



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª Câmara de Coordenação e Revisão

VOTO Nº 7919/2013

PROCEDIMENTO MPF Nº 1.15.003.000255/2010-44

ORIGEM: PRM – CRATEÚS/TAUÁ/CE

PROCURADOR OFICIANTE: PATRÍCIO NOÉ DA FONSECA

RELATOR: CARLOS AUGUSTO DA SILVA CAZARRÉ

INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. POSSÍVEL CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (CP, ART. 168-A). REVISÃO DE ARQUIVAMENTO (LC Nº 75/93, ART. 62, IV). CRIME DE NATUREZA FORMAL. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA QUE NÃO REPERCUTE NO ÂMBITO PENAL. DESIGNAÇÃO DE OUTRO MEMBRO DO MPF PARA PROSSEGUIR NA PERSECUÇÃO PENAL.

1. Trata-se de Inquérito Civil Público instaurado para apurar possível crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) de responsabilidade de ex-gestor da Secretaria de Cultura, Turismo e Desporto de Crateús/CE.
2. O Procurador da República oficiante promoveu o arquivamento do feito por entender ter havido a extinção da punibilidade para o crime em tela em razão da decadência do crédito tributário respectivo, que se operou em 31/12/2008.
3. O crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) consuma-se com a simples omissão de recolhimento das contribuições descontadas e, por esse motivo, não exige constituição definitiva do crédito tributário para a sua consumação, bastando tão somente a existência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas para se deflagrar a respectiva ação penal.
4. Havendo a prescrição ou a decadência do crédito tributário, cabe ao devedor alegá-las no processo administrativo ou judicial de cobrança. Porém, no processo criminal que apura o suposto crime formal de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, tais institutos não extinguem a pretensão punitiva estatal (Precedentes do TRF3 e desta 2ª CCR).
5. Ademais, o art. 69 da Lei nº 11.941/2009 é enfático no sentido de que a extinção de punibilidade nos crimes tributários se dará apenas com o pagamento integral do débito, sem fazer referência a qualquer outra modalidade de extinção do crédito tributário prevista no art. 156 do CTN, nem mesmo à decadência.
6. Isso porque o pagamento integral do débito previsto no referido dispositivo corresponde à reparação do dano causado pela conduta ilícita do agente, circunstância que, por outro lado, não ocorre quando incide a decadência.
7. Não homologação do arquivamento e designação de outro Membro do MPF para prosseguir na persecução penal.

Trata-se de Inquérito Civil Público instaurado para apurar possível crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), em razão de

representação oriunda do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, acompanhada de cópia do Acórdão nº 1888/08-Pleno, que desaprovou as contas de gestão de Antônio Arquimedes Melo Marques, ex-gestor da Secretaria de Cultura, Turismo e Desporto de Crateús/CE, referentes ao exercício de 2003.

O Procurador da República oficiante promoveu o arquivamento do feito por entender que “quanto a eventual crime de apropriação indébita previdenciária, tipificado no art. 168-A do CPB, também é evidente a extinção da punibilidade, decorrente da decadência do respectivo crédito tributário, que se teria configurado em 31/12/2008”, acrescentando que “o princípio isonômico impõe a aplicação da *analogia in bonam partem*, para estender a eficácia extintiva da punibilidade a todas as causas extintivas do crédito tributário, a par do pagamento” (fls. 19/20).

Homologado o arquivamento no âmbito da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (fl. 27/27v.), os autos foram remetidos a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão para o exercício de sua atribuição revisional.

É o relatório.

O representante do Ministério Público Federal promoveu o arquivamento em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), por entender, em suma, que a decadência tributária impediria o prosseguimento da persecução penal.

A esse respeito, é certo que, conforme disposto no art. 156¹ do Código Tributário Nacional, a decadência figura, juntamente com o pagamento, como hipótese de extinção do crédito tributário.

O pagamento integral do débito tributário, por sua vez, de acordo com a legislação de regência, além de extinguir o crédito tributário, tem também o

¹ Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o **pagamento**;

(...)

