



MPF
FLS. _____
2ª CCR

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

VOTO Nº 3405/2014

PROCESSO MPF nº 1.22.006.000361/2013-14

ORIGEM: PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM PATOS DE MINAS – MG

PROCURADOR OFICIANTE: MARCELO FREIRE LAGE

RELATORA: RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

NOTÍCIA DE FATO. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (CP, ART. 168-A). REVISÃO DE ARQUIVAMENTO (LC Nº 75/93, ART. 62-IV). CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 83 DA LEI Nº 9.430/96. PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL.

1. A notícia de crime de apropriação indébita previdenciária previsto no art. 168-A do Código Penal, foi arquivada com fundamento na ausência de constituição definitiva do crédito tributário.

2. O crime do art. 168-A, de natureza formal, caracteriza-se pelo não repasse à Previdência Social das contribuições previdenciárias descontadas da remuneração do trabalhador, de modo que não há motivo para obstar a persecução penal até o término de procedimento administrativo destinado a apurar o prejuízo efetivamente experimentado. Precedente do STF (HC 97888/RJ, Relator Min. LUIZ FUX, DJe 02/06/2011).

3. No caso do crime de apropriação indébita previdenciária 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. Assim, 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.

4. Além disso, o tipo penal aperfeiçoa-se 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. Cezar Peluso, DJ de 11/4/08).

5. Não homologação do arquivamento e designação de outro membro do Ministério Público Federal para prosseguir na persecução penal.

Trata-se de notícia de fato instaurada para apurar a prática do crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no artigo 168-A do Código Penal, supostamente praticado pelos representantes legais da empresa FLORESTAL JK LTDA.

O Procurador da República oficiante arquivou o procedimento por entender que a ausência de crédito tributário devidamente constituído impede a continuidade da persecução penal (f. 16/17).

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

É o relatório.

A questão cinge-se à análise da natureza jurídica do crime de apropriação indébita previdenciária, para 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 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.

Esta norma passou a exigir o exaurimento do processo administrativo tributário antes do envio da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público.

No entanto, 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 materiais contra a ordem tributária.

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.

Conforme os ensinamentos de Paulo Queiroz², *“crimes formais (ou de consumação antecipada) são aqueles cuja consumação ocorre com a realização da ação, pouco importando o resultado, que constitui, em consequência, mero exaurimento de um crime já previamente consumado”*.

O crime tipificado no art. 168-A do Código Penal é de natureza formal. Caracteriza-se pelo não repasse à Previdência Social das contribuições previdenciárias recolhidas do trabalhador. 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, conforme demonstra a decisão a seguir colacionada:

“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 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 Cezar Peluso que bem equaciona a questão:

² QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: parte geral*. 6ª ed., rev. e ampliada, de acordo com a Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.195;

[...]

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. Cezar 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 frequência, 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 97888/RJ, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 30/05/2011, publicado em DJe-106, divulgado em 02/06/2011, publicado em 03/06/2011)

Por fim, com fundamento na independência entre as esferas administrativa e penal, na modalidade de lançamento a que se submetem as contribuições previdenciárias, e na própria redação conferida ao tipo penal, conclui-se que para configuração do crime de apropriação indébita previdenciária não é necessário que o agente tenha concretamente se apropriado das contribuições recolhidas, com efetiva inversão da posse e com dolo específico voltado para tal ato, utilizando o valor em benefício próprio. O que é exigido na realidade é a mera omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias, não sendo necessário o *animus rem sibi habendi* e nem que se aguarde o término da discussão na via administrativa para que se possa proceder à instauração de inquérito policial, investigação criminal pelo Ministério Público e consequente oferecimento de denúncia.

Ademais, conforme já ressaltando, o tipo penal do art. 168-A do Código Penal não se refere ao crédito tributário. Por isso, não há motivo para interromper a persecução penal até o término de procedimento administrativo destinado a apurar o crédito tributário.

Com essas considerações, voto 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 em Minas Gerais, para cumprimento, cientificando-se ao membro do *Parquet* oficiante, com as nossas homenagens.

Brasília/DF, 12 de maio de 2014.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Subprocuradora-Geral da República
Coordenadora da 2ª CCR/MPF

LT