agente de apropriar-se do respectivo numerário. 2. Não prospera a alegação de inépcia da denúncia, tendo em vista que a peça acusatória, embora sucinta, é clara, específica e objetiva, permitindo ao paciente compreender, perfeitamente, a imputação que lhe é feita, ou seja, como responsável pela gerência e administração de empresa efetuou o desconto da contribuição previdenciária dos empregados no período especificado e não recolheu o respectivo numerário ao cofres da Autarquia Previdenciária. 3. O eventual parcelamento do débito previdenciário não extingue a punibilidade, que depende da total satisfação da obrigação assumida, que só ocorre após o pagamento da última parcela acordada (Lei 10.684/2003, art. 9, §§ 1º e 2º). 4. A exclusão da empresa do Programa de Recuperação Fiscal devolve ao Estado a pretensão punitiva. 5. Ordem denegada⁶.

d) Suspensão da Ação Penal

Tema controvertido diz respeito à necessidade ou não de se aguardar o fim do processo administrativo instaurado para se determinar a existência e o montante da contribuição devida, como fator que suspende o curso da ação penal. O STJ, acompanhando posicionamento do STF acerca do tema, vem se posicionando no sentido de que, restando devidamente comprovada a pendência na esfera administrativa de discussão a respeito do *quantum debeat* é de se determinar o trancamento da ação penal, ficando, assim, suspenso o prazo prescricional. Segundo esse entendimento, o fim do processo administrativo é condição objetiva de punibilidade, pois o início da persecução penal somente pode ocorrer após a definição, na esfera administrativa, do valor devido, e a constituição definitiva do crédito.

Nesse sentido, traz-se a colação dos seguintes julgados do STJ:

Processual Penal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Art. 168-A do Código Penal. Trancamento da Ação Penal. Discussão a Respeito do Quantum Debeat na Esfera Administrativa. Condição Objetiva de Punibilidade. Na linha de precedentes desta Corte seguindo orientação do Pretório Excelso, restando devidamente comprovado nos autos a pendência na esfera administrativa de discussão a respeito

⁵ STJ HC 42674/RJ, Rel. Min. Hélio Guaglia Barbosa, 6ª Turma. 27/03/2006.

⁶ STJ HC 39672/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma. 10/04/2006.

do quantum debeatur é de se determinar o trancamento da ação penal, ficando, no entanto, suspenso o prazo prescricional. Recurso provido⁷.

Criminal. HC. Apropriação Indébita Previdenciária. Trancamento da Ação Penal. Pendência de Processo Administrativo. Discussão Sobre o Quantum Debeatur Devidamente Comprovada. Ordem Concedida. I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de processo administrativo em que se discute o montante cobrado pela Autoridade Fiscal. II. Devidamente comprovada por elementos constantes dos presentes autos a discussão sobre o quantum debeatur, a situação dos pacientes encontra guarida na nova orientação jurisprudencial da Suprema Corte, no sentido de que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa tão-somente quando se discute a existência do débito ou o quanto é devido. III. Deve ser determinado o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes, suspendendo-se o prazo prescricional, até o julgamento final do processo administrativo. IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator⁸.

Entende-se, inclusive, ser necessário o trancamento da ação penal, em razão do valor que poderá ser definido na esfera administrativa, o qual poderá ensejar em extinção da punibilidade pelo princípio da insignificância.

e) Perdão Judicial

No que diz respeito às hipóteses de perdão judicial trazidas pelo § 3º, exige-se que o agente seja primário (não-reincidente); de bons antecedentes; tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou o valor da contribuição devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. Dentre as quatro condições, exige-se a presença de três para a aplicação do instituto, sendo as duas primeiras obrigatórias e as duas últimas alternativas.

