



MPF/2^aCCR
FLS._____

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2^a Câmara de Coordenação e Revisão

VOTO Nº 2646/2014

PROCEDIMENTO MPF Nº 1.34.006.000365/2008-14

ORIGEM: PRM – GUARULHOS/SP

PROCURADOR OFICIANTE: ISAC BARCELOS PEREIRA DE SOUZA

RELATOR: CARLOS AUGUSTO DA SILVA CAZARRÉ

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. POSSÍVEIS CRIMES DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (CP, ART. 337-A) E DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (CP, ART. 168-A). REVISÃO DE ARQUIVAMENTO (LC Nº 75/93, ART. 62, IV). SÚMULA VINCULANTE Nº 24. APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. QUANTO AO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA, DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL.

1. Trata-se de Procedimento Investigatório Criminal instaurado a partir de Representação Fiscal para Fins Penais para apurar a prática, em tese, dos crimes de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no art. 337-A do Código Penal, e de apropriação indébita previdenciária, disposto no art. 168-A desse mesmo diploma legal, por parte de representantes legais de empresa.

2. O Procurador da República oficiante promoveu o arquivamento do feito por entender que “os débitos tributários a que aludem o presente procedimento encontram-se ainda na esfera administrativa, de modo que a materialidade delitiva não se encontra configurada”.

3. O prévio exaurimento da via administrativa é requisito para denúncia apenas em relação aos crimes cujos verbos nucleares encerrem as condutas de suprimir ou reduzir tributo, o que só se conclui com a apuração fiscal definitiva, caso do delito de sonegação de contribuição previdenciária, disposto no art. 337-A do Código Penal.

4. O crime do art. 168-A caracteriza-se pelo não repasse à Previdência Social das contribuições previdenciárias descontadas da remuneração do trabalhador. Logo, não há no tipo referência aos verbos nucleares suprimir ou reduzir tributo, conforme se exige na sonegação fiscal. Assim, não há motivo para obstar a persecução penal em relação àquele crime até o término de procedimento administrativo destinado a apurar o prejuízo efetivamente verificado. Precedente do STF (HC nº 97.888/RJ, Ministro Luiz Fux).

5. Homologação da promoção de arquivamento quanto ao possível delito de sonegação de contribuição previdenciária.

6. Não homologação do arquivamento e designação de outro Membro do Ministério Público Federal para prosseguir na

persecução penal quanto ao crime de apropriação indébita previdenciária.

Trata-se de Procedimento Investigatório Criminal instaurado a partir de Representação Fiscal para Fins Penais visando a apurar a prática, em tese, dos crimes de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no art. 337-A do Código Penal, e de apropriação indébita previdenciária, disposto no art. 168-A desse mesmo diploma legal, por parte dos representantes legais da empresa ICLA S/A COMÉRCIO INDÚSTRIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO.

O Procurador da República oficiante promoveu o arquivamento por entender que

da detida análise dos autos, em especial do teor da informação da Receita Federal do Brasil acostada à fl. 221, datada de 22/08/2013, verifica-se que os débitos tributários a que aludem o presente procedimento encontram-se ainda na esfera administrativa, de modo que a materialidade delitiva não se encontra configurada.

Os autos foram encaminhados a esta 2^a Câmara de Coordenação e Revisão, nos termos do art. 62, inc. IV, da Lei Complementar nº 75/93.

É o relatório.

Há que se distinguir a natureza jurídica dos crimes de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no art. 337-A do Código Penal, e de apropriação indébita previdenciária, disposto no art. 168-A desse mesmo diploma, para efeito de se verificar a necessidade da prévia constituição definitiva do crédito tributário antes da persecução penal.

A Lei nº 12.350/2010 alterou o art. 83 da Lei nº 9.430/96 para assim estabelecer:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Essa norma legal passou a exigir o exaurimento do processo administrativo tributário antes do envio da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, mas não modificou a natureza da ação penal em questão ou mesmo os núcleos das condutas incriminadas. Com efeito, só estabeleceu um momento no qual passa a ser obrigatória a comunicação dos fatos ao titular da ação penal. Aliás, essa foi a interpretação unânime do art. 83 da Lei nº 9.430/96 quando da previsão em relação aos crimes de sonegação fiscal.

De outro lado, pela análise da Súmula Vinculante nº 24¹, do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o prévio exaurimento da via administrativa é condição objetiva de punibilidade apenas em relação aos crimes cujos verbos nucleares encerrem as condutas de suprimir ou reduzir tributo, o que só se conclui com a apuração fiscal definitiva, caso do delito de sonegação de contribuição previdenciária, disposto no art. 337-A do Código Penal.

O crime tipificado no art. 168-A do Código Penal, por sua vez, é de natureza diversa, haja vista que se trata de conduta em que há o desconto de uma contribuição social e, posteriormente, a omissão do seu repasse. O tipo penal não se refere ao crédito tributário. Por isso, não há motivo para obstar a persecução penal até o término de procedimento administrativo destinado a apurar o crédito tributário. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consoante julgado a seguir ementado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DECISÃO DE RELATOR, DO STJ, QUE INDEFERIU LIMINAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PENDÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NA DECISÃO IMPUGNADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691-STF. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À IMPETRAÇÃO.

