

CRIME PREVIDENCIÁRIO

CÉSAR DE FARIA JÚNIOR

Advogado Criminal e Prof. de Processo Penal
da Universidade Federal da Bahia
Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Sob este título, irá se analisar o crime previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212, de 24.7.91, em face da Lei 8.620, de 5.1.93.

O referido art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, descreve a seguinte conduta: “*deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público*”.

Pelo núcleo do tipo, constata-se ser o delito omissivo, somente previsto na modalidade dolosa.

Não se pode admitir seja tal crime de mera conduta, pois a Constituição veda a prisão por dívida.

Pela sua proficiência e atualidade, vale destacar a seguinte decisão do c. TRF da 5.^a R.:

“Previdência Social: parcelado o débito, inexistente apropriação. O crime definido pelo art. 95, da Lei 8.212/91, não se configura sem a vontade de apropriar-se dos valores não recolhidos. Interpretar tal norma como definidora de crime de mera conduta é colocá-la em conflito com a norma da Constituição que veda a prisão por dívida. O ânimo de apropriar-se está ausente se o débito foi parcelado e novado, desaparecendo a ilicitude, antes mesmo do oferecimento da denúncia” (TRF, 5.^a R. — Recife, HC 94.05.38683-2, 1.^a T., Juiz Hugo Machado, j. 1.^o.12.94, v.u., *DJU*, 2.^a Seção, 10.3.95, p. 12.603).

A propósito, assinala o e. Prof. e Magistrado Álvaro Mayrink da Costa,

que: “na verdade, a omissão no recolhimento ao INAMPS ou IAPAS nos prazos estipulados, por força da crise financeira por que atravessam as macro e microempresas, não vislumbra o elemento subjetivo do tipo *animus rem sibi habendi* pois a *retenção* na maioria dos casos não objetiva simplesmente não pagar” (*Direito Penal, Parte Especial*, II/828, 3.^a ed., 1990).

No mesmo diapasão, leciona o pranteado Mestre Heleno Fragoso: “o atraso no recolhimento das contribuições devidas pelos empregados não é “arrecadada” pelo empregador, que paga sempre aos empregados o valor líquido dos salários. A *arrecadação* é, no caso, puramente ficta”.

Ainda, reitera o insigne catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a inexistência do *animus rem sibi habendi*: “Difícilmente ocorre a retenção das contribuições com o propósito de não pagar. O que normalmente sucede é que o empregador em dificuldades financeiras, atrasa o pagamento” (*Lições, Parte Especial*, I/426, 10.^a ed., 1988).

Em consonância com essas lições, reconhecendo as dificuldades financeiras vividas pelos empresários, sobretudo a partir do Plano Collor, que causou profundos desequilíbrios na economia do País, a Lei 8.620, de 5.1.93, especificamente pelos seus arts. 9.^o e 12, permitiu, excepcionalmente, fossem suavemente parcelados os débitos junto à Seguridade

Social, inclusive os relativos às contribuições descontadas dos segurados empregados e trabalhadores avulsos e não recolhidas ao Instituto Nacional de Seguro Social, quando referentes a competências anteriores a 1.º 12.92, até mesmo, reduzindo em 50% as importâncias devidas a título de multa.

Sendo assim, haverá de se indagar se ainda subsiste o aludido crime previdenciário para os empresários que, valendo-se da Lei 8.620/93, obtiveram parcelamento das contribuições descontadas dos empregados, antes do recebimento da denúncia, e estão honrando religiosamente o pagamento das prestações ou já quitaram totalmente os seus débitos.

Com efeito, a nova lei, ao abrir a oportunidade para as empresas pagarem seus débitos previdenciários em atraso, através do benefício do parcelamento, conduz a jurisprudência a reconhecer que o pagamento ou parcelamento deferido desfigura o crime previsto na lei anterior, seja por uma verdadeira *abolitio criminis*, novação da dívida ou moratória legal.

A Lei 8.620/93, segundo sua própria Ementa, foi elaborada com a finalidade de alterar a Lei 8.212/91.