No primeiro caso, deverá o agente, após o início da ação fiscal, mas antes de oferecida a denúncia, pagar a contribuição devida. No segundo caso, há a previsão de que o valor das contribuições devidas seja igual ou inferior ao mínimo previsto administrativamente para ajuizamento de execução fiscal. Tal valor é administrativamente de 10.000,00 (dez mil reais), por força da portaria MPS 296, de 8

⁷ STJ RHC 19276/SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma. 14/08/2006.

⁸ STJ HC 40515/MT, Tel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma. 16/05/2005.

de agosto de 2007, publicado no DOU de 09/08/2007. Referida norma alterou o artigo 4º da Portaria MPAS 4943/99, autorizando o “não ajuizamento das execuções fiscais de dívida ativa do INSS de valor até 10.000,00 (dez mil reais), considerada por devedor, exceto quando, em face da mesma pessoa, existirem outras dívidas que, somadas, superem esse montante”. No caso de reunião de processos contra o mesmo devedor, na forma do artigo 28, da Lei 6830/80, para os fins de que trata o limite indicado no *caput* do artigo 4º da Portaria MPAS 4943/99, será considerada a soma dos débitos consolidados das inscrições reunidas. Assim, não se aplica a previsão de não ajuizamento na hipótese de o crédito ser originário de crime.

Essa previsão não se confunde com o reconhecimento da necessidade de aplicação do princípio da insignificância, para afastar a repressão penal em hipóteses em que não há efetiva lesão ao bem jurídico protegido e, portanto, tipicidade, em virtude do caráter irrisório dos valores não recolhidos. Quanto a isto, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo que o limite a ser considerado é de apenas R\$ 1.000,00 (mil reais), previsto pela Lei 9441/97 como valor total por devedor, inscrito em dívida ativa até 30/11/96, que enseja a extinção do crédito respectivo. Nesse sentido:

Criminal. HC. Apropriação Indébita Previdenciária. Princípio da Insignificância. Inaplicabilidade. Artigo 20, Caput, Da Lei 10.522/2002. Patamar Estabelecido para o Não Ajuizamento da Ação de Execução ou Arquivamento Sem Baixa na Distribuição Ultrapassado. Art. 18, § 1º, Da Lei 10.522/2002. Extinção do Crédito Não Configurada. Ordem Denegada. I. O entendimento desta Corte vem se firmando no sentido de que o princípio da insignificância deve se aplicado com parcimônia, restringindo-se apenas as condutas sem tipicidade penal, desinteressantes ao ordenamento positivo. II. Nas hipóteses de apropriação indébita de contribuições previdenciárias se adota o valor estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos (art. 1º, I, da Lei 9.441/97). III. O caput do art. 20 da Lei 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, e não à extinção do crédito, razão pela qual não se pode se invocado como forma de aplicação do princípio da insignificância. IV. Se o valor do tributo devido ultrapassa o montante previsto no art. 18, § 1º da Lei 10.522/2002, que dispõe acerca da extinção do crédito fiscal, afasta-se a aplicação do princípio da insignificância. V. Ordem denegada⁹.

Por fim, o argumento de insuficiência financeira utilizado usualmente pelos empresários, em regra, não merece amparo pelo Judiciário através do acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa. A crise financeira não autoriza a empresa a

⁹ STJ HC 73534/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma. 18/06/2007.

permanecer com valores de contribuição que não saem de seus cofres. Porém, no ordenamento jurídico não há norma penal criminalizando a mera inadimplência tributária. Se a empresa passa por dificuldades e decide deixar de pagar tributos devidos por ela, basta que escrete corretamente a ocorrência dos fatos geradores e não haverá sanção penal, apenas cobrança dos débitos através das vias cíveis. Não encontrará, contudo, excludente de culpabilidade, com abrigo na legislação criminal, para permanecer com valores retidos de outros contribuintes.

3 SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Da mesma forma que a apropriação indébita previdenciária, a sonegação também foi inserida no corpo do Código Penal, no artigo 337-A.