(...) Colho dos autos que foi recebida, contra o paciente, denúncia imputando-lhe a omissão em repassar aos cofres do INSS contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados. Adveio, então, condenação às penas do art. 168-A do CP (apropriação indébita previdenciária).

O impetrante sustenta ausência de condição objetiva de procedibilidade ante a pendência de procedimento administrativo

¹ “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

fiscal visando à constituição definitiva do crédito tributário. A liminar foi deferida pelo então relator, Ministro Eros Grau, para suspender a execução penal em curso contra o paciente. No mérito, requer seja declarada a nulidade da ação penal desde a sua propositura. O parecer do MPF é pela denegação da ordem.

É o relatório. Decido.

(...) In casu, não há, no ato impugnado, situação teratológica ou consubstanciadora de flagrante ilegalidade a justificar exceção à Súmula 691-STF, máxime porque a pretensão do impetrante não encontra acolhida na **jurisprudência desta Corte, que entende dispensável o procedimento administrativo fiscal ante a natureza formal do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)**. Confira-se trecho de decisão proferida pelo Ministro Cesar Peluso que bem equaciona a questão:

(...)

No caso dos chamados crimes tributários, a definição da instância administrativa é questão prévia à da existência, jurídica e definitiva, de crédito tributário. Ou seja, na hipótese de não haver crédito tributário, à falta de lançamento definitivo, ou em caso de decisão administrativa que não reconheça a existência de crédito, não há o resultado material previsto pela norma e, pois, não há tipicidade do fato.

Mas isso não se dá na hipótese, pois não há necessidade de nenhum procedimento prévio para apurar o montante ou o valor da contribuição previdenciária devida. O desconto ou retenção de certa quantia ao salário é ato que concerne exclusivamente ao poder decisório do empregador. Ora, se há valor retido, apurado segundo o próprio juízo do empregador, há a obrigação do recolhimento respectivo aos cofres da Previdência Social, independente do fato de o valor descontado corresponder, ou não, ao do crédito exigível. **O tipo penal aperfeiçoa-se, em tese, no momento em que nasce ao empregador a obrigação jurídica de transferir à autarquia as importâncias que reteve a título de desconto previdenciário.** Nesse caso, conjugam-se as duas condutas previstas no tipo penal - “descontar” e “deixar de recolher”. A discussão administrativa sobre o valor, portanto, é de todo irrelevante sob tal aspecto. [...] (HC 93874, Rel. Min. Cesar Peluso, DJ de 11/4/08)

Sobre o tema, leciona Luiz Regis Prado que **“a consumação delitiva se dá com a omissão do agente em repassar a contribuição na forma e no prazo estabelecidos pela lei previdenciária.** Dessa forma, vencido o prazo do repasse, consubstancia-se o delito” (Comentários ao Código Penal, 4. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 606).

Nesse mesmo sentido a doutrina de Guilherme Souza Nucci:

33. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito qualificado, como mencionado supra); **formal** (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico). Cremos ser **formal** e não simplesmente de mera conduta, pois a falta de repasse, conforme o montante e a freqüência, pode causar autênticos “rombos” nas contas da previdência social, que constituem nítido e visível prejuízo para a

administração pública. [...] (Código Penal Comentado, 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 677)

Dessa linha de pensamento não destoou o Ministério Público no parecer de fls. 296-303, no qual consignado, *in verbis*:

10. Todavia, entendo, data venia, que os crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária não guardam relação com os crimes tributários, uma vez que o valor da contribuição previdenciária não depende, para sua apuração, de nenhum procedimento administrativo prévio. Não há que se apurar, como no crime tributário, a existência do crédito e a ocorrência ou não de seu lançamento definitivo. In casu, a existência (ou não) de procedimento administrativo relativo à sonegação ou apropriação de contribuição previdenciária, não interfere, muito menos condiciona, a apuração criminal da conduta delitiva – há independência de instâncias que, aliás, não se confundem. Consectariamente, no caso sub judice, em que imputada a prática de apropriação indébita previdenciária, a argumentação de que o julgamento definitivo do procedimento administrativo fiscal constitui condição objetiva de procedibilidade não se mostra relevante a ponto de excepcionar a incidência da Súmula nº 691/STF.

Ex positis, com fundamento na Súmula 691 desta Corte, nego seguimento à presente ação constitucional, cassada a liminar.
(HC nº 97888/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe: 03/06/2011)

Dessa forma, ao contrário do que sucede com o crime de sonegação de contribuição previdenciária, não há necessidade do lançamento do crédito tributário para que tenha início a persecução penal quanto ao crime de apropriação indébita previdenciária, bastando, para sua configuração, seja demonstrado o recolhimento e não repasse à Receita Federal de contribuições previdenciárias dos empregados.

Com essas considerações, homologo a promoção de arquivamento quanto ao possível crime de sonegação de contribuição previdenciária, e voto pela designação de outro Membro do Ministério Público Federal para prosseguir na persecução penal em relação ao delito de apropriação indébita previdenciária.

Remetam-se os autos ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de São Paulo para cumprimento, cientificando-se o Procurador da República oficiante.

Brasília/DF, 28 de abril de 2014.

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