



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 5 – n. 18/19 – janeiro/junho 2006
ISBN 1676-4781

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

Transação penal e *apropriação indébita previdenciária*

José Raimundo Leite Filho*

O presente texto é motivado pelo artigo intitulado “A transação penal nos crimes de apropriação indébita previdenciária”, publicado no *Boletim IBCCRIM* n. 158, de janeiro de 2006, páginas 8-9, de autoria do ilustre colega Jefferson Aparecido Dias, Procurador da República em Marília/SP, em conjunto com o ilustre Juiz Federal Vanderlei Pedro Costenaro, da Subseção Judiciária de Tupã/SP.

Naquele texto, afirmam os autores que o crime de *apropriação indébita previdenciária* de pequena monta, cujo valor das contribuições devidas – incluindo acessórios – seja igual ou inferior ao estabelecido administrativamente pela Previdência Social como limite mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais, assim definido no inciso II do § 3º do art. 168-A do Código Penal, constitui *infração de menor potencial ofensivo*, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001.

Essa conclusão, na avaliação dos autores, tem suporte normativo na redação do citado § 3º, inciso II, *verbis*:

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena, ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – [...];

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

* José Raimundo Leite Filho é especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina, pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Procurador da República no Maranhão, integrante do Conselho Penitenciário do Estado do Maranhão e professor de Direito Processual Penal na Faculdade São Luís.

A inteligência do dispositivo, conducente à conclusão anteriormente indicada, pelos próprios autores, no essencial:

Defendemos que na segunda parte do § 3º, o legislador, ao facultar ao juiz “aplicar somente a (pena) de multa”, regulamentou expressamente a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de apropriação indébita previdenciária, criando uma forma privilegiada do referido crime, por isso específica, no qual a pena máxima a ser aplicada será a de multa, e não mais a pena privativa de liberdade prevista no *caput*.

Ao fundamento de que a “pena máxima cominada é a de multa”, prosseguem os autores, aquela forma privilegiada do ilícito admitiria transação penal e suspensão condicional do processo, benefícios definidos na Lei n. 9.099/1995, e estaria submetida ao prazo prescricional de dois anos (CP, art. 114, I).

A tarefa de investigar o âmbito de proteção da norma penal, como discurso normativo, “normalmente, não produz um *único* resultado ‘correcto’, mas uma *pluralidade* de resultados ‘toleráveis’”¹, com sensíveis reflexos metodológicos, à vista da recorrente discussão acerca da existência de um eventual critério interpretativo prevalente².

Amparado nessa premissa, oferece-se adiante ponto de vista distinto da conclusão alcançada naquele artigo.

O § 3º, inciso II, do art. 168-A do Código Penal não tipifica crime privilegiado suscetível de identificar-se como infração de menor potencial ofensivo, categoria jurídica esta definida pelo parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001.

A compreensão *lógico-sistemática* daquela norma repele a afirmação de que a punibilidade máxima do crime de *apropriação indébita previdenciária* de pequena monta esgota-se na *multa*. Isso porque, segundo o artigo 1º do Decreto-Lei n. 3.914/1941 (Lei de Introdução do Código Penal e à Lei das Contravenções Penais),

considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumu-

¹ KAUFMANN, 2004, no prefácio da 2. ed., p. XXIV.

² Cf. ORDEIG, 2002, especialmente as p. 43-80.

lativamente com a pena de multa; *contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente* [grifo ausente no original].

A admissão de semelhante argumento importaria reconhecer, nos termos do artigo em destaque, que aquela espécie de apropriação indébita previdenciária, punível no máximo com *multa*, configuraria simples *contravenção*, tratada assim de forma inadequada na parte especial do Código Penal dogmaticamente destinada ao elenco dos crimes em espécie.

Aquele entendimento também sugeriria flagrante injustiça, se comparado o crime privilegiado contra a ordem previdenciária com as figuras penais privilegiadas voltadas à proteção do patrimônio individual (art. 155, § 2º, e art. 171, § 1º, ambos do CP). O primeiro delito, não obstante vocacionado à tutela de bem jurídico supra-individual, porque tendente a afetar a ordem econômica em seu sentido lato³, gravitaria na ordem jurídica punível exclusivamente com multa, enquanto os demais, destinados, como se disse, à proteção do patrimônio individual (art. 155, § 2º, e art. 171, § 1º, ambos do CP), acham-se punidos mais severamente (art. 155, § 2º).