O Congresso Nacional, reconhecendo as dificuldades financeiras em que se achavam as firmas contribuintes, priorizou o interesse pragmático do INSS em receber os débitos em atraso, ainda que suavemente parcelados, mediante acordo lavrado entre o contribuinte e o instituto, expressando o consentimento da administração, excluindo, por consequência, o crime.

Esta lei teve boa repercussão nos cofres da Previdência Social, tanto que o Ministro de então, Antônio Brito, sagrou-se, logo depois, Governador do Rio Grande do Sul.

No Brasil, justifica-se este tratamento liberal dispensado ao problema pela nova legislação, pelas dificuldades eco-

nômico-financeiras que se tornaram crônicas, máxime diante dos fracassos sucessivos de planos econômicos, obrigando as empresas a optar entre atrasar o recolhimento de suas contribuições, ou deixar de pagar os próprios salários, ou não honrar seus débitos junto aos fornecedores, correndo o risco da bancarrota, com desastrosas consequências sociais.

A legislação pátria, ao longo dos anos, tem, sucessivamente, permitido o recolhimento do débito em atraso, e, em todas as vezes que isso ocorreu, a jurisprudência, pacificamente, entendeu ter "tornado o fato ora em exame penalmente impunível".

Em sua "Jurisprudência Criminal", 1.º/32-34, 4.ª ed., 1982), o sempre saudoso Heleno Fragoso cita diversos julgados do extinto TFR neste sentido.

Assim decidiu o TFR, no HC 1.220, Rel. Min. Cândido Lobo (DJ 6.5.65, 959).

A respeito, também decidiu, no AC 1.344, cabendo destacar o voto do e. Rel. Godoy Ilha: "... há que resultar da intenção manifesta do contribuinte em fazê-las suas. Fora isso, o regime de constante prorrogação de prazo de pagamento, em que se tem vivido, exclui por completo qualquer argüição de ofensa à lei penal" (DJ 9.9.68, 3.428).

Mantendo-se sempre fiel ao entendimento de que a possibilidade do recolhimento do débito em atraso, criada por lei, ilide o crime analisado, o sempre Eg. TFR reiteradamente, decidiu, no AC 1.317, Rel. o ilustre Min. Moacir Catunda (DJ 26.5.69, 2.184) e no HC 1.567, Rel. o culto Min. Amarílio Benjamin (JTRF 22/86).

De grande oportunidade, ainda, o voto do conceituado e erudito Min. Armando Rollemberg, no julgamento do HC 4.419, quando a 3.ª T. do TRF concedeu a ordem para trancar a ação penal instaurada com base na falta de recolhimento de contribuições descon-

tadas dos empregados, com a seguinte Ementa:

"Habeas corpus — Tendo em vista que a falta de recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de empregados, antes equiparada ao delito de apropriação indébita, após a adoção do regime de parcelamento dos débitos em atraso, passou a ser considerada como simples ilícito administrativo, e, ainda o fato de o paciente haver saldado integralmente sua dívida, conceda-se a ordem para determinar o trancamento da ação penal instaurada a propósito".

A legislação, por seu turno, revelou-se, em diversas ocasiões, compreensiva em relação aos atrasos no recolhimento das contribuições previdenciárias.

Ressalte-se que, antes da Lei 8.212/91, a legislação de custeio da Previdência Social, vigente nos anos de 1989 e 1990 (Lei 7.787/89 e Portaria MPAS 4.503/89), permitia o parcelamento.

Com o advento da Lei 8.212/91, que tipificou o delito sob exame, é que, por coerência, se vedou, expressamente, o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados, pelo art. 38, § 1.º: "Não poderão ser objeto de parcelamento as contribuições descontadas dos empregados".

Só assim poderia subsistir o crime!

Ao permitir o parcelamento, a lei superveniente, tacitamente, descriminalizou a conduta, restando, apenas, o ilícito administrativo.