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

As condutas desse delito são omissivas. A figura típica básica é suprimir ou reduzir contribuição previdenciária, mediante uma das condutas descritas, que envolvem algum tipo de fraude. Na supressão, deixa-se de recolher completamente, na redução, há recolhimento parcial do tributo.

Para que haja supressão ou redução é necessário que exista contribuição devida definitivamente constituída. Daí porque se aplica o entendimento do STF, dito no item anterior, no sentido de que é necessário aguardar o final do processo administrativo de constituição do crédito para se propor a ação penal.

A doutrina majoritária entende que as contribuições sociais previdenciárias possuem a natureza de tributo, amoldando-se ao conceito previsto no art. 3º do CTN.

O dolo deve ser caracterizado, no sentido de, conscientemente, buscar fugir a um dever legal mediante condutas fraudulentas, no caso de caráter omissivo, sob pena de exclusão da antijuridicidade, existindo mero ilícito administrativo. O sujeito ativo deve ser o responsável pelo recolhimento do tributo que, de forma livre e consciente, se omite quanto ao cumprimento dos seus deveres.

a) Extinção Punibilidade

Em princípio, seria possível a exclusão da punibilidade pelo pagamento, ainda que posterior ao início da ação fiscal, desde que se entenda aplicável ao caso o artigo 34, da Lei nº. 9.249/95, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e outras providências, o qual dispõe:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Mesmo não existindo menção expressa aos tipos da Lei nº. 9.983/00, até porque posteriores, é defensável a aplicação da analogia *in bonam partem* ao caso. Desse modo, o pagamento antes da denúncia também excluiria a punibilidade.

Ressalte-se, porém, haver divergência jurisprudencial a respeito, com diversos entendimentos, em especial, do STJ, no sentido da exclusão da punibilidade, ainda que decorrente de parcelamento tardio, porém, anterior à denúncia, *in verbis*:

Processo Penal. Recurso Especial. Apropriação de Contribuições Previdenciárias. Parcelamento do Débito. Extinção da Punibilidade. LEI Nº 9.249/95, ART. 34.
1. Pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça a compreensão segundo a qual, nos crimes contra a ordem tributária, o parcelamento antecedente à denúncia extingue a punibilidade. 2. Precedentes. 3. Recurso especial conhecido, mas improvido¹⁰.

Penal. Débito Tributário. Parcelamento Anterior ao Recebimento da Denúncia. Extinção de Punibilidade. "Habeas Corpus". Recurso. 1- O acordo de parcelamento do débito tributário, efetivado antes do recebimento da denúncia, não enseja, por si só, a extinção de punibilidade prevista na Lei 9249/95, art. 34. Ressalva da posição vencida do Relator. 2- Recurso em "Habeas Corpus" conhecido, mas não provido¹¹.

O § 1º do artigo 337-A prevê hipótese de extinção da punibilidade independentemente de qualquer pagamento: basta ao agente prestar informações, declarar e confessar espontaneamente as importâncias devidas antes do início da ação fiscal.

¹⁰ STJ RESP 249812/SP (RE 2000/0019859-5), DJ 18/02/2002, p. 525, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª Turma.

¹¹ STJ RHC 11809/PR (ROHC 2000/0018436-5), DJ 25/02/2002, p. 00401, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma.

b) Perdão Judicial

O § 2º do dispositivo em comento disciplina o perdão judicial na hipótese de, sendo o réu primário e de bons antecedentes, o valor das contribuições devidas, inclusive, acessórias, for igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para ajuizamento de suas execuções fiscais. Tal valor, é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Os três requisitos devem ocorrer de forma conjunta e não alternativa.

Se ocorrer de o empregador “bagatelar”, ou seja, cuja folha não ultrapasse o equivalente a, na época da edição da Lei 9983/00, R\$ 1.510,00 (mil quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar somente a de multa. O valor considerado é reajustado sempre que se reajustam os benefícios da Previdência Social.