V - a prescrição e a **decadência**;

condão de por fim à pretensão punitiva estatal nos crimes contra a ordem tributária, consoante disposto nos artigos 68 e 69 da Lei nº 11.941/2009, *in verbis*:

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

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

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

Note-se que referidos dispositivos em nenhum momento mencionam a decadência como causa de extinção da punibilidade para os crimes mencionados, restringindo-se ao pagamento integral, o que leva à conclusão de que legislador buscou, excepcionalmente, privilegiar a conduta daquele que, de certo modo, reparou o dano decorrente de sua conduta, por meio do pagamento do tributo devido e de seus consectários – correção monetária, juros e multas.

Com a decadência, porém, é certo que não ocorre a mesma coisa, uma vez que constitui tão somente uma forma de extinguir o direito do Fisco de efetuar o lançamento e, por conseguinte, cobrar os respectivos valores, mas, ao contrário do que ocorre com o pagamento integral do débito tributário, não gera a reparação do dano.

Não por outra razão, pois, é que a lei é enfática no sentido de que a extinção de punibilidade se dará apenas com o pagamento integral dos débitos tributários, sem fazer referência a qualquer outra modalidade de extinção do crédito tributário prevista no art. 156 do CTN, nem mesmo à decadência.

Nessa toada, não há que se fazer uma interpretação elastecida do art. 69 da Lei nº 11.941/2009 para fins de abarcar a decadência como hipótese de extinção da pretensão punitiva estatal, posto que, repise-se, a única possibilidade

prevista no dispositivo para extingui-la é o pagamento integral – medida excepcional de extinção de punibilidade no sistema legislativo criminal brasileiro.

Cuidando-se, ademais, de crime tributário formal, é de se ver ainda que não se exige sequer a instauração de um procedimento administrativo fiscal para a sua consumação, muito menos a constituição definitiva do crédito correspondente. Assim, o fato de a Receita Federal estar impossibilitada de constituir o crédito, em razão da decadência tributária, não possui nenhuma aptidão para repercutir na persecução penal dos crimes dessa natureza.

É o que acontece *in casu*, com o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), que, por ser de natureza formal, não exige para sua consumação o exaurimento do procedimento fiscal correspondente, bastando a existência de indícios mínimos de autoria e materialidade para se deflagrar a respectiva ação penal.

Corroboram tal entendimento os seguintes precedentes do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. REQUISIÇÃO, POR PARTE DO PROCURADOR DA REPÚBLICA, DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO ACOLHIDO. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento do inquérito policial pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. Os pacientes são investigados por infração ao artigo 168-A do Código Penal, que não se trata de crime contra a ordem tributária. **Uma vez que basta a omissão para a consumação, é prescindível o esgotamento da via administrativa, por não se submeter a existência do crime, de natureza jurídica formal, à existência mesma do débito previdenciário constituído.** Ademais, os documentos das fls. 79/80 não são suficientes para demonstrar cabalmente a pendência de recurso administrativo contra o lançamento, porquanto deve ter havido andamento sem a devida atualização.

3. O fato de não ser devida a contribuição jamais permitiria ao responsável tributário conservar consigo as quantias descontadas: ou as deveria recolher ao INSS, ou devolvê-las ao contribuinte.

4. A decadência do direito de lançar e exigir os valores apropriados não implica a impossibilidade de persecução penal.

Com mais forte razão não impede a apuração da conduta, se seria apenas parcial a decadência que se alega.

4. O habeas corpus não constitui via adequada ao pronunciamento acerca da responsabilidade criminal dos pacientes quando a controvérsia envolver o exame aprofundado do conjunto probatório.

5. Ordem denegada.

(HC 201003000168522, DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA:19/08/2010 PÁGINA: 383.)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA E APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O crime de apropriação indébita previdenciária, por ser de natureza formal, não exige o prévio esgotamento da via administrativa como condição de procedibilidade, havendo, desse modo, total independência entre as esferas administrativa e penal.

2. O Supremo Tribunal Federal assentou que o esgotamento da via administrativa é condição de procedibilidade da ação penal nos crimes contra a ordem tributária, no qual o delito previsto no art. 337A do Código Penal se insere e que, enquanto pendente o procedimento administrativo, fica suspenso o curso do prazo prescricional.

