



MPF
FLS. _____
2ª CCR

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

VOTO N°: 1864/2015

PROCEDIMENTO MPF N°: 1.34.006.000390/2014-38

ORIGEM: PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA – 3ª REGIÃO

PROCURADORA OFICIANTE: ROSE SANTA ROSA

RELATOR: JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. NÃO REPASSE À RECEITA FEDERAL DE IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE PAGAMENTOS REALIZADOS A SERVIDORES MUNICIPAIS E SUPÓSTO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (CP, ART. 168-A) ATRIBUÍDOS A ATUAL GESTOR DE MUNICÍPIO. PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO PELO MPF, COM ARRIMO NA ATIPICIDADE DA CONDUTA E NA AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. REMESSA DOS AUTOS A ESTA 2ª CCR/MPF PARA REVISÃO (ART. 62, INCISO IV, DA LC N° 75/93). HOMOLOGAÇÃO DO ARQUIVAMENTO QUANTO À CONDUTA DE NÃO REPASSE DO IR À RECEITA FEDERAL, POR SE TRATAR DE VALOR PERTENCENTE À MUNICIPALIDADE. ATIPICIDADE. NÃO HOMOLOGAÇÃO DO FEITO QUANTO AO DELITO DO ART. 168-A DO DIPLOMA AFLITIVO, POR OSTENTAR NATUREZA FORMAL. TIPO PENAL QUE NÃO SE REFERE À SUPRESSÃO OU À ALTERAÇÃO DO TRIBUTO. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESIGNAÇÃO DE OUTRO MEMBRO DO MPF PARA DAR CONTINUIDADE À PERSECUÇÃO PENAL.

1. Procedimento investigatório criminal instaurado para apurar condutas irregulares atribuídas ao atual Gestor do Município de Itaquaquecetuba/SP, consistentes na omissão no repasse de valores atinentes ao imposto de renda incidente sobre pagamentos realizados aos servidores municipais à Receita Federal e, também, omissão no repasse de contribuições previdenciárias recolhidas de tais pagamentos à Previdência Social, no exercício de 2013, o que configura, em tese, o crime previsto no art. 168-A do Código Penal.
2. A Procuradora Regional da República oficiante promoveu o arquivamento do feito, com arrimo na atipicidade da conduta de retenção de IR e na ausência de constituição definitiva do crédito tributário no que pertine ao delito do art. 168-A do CP.
3. Remessa dos autos a esta 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Pùblico Federal para revisão, nos termos do art. 62, inciso IV, da Lei Complementar nº 75/93.
4. Homologação do arquivamento quanto à conduta de não repasse do imposto de renda incidente sobre o pagamento dos servidores municipais à RFB, por se tratar de valor pertencente à municipalidade, configurando o fato, pois, conduta atípica.
5. Não homologação do feito quanto ao delito do art. 168-A do Estatuto Repressivo.
6. Atecnia do art. 83 da Lei nº 9.430/96. Pela análise da Súmula Vinculante nº 24 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.

7. O crime tipificado no art. 168-A do Estatuto Repressivo é de natureza formal. Caracteriza-se pelo não repasse à Previdência Social das contribuições previdenciárias recolhidas do trabalhador. O tipo penal em tela não se refere à supressão ou à alteração do tributo. Por isso, não há motivo para obstar a persecução penal até o término do procedimento administrativo destinado a apurar o crédito tributário.

8. Como não há nos autos notícia de pagamento dos valores devidos pelo investigado, resta caracterizado, em tese, o crime de apropriação indébita previdenciária.

9. Designação de outro Membro do Ministério Público Federal para dar continuidade à persecução penal no que se refere a este delito.