4 FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO

Esse crime já era tipificado no Código Penal, no artigo 297, recebendo o acréscimo dos §§ 3º e 4º com a edição da Lei 9983/00.

A conduta prevista no § 4º é a única que é omissiva. O bem juridicamente tutelado é a fé pública, que decorre do valor probante dos documentos públicos. É punida a título de dolo.

Ultimamente, em especial por causa da GFIP, a previdência social tem dado muita importância à documentação elaborada pela empresa, de modo a desobrigar o segurado do ônus da prova de sua condição de segurado, assumindo o INSS como verdadeiros os dados apresentados pelos empregadores, situação esta que traz celeridade à concessão dos benefícios, porém, que abre portas para a elaboração de fraudes, como declaração de falso vínculo, gerando direitos inexistentes.

Vale ressaltar, ainda, que a falsificação grosseira, de acordo com a posição majoritária da doutrina, afasta a configuração do delito de falsidade de documento público, tendo em vista a sua incapacidade para iludir um número determinado de

pessoas. No entanto, o agente poderá, por exemplo, ser responsabilizado penalmente pelo delito de estelionato, mesmo que para a obtenção da vantagem ilícita tenha se valido de um documento grosseiramente falsificado.

Segundo Rogério Greco¹², o legislador não agiu corretamente ao acrescentar os §§ 3º e 4º ao art. 297 do CP. Isso porque, antes da mencionada alteração, o delito de falsificação de documento público somente previa a falsidade de natureza material e com os novos parágrafos, o tipo penal foi transformado em uma figura híbrida, pois prevê a falsidade ideológica.

Nesse sentido, para Cezar Roberto Bitencourt, “Chega a ser constrangedora a equivocada inclusão no artigo 297 (que trata de falsidade material) de condutas que identificam *falsidade ideológica*, quando deveriam ter sido introduzidas no art. 299, com a cominação de pena que lhes parecesse adequada. A *falsidade material*, com efeito, altera o aspecto formal do documento, construindo um novo ou alterando o verdadeiro; a *falsidade ideológica*, por sua vez, altera o conteúdo do documento, total ou parcialmente, mantendo inalterado seu aspecto formal”¹³.

Dessa forma, pode-se dizer que na falsidade ideológica, como a própria denominação sugere, a *idéia* constante do documento é falsa, sendo este, no entanto, formalmente verdadeiro. Já na falsidade material, a exemplo do que ocorre com o art. 297, o próprio documento é que é forjado, total ou parcialmente pelo agente.

Por fim, tratando-se de delito plurissubsistente (composto de vários atos), admite-se a tentativa.

a) Falsificação como Crime de Meio

Na hipótese de a falsificação ser um meio para outro crime, como, por exemplo, no caso de se pretender obter pagamento indevido de um benefício declarando em GFIP que alguém que não é segurado prestou serviço à empresa, merece ser considerada a aplicação do chamado princípio da consumação. Isto é, a absorção do crime de meio pelo crime fim, que no caso seria o de estelionato. Quanto

¹² GRECO, Rogério, volume IV, *op. cit.*, p. 237.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto, *apud*, GRECO, Rogério, volume IV, *op. cit.* p. 273.

a isso há duas posições, a de que deve fazer concurso formal, nos termos do artigo 70 do Código Penal, evitando-se a soma das penas (concurso material), não havendo a absorção do falso pelo estelionato (posição do STF¹⁴); e a de que quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, conforme súmula 17 do STJ¹⁵.

Entende-se que nesta hipótese merece ser aplicada a regra relativa ao antefato impunível, ou seja, o crime-meio (falsificação de documento público) deverá ser absorvido pelo crime-fim (uso de documento público falso).

Segundo citação de Eduardo Rocha Dias e José Leandro Macêdo de Monteiro, há uma terceira posição, lembrada por José Paulo de Baltazar Junior¹⁶, que se orienta no sentido de que o estelionato absorve o crime de falsidade de documento particular, mas não o de documento público, que tem pena mais grave. Assim, nos casos previstos pelos §§ 3º e 4º do art. 297, deveria haver a aplicação da pena cominada para o falso.