3. A impugnação administrativa interposta foi julgada improcedente e desta decisão foi interposto recurso administrativo, o qual se encontra pendente de julgamento, não havendo, até o presente momento, a comprovação da exigibilidade e do valor do crédito tributário supostamente sonegado.

4. A Súmula Vinculante 8/2008 que declarou a Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991 e trata da prescrição e decadência para a Fazenda exigir créditos tributários, não repercute na ação penal. **Se a dívida está prescrita, cabe ao paciente alegar em seu recurso administrativo ou judicial que trata da cobrança destes valores, a aludida prescrição ou decadência e não na ação penal que trata do crime de se apropriar indevidamente dos valores descontados da folha de salários dos empregados e não repassados para a Previdência Social.**

5. Ordem parcialmente concedida para trancar o curso do Inquérito Policial no tocante à imputação relativa ao crime descrito no artigo 337-A do Código Penal, prosseguindo o feito quanto ao delito descrito no artigo 168-A daquele código.

(HC 201003000041376, JUIZA CONVOCADA RAQUEL PERRINI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DJF3 CJ1 DATA:11/02/2011 PÁGINA: 265.)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. FIGURA TÍPICA DESCRITA NO ARTIGO 337-A QUE PASSOU A SER PUNÍVEL EM 12 DE OUTUBRO DE 2000. SÚMULA VINCULANTE Nº 08 DO STF. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA EM RELAÇÃO AOS DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 168-A DO CP. DELITO FORMAL. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA SUMÁRIA DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Os fatos supostamente praticados pelos acusados ocorreram no período de 01/1999 a 07/2000, sendo que o delito do artigo 337-A foi introduzido no Código Penal pela Lei n.º 9.983, que entrou em vigor em 12 de outubro de 2000. Contudo, antes da vigência dessa norma, a conduta era tipificada pelo art. 1º da Lei n.º 8.137, não sendo impunível. Tampouco é o caso de se conceder parcialmente a ordem para modificar a tipificação da conduta, porquanto isso não é matéria afeta ao recebimento da denúncia, que narra adequadamente os fatos.

2. A consumação dos delitos previstos no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 e no artigo 337-A do Código Penal se dá com o término do procedimento administrativo, cuidando-se de crimes materiais, o que, no caso, ocorreu com a inscrição do débito da Dívida Ativa da União.

3. No tocante ao crime descrito no artigo 168-A, basta a omissão do recolhimento para sua consumação, sendo prescindível o esgotamento da via administrativa, por não se submeter a existência do crime, de natureza jurídica formal, à existência mesma do débito previdenciário constituído, ainda que venha a ser reconhecida a decadência do crédito previdenciário.

4. Evidenciados, em princípio, os elementos dos tipos penais narrados nos artigos 168-A, parágrafo 1º, inciso I, e 337-A, do Código Penal e no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, não cabem maiores incursões a respeito da tipicidade e autoria das condutas criminosas, que demandaria análise aprofundada do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

5. Ordem denegada.

(HC 200903000199887, DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA:19/11/2009 PÁGINA: 371.)

Esse entendimento foi também acolhido no âmbito desta 2ª CCR (Precedentes: Processo nº 1.14.004.000268/2011-21, Rel. Dr. Oswaldo José Barbosa Silva, 561ª Sessão, 22/6/2012; Processo nº 1.14.004.000058/2012-14, Rel. Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, 570ª Sessão, 26/11/2012; Processo nº 1.20.000.000255/2008-61, Rel. Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, 580ª Sessão, 24/6/2013).

Desse modo, havendo a prescrição ou a decadência do crédito tributário, cabe ao devedor alegá-los no processo administrativo ou judicial de cobrança. Porém, no processo criminal que apura o suposto crime formal de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, tais institutos não extinguem a pretensão punitiva estatal.

Com essas considerações, voto pela não homologação do arquivamento e pela designação de outro Membro do Ministério Público Federal para prosseguir na persecução penal.

Remetam-se os autos ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Ceará para cumprimento, cientificando-se o Procurador da República oficiante.

Brasília/DF, 7 de outubro de 2013

Carlos Augusto da Silva Cazarré
Procurador Regional da República
Suplente – 2ª CCR

/EP.