Ora, se se continuasse a reconhecer como crime o não pagamento na época própria, teria o empresário, inevitavelmente, que confessar a prática do crime previdenciário, para obter o parcelamento do débito atrasado.

Tamanha contradição inviabilizaria a aplicação da própria Lei 8.620/93.

Conclusivamente, a realidade econômico-financeira do País não permitiu fosse mantida a posição extremada da Lei 8.212/91, razão pela qual foi editada a Lei 8.620/93, reabrindo a oportunida-

de para as empresas parcelarem suas dívidas atinentes ao atraso no recolhimento das contribuições descontadas dos empregados, numa verdadeira *abolitio criminis*.

Como visto, em momento algum se pretendeu aqui invocar o pagamento como causa extintiva da punibilidade, tendo em vista a revogação do art. 14 da Lei 8.137/90, pelo art. 98 da Lei 8.383/91.

Ademais, não se trata de simples admissão do parcelamento do débito em atraso, mas sim de uma tomada de posição do Congresso Nacional, em conjunto com o Poder Executivo, representando a Administração Pública (INSS), que, através de Lei (não se está diante de decretos ou portarias), transformou a aludida retenção em simples ilícito administrativo, com a adoção do regime de parcelamento de débitos, com os seus benefícios legais.

Se, ainda assim, subsistisse o crime, estaria a nova lei, de maneira imoral, beneficiando "delinquentes".

O absurdo é manifesto!

Sob outro fundamento, pode-se chegar à idêntica conclusão. Senão veja-se:

A partir do instante em que a empresa parcelou o débito, deixou de ser devedora.

O multi-referido parcelamento é, em essência, uma novação, porquanto o devedor contrai com o credor nova dívida, para substituir a anterior.

O parcelamento regulariza a situação dos contribuintes perante o INSS, sendo possível até mesmo a expedição de certidão negativa (art. 206 do CTN).

Somente retomando à condição de devedores, se descumprirem as novas obrigações (pagamentos das parcelas). É importante frisar que o parcelamento era deferido por força de lei e não simplesmente por negociação das partes para evitar a ação penal.

Convém ter também presente, que a hipótese regulada não guarda paralelo

com a restituição da coisa furtada, que não apaga o crime.

As situações são substancialmente distintas.

O parcelamento decorre de permissão legal e extingue a dívida anterior, embora origine nova dívida, o que não ocorre na restituição da coisa furtada.

Esposando tal entendimento, o Juiz Olindo Menezes, da c. 3.^a T. do TRF da 1.^a Região, acolheu a tese ora sustentada, examinando a matéria posta no HC 94.01.33476-Ba, visando o trancamento de ação penal.

Contudo, se os fatos até aqui expendidos forem insuficientes para demonstrar a inexistência do crime previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, restará, ainda, o irrefutável argumento da moratória.

A Lei 8.620/93, presumindo que as empresas atravessaram um período de dificuldades financeiras, excepcionalmente, permitiu o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados, em determinados prazos e condições.

Os empresários que, valendo-se dos benefícios dessa lei, requereram e obtiveram a moratória do débito, honrando as prestações e/ou efetuando o pagamento integral da dívida, deram prova inequívoca da inexistência do *animus rem sibi habendi*, imprescindível para configuração do delito.

Essa foi a posição recentemente adotada pela e. 5.^a Turma do STJ, pelo voto condutor do culto Min. Assis Toledo, acolhido por unanimidade, no recurso de HC 4.408-0-Ba, interposto por este advogado.

Habeas corpus — Trancamento da ação penal — Apropriação indébita, Parcelamento da dívida — Ausência do *animus rem sibi habendi*. A Lei 8.620/93, em seu art. 12, permitiu, excepcionalmente, parcelamento das contribuições descontadas dos segurados, empregados e trabalhadores avulsos, e não

recolhidas ao INSS, em determinados prazos e condições.

Hipótese em que houve mais do que o parcelamento, pois os pacientes quitaram a dívida de uma única vez, no prazo para requerer a moratória.