5 INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES

Devido ao avanço tecnológico e à dependência cada vez maior da sociedade em relação aos mecanismos informatizados, os delitos relacionados ao ramo da informática tem recebido cada vez mais atenção do legislador. A edição da Lei 9983/00 acrescentou o artigo 313-A ao Código Penal.

Trata-se de crime próprio, pois somente funcionário público autorizado para inclusão de dados no sistema pode praticar; e formal, pois não carece de resultado para sua consumação, embora o dolo seja específico.

Os núcleos *inserir, facilitar a inserção, alterar e excluir* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo,

¹⁴ STF RHC 83990/MG, Rel. Min. Eros Grau. 10/08/2004.

¹⁵ Súmula 17 do STJ: Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

¹⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo de, *apud* DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de, *op. cit.* p. 619.

nada fazer para impedir a pratica do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do CP¹⁷.

Nesta figura, mantêm-se a integridade do sistema de dados, mas nele se inserem dados falsos, ou se alteram ou excluem dados verdadeiros. Somente pode ser praticado pelo funcionário público autorizado para operar o sistema, não se aplicando a previsão ampla de funcionário público do artigo 327 do Código Penal.

Quando a lei menciona não somente a efetiva inserção, como também a facilitação, a regra pode abranger outras pessoas com participação indireta, como servidor que empresta senha ou terminal para a realização da fraude.

Tanto este crime como o de modificação ou alteração não-autorizada de sistema de informações têm sido denominados de “peculato eletrônico”, embora não guardem similaridades com o crime de peculato. Em ambos os tipos, busca-se proteger a integridade dos dados e dos sistemas de dados da Administração.

Quanto à distinção entre *banco de dados* e *sistema informatizado*, segundo o nobre doutrinador Guilherme de Souza Nucci, “(...) a diferença existente entre o sistema informatizado e o banco de dados é que o primeiro sempre se relaciona aos computadores, enquanto o segundo pode ter, como base, arquivos, fichas e papéis não relacionados à informática”¹⁸.

Por fim, tratando-se de crime plurissubsistente (composto de vários atos), torna-se possível a tentativa.

6 MODIFICAÇÃO OU ALTERAÇÃO NÃO-AUTORIZADA DE SISTEMA DE INFORMAÇÕES

¹⁷ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza, *apud* GRECO, Rogério, volume IV, *op. cit.* p. 380.

Esse tipo penal decorre da mesma linha do crime de inserção de dados falsos em sistema de informações, porém é mais abrangente. Encontra-se previsto no artigo 313-B do Código Penal.

Essa nova conduta, conhecida por alguns como *data dilling*, é do tipo próprio, já que é só pode ser praticado por funcionário público; formal, porque dispensa qualquer resultado para a sua consumação; e comissivo, pois é realizado por meio de uma ação. Nessa linha, o resultado da conduta do agente somente mostra-se relevante para a aplicação da qualificadora do parágrafo único, se houver efetivo prejuízo para o Estado ou o beneficiário.

Nesse delito, protegem-se não os dados, mas o sistema de informações ou o programa de informática. O sujeito ativo é o funcionário, autorizado ou não a operar o sistema. Não se exige a ocorrência de dano para se configurar o delito, bastando a mera alteração ou modificação do sistema ou do programa. Caso aquele sobrevenha, será caso de aumento de pena, nos termos do parágrafo único.

A diferença básica entre este tipo penal e o anterior é a ausência de dolo específico, já que a mera modificação ou alteração dolosa, com qualquer fim, caracteriza o ilícito penal. O agente, no caso concreto, deve saber que modifica ou altera sistema de informação ou programa de informática sem a necessária autorização ou solicitação da autoridade competente, pois, caso contrário, se tiver um conhecimento equivocado dessa situação, poderá ser alegado o erro de tipo, excluindo-se o dolo e, conseqüentemente, a própria infração penal, como no caso daquele que, por exemplo, levou a efeito a modificação de um sistema de informações acreditando que tal fato tinha sido determinado pela autoridade competente.