Cuida-se de procedimento investigatório criminal instaurado para apurar condutas irregulares atribuídas ao atual Gestor do Município de Itaquaquecetuba/SP, Sr. MAMORU NAKASHIMA, consistentes na omissão no repasse de valores atinentes ao imposto de renda incidente sobre pagamentos realizados aos servidores municipais à Receita Federal e, também, omissão no repasse de contribuições previdenciárias recolhidas de tais pagamentos à Previdência Social, no exercício de 2013, o que configura, em tese, o crime previsto no art. 168-A do Código Penal.

A Procuradora Regional da República oficiante promoveu o arquivamento do feito, por entender que a retenção do IR é conduta atípica, porquanto é valor da municipalidade, e que o crime em testilha, inserto no art. 168-A do Diploma Aflitivo, é de natureza material, necessitando, assim, da constituição definitiva do crédito tributário para sua caracterização.

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

Eis, em síntese, o relatório.

No que respeita à conduta de não repasse do imposto de renda incidente sobre o pagamento dos servidores municipais à RFB, por se tratar de valor pertencente à municipalidade, há de ser homologado o arquivamento do feito, eis que o fato configura conduta atípica.

Por outro lado, não há de ser homologado o apuratório quanto ao delito do art. 168-A do Estatuto Repressivo.

Nesse ponto, 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 despeito de a redação atual do art. 83¹ da Lei nº 9.430/1996 determinar que a Receita Federal somente possa representar ao *Parquet*, quanto ao crime do art. 168-A do Diploma Aflitivo, após a constituição definitiva do crédito tributário, há de ser reconhecida a atecnia do prealado dispositivo legal.

Com efeito, pela análise da Súmula Vinculante nº 24² do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o prévio exaurimento da via administrativa é condição objetiva de punibilidade, tão somente, em relação aos crimes materiais contra a ordem tributária.

Conforme os ensinamentos de Paulo Queiroz³, “*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, caracterizando-se pelo não repasse à Previdência Social das contribuições previdenciárias recolhidas do trabalhador. O tipo penal em tela não se refere à supressão ou à alteração do tributo. Por isso, não há motivo para obstar a persecução penal até o término do procedimento administrativo destinado a apurar o crédito tributário.

Pode-se até cogitar que a Suprema Corte tenha pacificado o tema, quando do julgamento, em 2008, do agravo regimental no Inquérito nº 2537/GO, a induzir no sentido de que Pleno do STF tenha decidido tratar-se tal delito de crime de natureza material.

No entanto, de esmerada leitura dos votos desse julgamento, verifica-se que as opiniões ficaram divididas, sendo o relator, o Ministro Marco Aurélio pela

¹“*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 Públco depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.*” - Destacou-se.

² “*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.*”.

³ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: parte geral*. 6^a 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.

tese do crime material e o Ministro Peluso pela tese do crime formal, sendo outras questões suscitadas no caso concreto. Ao final, em função de estar o crédito parcelado, decidiu-se pelo arquivamento do inquérito, não traduzindo a ementa do julgado⁴, contudo, o embate de opiniões, de modo que não pode ser esse precedente usado como *leading case*, inclusive por ter sido essa circunstância reconhecida, posteriormente, pelo Pretório Excelso.

Como não há nos autos notícia de pagamento dos valores devidos pelo investigado, resta caracterizado, em tese, o crime de apropriação indébita previdenciária.

Com essas considerações, voto pela designação de outro Membro do Ministério Público Federal para dar continuidade à persecução penal.

Remetam-se os autos ao Procurador Chefe da Procuradoria Regional da República na 3^a Região, para cumprimento, cientificando-se ao Procurador Regional da República oficiante, com as homenagens de estilo.

Brasília/DF, 24 março de 2015.

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho
Subprocurador-Geral da República
Suplente – 2^a CCR

\GCVV

⁴“APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - CRIME - ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. INQUÉRITO - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e - ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente - a manutenção de inquérito, ainda que sobretestado” - STF, Inq 2537 AgR/GO, T.P., rel. Min. Marco Aurélio, DJe-107 divulg. 12/06/2008, public. 13/06/2008.