Inexistência do crime do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, ante a inequívoca demonstração da ausência do *animus rem sibi habendi*.

Recurso de *habeas corpus* provido para conceder a ordem.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 5.^a T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecido recurso e dar-lhe provimento para trancar a ação penal, nos termos do voto do Ministro-relator. Votaram de acordo os Mins. Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausente, ocasionalmente, o Min. Cid Flaquer Scartezini. Sustentou oralmente o Dr. César de Faria Júnior (pelos pacientes).

Brasília, 3 de abril de 1995.

VOTO — O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo (relator): Em 6.7.94, os pacientes foram denunciados pela prática do crime do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, por ter a sua empresa, o Supermercado Central Ltda., no período de dez./91 a jun./92, descontado do salário de seus empregados a contribuição devida à Previdência Social, sem, contudo, efetuar o recolhimento ao INSS, no prazo do art. 30, I, *a*, da Lei 8.212/91.

A Lei 8.620/93, em seu art. 12, permitiu, excepcionalmente, nos meses de fevereiro a julho de 1993, o parcelamento das contribuições descontadas dos segurados, empregados e trabalhadores avulsos, e não recolhidas ao INSS, quando referentes a período anterior a 1.^o12.92.

Alcançados pelos benefícios dessa lei, os pacientes, em 21.6.93, portanto

dentro do prazo, efetuaram o pagamento integral da dívida.

Nessa hipótese, demonstrada a inexistência do *animus rem sibi habendi*, exigível na apropriação indébita, o antigo TFR reputava inexistente o crime: HC 5.555, DJ 30.6.83; Ap.Crim. 6.441, DJ 28.3.85; R.Crim. 1.150, DJ 26.2.87; Ap.Crim. 5.065, DJ 17.5.89; entre outros.

Nesse sentido, o voto do Min. Carlos Madeira, no HC 5.555, *in verbis*:

“O segundo argumento do impetrante é de que, tendo sido deferido o parcelamento do débito, desfigura-se o delito em mero ilícito administrativo.

Consta dos autos cópia do pedido de parcelamento da dívida, feito em 16.6.76 e deferido em 28 do mesmo mês. Não há, porém, prova do seu cumprimento, pois a Guia de Recolhimento de fls. é de 2.4.76 — anterior ao parcelamento —, e corresponde às contribuições de março desse ano. O Juiz impetrado informou que esse parcelamento jamais foi cumprido.

O acórdão da minha lavra, no HC 4.737-PI, que conclui por não considerar configurada a apropriação indébita na demora ou omissão de contribuições previdenciárias, cujo montante foi depois objeto de acordo de parcelamento, tem por pressuposto o cumprimento deste. Se o parcelamento é concedido e o devedor não o honra, remanesce a presunção de dolo, que a lei autoriza.

Esta Turma tem decidido em questões relativas à falta de recolhimento do IPI,

também sancionada com as penas da apropriação indébita que a imputação é improcedente, se ausente o *animus rem sibi habendi* (Min. Torreão Braz, Ement. 32/24, Min. Adhemar Raymundo, Ement. 35/21)”.

Na hipótese dos autos, houve mais que o parcelamento, pois os pacientes quitaram a dívida de uma única vez, no prazo para requerer a moratória. O crime previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91 (“deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida a Seguridade Social e arrecadados dos segurados ou do público”) deixa de existir, ante a inequívoca demonstração da inexistência do *animus rem sibi habendi*. A denúncia oferecida, após a quitação da dívida, não podia sequer ser recebida.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento a fim de determinar o trancamento da ação penal.

É o voto.

Por tudo exposto, conclui-se pela descaracterização do crime do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, para aqueles empresários que, antes do recebimento da denúncia, parcelaram seus débitos referentes às contribuições descontadas dos empregados e não recolhidas, à época, à Seguridade Social, regularizando sua situação perante o INSS, conforme lhes permitiu a Lei 8.620/93, acolha-se quaisquer dos três fundamentos sustentados: *abolitio criminis*, novação ou moratória.