As condutas previstas pelo tipo penal em estudo devem ser praticadas por funcionário público, tratando-se, pois, de crime próprio. Ao contrário do que ocorre com o tipo penal constante do artigo 313-A, que exigia uma qualificação especial do funcionário público (que deve ser aquele autorizado a fazer a inserção dos dados), basta, aqui, a qualidade de funcionário público, não exigindo a qualificação especial.

Tratando-se de crime plurissubsistente, é possível a tentativa. A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

7 ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO

O crime de estelionato contra a previdência social foi o único a não ser alterado pela Lei nº. 9983/00 e continua previsto no § 3º do artigo 171, do Código Penal.

É comum a sua prática em detrimento da Previdência Social, como o uso de documento falso para se obter um benefício ou a simulação de uma deficiência inexistente. Aplica-se a causa do aumento de pena de que trata o § 3º do artigo 171 do Código Penal, conforme reconhecido pela Súmula 24 do STJ¹⁹. Ou seja, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público, a pena aumenta-se de um terço.

É um crime comum, ou seja, que pode ser praticado por qualquer pessoa. Exige-se o resultado, que é duplo: obtenção da vantagem indevida e prejuízo para a vítima.

Entende-se que a fraude grosseira, perceptível à primeira vista como incapaz de enganar qualquer pessoa de inteligência normal, se amolda ao raciocínio correspondente ao crime impossível. O meio utilizado, portanto, para que se possa levar a efeito o raciocínio correspondente ao crime impossível, deve ser absolutamente incapaz de induzir ou manter a vítima em erro, pois, se for relativa essa possibilidade, poderemos concluir pela tentativa.

a) Estelionato: Crime Permanente, Continuado ou Instantâneo?

Há grande divergência sobre se esse crime seria permanente, continuado ou instantâneo. Segundo Fábio Zambitte Ibrahim, “O melhor entendimento caminha no sentido do caráter instantâneo do crime. Obtida a vantagem ilícita mediante a insídia, mesmo que venha a ser paga em várias parcelas, como uma aposentadoria, já estará configurando plenamente o crime, desde o primeiro pagamento. Os demais recebimentos, a partir do artil originário, são mero *exaurimento* do crime, não

¹⁹ Súmula 24 do STJ: Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3º do Art. 171 do Código Penal.

alterando sua natureza. Por isso, o prazo de prescrição deste delito tem seu início com o recebimento da primeira parcela (art. 111,I,CP)”²⁰.

Em entendimento semelhante e contrário a este, traz-se a colação dos seguintes julgados, *in verbis*:

Prescrição - Aposentadoria - Fraude Perpetrada - Crime Instantâneo de Resultados Permanentes Versus Crime Permanente - Dados Falsos. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmutando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos - artigo 111, inciso III, do Código Penal. Precedentes: Habeas Corpus nº s 75.053-2/SP, 79.744-0/SP e 84.998-9/RS e Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 83.446-9/RS, por mim relatados perante a Segunda Turma - os dois primeiros - e a Primeira Turma - os dois últimos -, cujos acórdãos foram publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002, 16 de setembro de 2005 e 28 de novembro de 2003, respectivamente²¹.

Habeas Corpus. 2. Estelionato. Fraude na percepção de benefício previdenciário. 3. Crime permanente. Contagem de lapso prescricional a partir da cessação da permanência. 4. Prescrição retroativa não configurada. 5. Habeas corpus indeferido²².

O estelionato praticado mediante guias falsas de recolhimento à previdência social somente será julgado na Justiça Federal se houver configurada lesão ao INSS. Caso a falsificação seja feita com outro objetivo, prejudicando somente terceiros, a competência será da Justiça Comum Estadual, conforme súmula 107 do STJ²³.

