

INIXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Natalie Silveira Iensse¹
Raphael Urbaneto Peres²

1 INTRODUÇÃO

A Previdência Social é um bem jurídico coletivo de extrema importância. Dessa forma, o Estado necessita estancar as evasões dos valores destinados à Previdência. Assim, surge a tutela das contribuições previdenciárias através do Crime de Apropriação Indébita Previdenciária (Art. 168-A, CP). Todavia, o referido delito tem natureza econômica, assim, é necessário considerar as razões que levaram o empresário à omissão das contribuições previdenciárias. Neste ínterim, inclina-se ao estudo da extinção de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, quando em momento de crise, o empresário deixa de recolher as devidas contribuições previdenciárias.

Essa teoria apresenta resistência frente à doutrina e tem aplicação conservadora nos tribunais, uma vez que é instituto específico de excludente de culpabilidade por coação moral e obediência hierárquica conforme dispõe o Código Penal. Certo é que o assunto oportuniza controvérsias, justificando-se a importância desse tema, eis que é um dos crimes mais comuns contra a Previdência em face da aplicação da excludente supralegal, reiteradamente argumentada nas defesas judiciais.

Com efeito, sustenta-se que o projeto está em simetria com a linha de pesquisa de Novos Direitos na Sociedade Globalizada, debruçando-se nas amplas e novas perspectivas dos tradicionais ramos do Direito.

2 METODOLOGIA

Com abordagem pelo método teórico dedutivo e embasamento na análise doutrinária, estuda-se a inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Metodista Centenário - FMC. Endereço eletrônico: natalie.siensse@outlook.com

² Professor Orientador do Curso de Direito da Faculdade Metodista Centenário - FMC. Endereço eletrônico: raphael.peres@fames.metodista.br

seus efeitos no crime de apropriação indébita Previdenciária. Utilizando-se de pesquisas bibliográficas e jurisprudências, objetiva-se um estudo crítico acerca do tema proposto.

3 DESENVOLVIMENTO

A Seguridade Social é classificada como um direito humano inalienável e importante progresso do Estado Social de Direito. Balizada por normas de Direito Público, a Previdência, que é uma das espécies mais relevantes da Seguridade, possui formatos de um seguro contra determinados sinistros sociais e para sua concretização, utiliza-se das verbas de contribuição social.

À vista disso, diversas leis foram editadas para o desenvolvimento e implementação dos Direitos Previdenciários. Uma das principais edições, diz respeito à Lei 8.212/91 (BRASIL, 1991), a qual detalha a organização e o plano de custeio da Seguridade. No seu artigo 95, previa o rol de crimes, tal artigo, foi parcialmente revogado com o advento da Lei 9.983/2000 (BRASIL, 2000), a qual trouxe à tutela do Direito Penal uma série de condutas, que caracterizam crimes contra ordem financeira previdenciária.

Dito isso, em leitura do art. 168-A³ do Código Penal (BRASIL, 1940), observa-se a imposição de sanção penal a quem deixar de recolher, conforme o prazo legal, contribuição destinada à Previdência. Por consequência da transmissão de responsabilidade tributária, prevista no artigo 30⁴, incisos I e IV da lei 8.212/91 (BRASIL, 1991), Amado (2020, p. 211) destaca que o recolhimento da contribuição deve ocorrer por responsabilidade dos empregadores e das empresas. Entretanto, conforme o art. 2º da lei 11.457/07, embora a contribuição seja destinada à Previdência, na verdade, o recolhimento é realizado pela União.

Nessa linha, na medida em que o responsável deixar de repassar a alíquota descontada do segurado à União, presume-se a apropriação da contribuição. O delito previsto no art. 168-A apresenta diversas singularidades, a principal delas, consoante ao entendimento de Barbosa (2011, p. 19), é a possível inconstitucionalidade. Parte da doutrina

³ Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (JUSPODVIM, 2020, p.515).

⁴ Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: I - a empresa é obrigada a [...]; IV - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa ficam sub-rogadas nas obrigações da pessoa física [...].

assim entende, pois em razão da natureza tributária das contribuições, o crime caracterizaria prisão por dívida, afrontando o art. 5º, LXVII da CF/88 (BRASIL, 1988).

O STF consolidou o entendimento que o crime é: “Figura de caráter criminal inconfundível com a da prisão por dívida”. Corroborando, o TRF4ª publicou a Súmula 65, dispondo: “A pena decorrente do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não constitui prisão por dívida”. Ocorre, que nos § 2º e §3º do art.168-A há extinção de punibilidade ou o perdão judicial, caso ocorra o pagamento. Com isso, destoando do entendimento do STF, não se visualiza a preocupação com os elementos que motivaram a conduta omissa do agente, cingindo-se ao valor devido à Previdência.

A excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, em razão de dificuldades financeiras, por vezes é alegada como tese de defesa dos empresários. Não obstante, é notório o fato de que os riscos são inerentes às atividades empresariais, e por isso, a omissão de recolhimento previdenciário, não pode ser interpretada de modo simplista.

Contudo, Leitão e Meirinho (2018, p. 546) acrescentam que a exigibilidade de recolhimento previdenciário perde seu suporte, quando as dificuldades financeiras da empresa indicam impossibilidade de agir conforme a lei. O contexto atual, que vem se agravando há anos, demonstra que tanto o setor privado quanto o público passa por dificuldades financeiras. Ocorre que, quando o responsável tributário justifica a omissão de recolhimento das contribuições por força de uma crise financeira, ou seja, está impossibilitado de pagar, percebe-se certa resistência para o afastamento da punibilidade.