8 OUTRAS MODIFICAÇÕES DA LEI 9983/00

a) Divulgação de Segredo

A Lei 9983/00 alterou o artigo 153, do Código Penal. Acrescentou-se um § 1º-A, que puna a divulgação, sem justa causa, de informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou bando de

²⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte, *op. cit.* p. 419.

²¹ STF HC 86467/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. 23/04/2007.

²² STF HC 83252/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma. 28/10/2003.

²³ Súmula 107 do STJ - Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia federal.

dados da Administração Pública. O § 2º do mencionado artigo 153 prevê que, quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação será incondicionada.

b) Violação de Sigilo Funcional

A Lei 9983/00 alterou, ainda, o artigo 325, do Código Penal. Introduziu-se um § 1º, que pune da mesma forma que na violação de sigilo funcional quem permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou bando de dados da Administração Pública e quem se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. Nesse caso, se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem, a pena será maior, de reclusão de dois a seis anos e multa.

c) Conceito de Funcionário Público

Finalmente, a Lei alterou o artigo 327 do Código Penal, que trata do conceito de funcionário público para fins criminais.

Verifica-se que se ampliou a figura do funcionário por equiparação, o qual passou a ser quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica da Administração Pública. No caso, a Lei passou a incluir em sua previsão pessoas físicas vinculadas a empresas privadas ou particulares que, por contrato ou convênio, se obrigam a prestar serviços públicos, como é o caso de médicos e administradores de hospitais privados que participam do Sistema Único de Saúde (SUS). Se a pessoa física que mantém vinculação contratual com a Administração realiza atividade que não é típica do Poder Público, não será considerada funcionário por equiparação.

CONCLUSÃO

O que se observa com a evolução legislativa a respeito dos crimes previdenciários é a preocupação do Estado na especificação do tratamento normativo

dos delitos, a par da existência de outras normas penais relativas a condutas idênticas perpetradas em face de outros sujeitos passivos e o agravamento das condições impostas para a declaração da extinção de punibilidade pelo pagamento da contribuição previdenciária ou regularização da escrituração contábil, em relação aos crimes fiscais semelhantes referentes às demais espécies tributárias.

A Lei 9.983/00 revogou as demais leis que tratavam dos crimes previdenciários, a fim de reescrevê-los de uma forma mais dinâmica, simples e coerente, inclusive incorporando-as ao corpo do Código Penal. Acredita-se ser essa técnica uma opção de política do legislador, objetivando dar maior visibilidade aos crimes praticados contra a Previdência Social, e, conferir um status mais elevado na escala da reprovabilidade da conduta, como se o sujeito ativo do delito fosse visto mais claramente como um criminoso.

Nota-se um erro grosseiro do legislador quanto ao tipo penal de falsificação de documento público, inserida erroneamente no dispositivo de falsidade documental/material, onde o que o agente altera é o aspecto formal do documento, quando deveria ser inserida no dispositivo do Código Penal constante de falsidade ideológica, onde o agente altera apenas o conteúdo do documento, o que ocorre na falsificação de documento público.

Constatou-se, por fim, diversas divergências jurisprudenciais e doutrinárias acerca da extinção da punibilidade do agente na apropriação indébita previdenciária e na sonegação de contribuição previdenciária. O que torna dificultoso sua aplicabilidade para os magistrados, porém, favorável aos advogados que podem escolher qual entendimento lhe demonstra mais vantagem. Por esse motivo, para o bem da Previdência Social, melhor seria que o STF se reunisse para decidir sobre o assunto e editar súmulas a respeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de, **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Método, 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte, **Curso de Direito Previdenciário**. 9^a. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

TAVARES, Marcelo Leonardo, **Direito Previdenciário**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, volume II, 5^a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, volume III, 5^a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, volume IV, 5^a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.