Para a absolvição do réu, em detrimento dos tributos públicos, quando não é possível a imediata compensação dos valores, se faz necessário provar a situação extraordinária e eventual, que tenha atingido até mesmo o patrimônio particular do empresário. Nesse caso, diferentemente do que se visualiza no §2º e §3º do art. 168-A do Código Penal, há extrema análise dos elementos do crime, ponderando-se sobre a justificativa da ausência de recolhimento de contribuições devidas à Previdência.

Cumprido considerar, que a dificuldade financeira, fatidicamente afasta os créditos bancários, e por vezes, não há patrimônio a ser liquidado para contornar as dívidas da empresa. Na prática, mesmo quando o empresário utiliza seu capital pessoal, esse não é suficiente para saldar as obrigações tributárias, afirma Baltazar Junior (2012a, p.31). Nessa conjuntura, a omissão das contribuições ocorre muitas vezes para efetuar o pagamento de

salários e principais dívidas da empresa. Demonstrando-se a necessidade do afastamento da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

Com isso, a inexigibilidade de conduta diversa no crime de apropriação indébita previdenciária visa evitar a sanção penal objetiva, ponderando sobre as consequências sociais, econômicas e os elementos que motivaram o delito em análise. Salienta-se que o aspecto sociológico ou dinâmico do Direito Penal serve para o controle social, não podendo ser utilizado como meio de coação para o cumprimento da lei, o que caracterizaria um Direito Penal de emergência ou demagogo, conforme entende Cunha (2016, p. 402).

Nesse sentido, posto que a lei penal estabeleça regras e, quando essas são violadas, surge para o Estado o dever de aplicar sanções, é necessário que esse poder seja limitado, evitando a hipertrofia da punição e a utilização distorcida dos institutos jurídicos. Nesse aspecto, a aplicação dos efeitos penais deve ser balizada por princípios que rompam a finalidade clássica do Direito Penal, a fim de considerar os elementos fáticos que motivaram o crime, principalmente, os que impedem a exigibilidade de agir conforme a norma.

4 RESULTADOS E CONCLUSÕES

Face aos apontamentos, verifica-se que a excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, relaciona-se com teor dogmático da culpabilidade. Em suma, a inexigibilidade de conduta diversa harmoniza-se com a ausência de reprovabilidade da conduta, vez que, exonera tanto a reprovação como a culpabilidade do ato, nas circunstâncias que impedem o agente de agir de acordo com a regra penal, defende Barbosa (2011, p. 51).

Nesse sentido, a culpabilidade constitui parte estrutural do conceito de crime, refletindo a reprovação social e o juízo de valores em face da conduta antijurídica. Assim, a falta dela, limita a condenação, pois, apesar da conduta antijurídica, o distanciamento da culpabilidade extingue as justificativas para a punição do agente, conforme explica Nucci (2020b, p. 397).

Portanto, a inexigibilidade de conduta diversa no crime de apropriação indébita previdenciária possui a finalidade de evitar uma condenação objetiva, afastando a culpabilidade quando o empresário deixou de recolher as contribuições quando passava por

grave crise financeira. Por essa ótica, afasta-se a preocupação direta com os valores devidos, passando a observar se houve ou não dolo em fraudar a obrigação tributária destinada à Previdência Social.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. Direito Previdenciário. In. GARCIA, Leonardo (Coord.) - 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012a.

BARBOSA, Arykoerne Lima. Inexigibilidade De Conduta Diversa Nos Crimes Contra A Ordem Previdenciária; Trabalho de Conclusão de Curso, 2010, 71 folhas. - Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (SEUNE), Alagoas, Maceió.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Vade Mecum Juspodivm. -7 ed. Ver. Atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2020, p. 41-103.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal (1940). Vade Mecum Juspodivm. -7 ed. Ver. Atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2020, p. 498-530.

BRASIL. LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, p. 5921 (Republicação Atual). 11 de abril de 1996, Seção 1. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8212-24-julho-1991-363647-norma-pl.html>. Acesso em 17 de Abr.de 2020.

BRASIL. LEI Nº 9.983, DE 14 DE JULHO DE 2000. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, p. 4896 Vol. 7. 17 de julho de 2000. Seção 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-9983-14-julho-2000-344443-norma-pl.html>. Acesso em 17 de abr. de 2020.

BRASIL. LEI Nº 11.457, DE 16 DE MARÇO DE 2007. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal. Diário Oficial da União - Seção 1 - 19/3/2007, Página 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2007/lei-11457-16-marco-2007-552186-publicacaooriginal-69232-pl.html>. Acesso em 09 de out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo De Instrumento (AI) 366390 AgR./SC - Santa Catarina. Relator(A): Min. Nelson Jobim Julgamento: 06/08/200. Órgão Julgador: Segunda Turma.

BRASIL. Tribunal Regional Federal Da 4ª Região (TRF4). Súmula nº 65- DJU (Seção 2) de 03-10-2002, p.499. Rep. DJ (Seção 2) de 07-10-2002, p. 487.

Cunha, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1 o ao 120) I Rogério Sanches Cunha - 4. ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016. 560 p.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. Manual de direito previdenciário. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual De Direito Penal. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020b.