Outro problema – aqui de ordem processual – advém dessa constatação. Cuidando-se de *contravenção*, o fato escaparia da jurisdição federal, diante da literalidade do inciso IV do art. 109 da CF, posto se cuide de lesão a autarquia federal.

Por outro lado, do ponto de vista *gramatical*, a solução alcançada naquele artigo, de confinar a punibilidade do delito de apropriação indébita de contribuição previdenciária de pequena monta à multa – já que a alternativa do perdão judicial não tem caráter punitivo⁴ –, limita excessivamente o alcance normativo do texto. A *ratio* adotada naquele texto se desenvolveria nos seguintes termos: constatada a omissão no recolhimento de contribuição previdenciária de pequena monta ao juiz

³ ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 36.

⁴ Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

se apresentaria – sempre e sempre – a alternativa de conceder o perdão judicial ou multar o réu, esta última como *única* opção condenatória.

A redação da norma analisada (§ 3º, II, do art. 168-A do CP), todavia, sugere outra inteligência, compreensiva da *preservação* da pena reclusiva cominada na cabeça do dispositivo.

De fato, o estabelecimento do perdão judicial e da multa como possibilidades decisórias para o crime de apropriação indébita previdenciária menos grave somente tem sentido quando são opostas, em situação de *alternatividade condenatória*, à ameaça original – a pena de reclusão – prevista na cabeça do art. 168-A do Código Penal, que há de permanecer suscetível de aplicação para os casos em que a *prevenção especial* indique a necessidade de imposição da pena reclusiva, ainda que se trate de réu tecnicamente primário e de bons antecedentes.

A adoção do entendimento veiculado no artigo, nessa ordem de idéias, pode igualar na percepção do benefício condutas de desvalor absolutamente distintas, e que merecem, já por essa razão, também reprovação distinta, a se resolver pela válvula de escape da *prevenção especial*, afinal elencada normativamente como critério fundamental para a definição não apenas da espécie de pena a ser aplicada, mas também da sua quantidade, do regime de cumprimento e da possibilidade de substituição, embora raramente mereça qualquer consideração na fase da dosimetria^{5 e 6}.

O atrofiamiento local do critério da prevenção especial para a definição da *espécie de pena* a aplicar-se ao caso concreto, aliás, é fato que conflita com a primazia que aquele princípio tem merecido, por

⁵ Código Penal, art. 59: “O juiz [...] estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a *reprovação* e *prevenção* do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas [...]”.

⁶ A conduta do empresário que faz da apropriação de contribuição previdenciária de pequena monta modo costumeiro e eficaz de administrar seus negócios, burlando o Fisco e a concorrência em determinado segmento econômico sazonal (e.g., exploração de bares, casas noturnas etc.), abrindo e fechando pontos comerciais na mesma velocidade com que se esgota o interesse do cliente pelo produto, não pode igualar-se em matéria de desvalor à omissão de recolhimento levada a efeito pelo empresário que explorou por vinte anos um pequeno comércio, e que praticou o ilícito para livrar o filho de uma dívida momentânea.

exemplo, no sistema português, no qual exerce papel decisivo para a aplicação da *pena de prisão nos crimes fiscais*, de eficácia comprovada pela intimidação que exerce nos criminosos do colarinho branco, sem o inconveniente da dessocialização, dificilmente verificável nesses agentes, dada a capacidade de adaptação ao mercado de trabalho⁷.

Enfocando o aspecto *teleológico*, bem interpreta a norma o desembargador Luciano Tolentino Amaral, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no voto que proferiu na Apelação Criminal n. 1997.34.00.017307-4/DF, julgada em 25 de março de 2003 (posteriormente à entrada em vigor do dispositivo em questão), no trecho que segue:

[...] Vale esclarecer que a aplicação do “princípio da insignificância”, na espécie, não há de ser considerado, *mesmo tratando-se, como se trata, de apropriação de pequeno valor, pois o dano não foi exclusivamente patrimonial. O não-repasse das contribuições aos cofres do INSS tem efeitos negativos de ordem social, refletindo, com intensidade maior, nas camadas menos favorecidas economicamente, cujos direitos previdenciários ficam, no mínimo, turbados, se não inviabilizados* [grifo ausente no original].

Destaque-se da referida decisão que, com o improvimento daquele recurso, o TRF da 1ª Região manteve íntegra sentença da 10ª Vara do Distrito Federal, que condenou os apelantes a 2 anos e 4 meses de reclusão (substituída por pena restritiva de direitos), circunstância que remete à preservação da cominação – para a apropriação indébita previdenciária de pequeno valor – da pena privativa de liberdade prevista no *caput* do art. 168-A do Código Penal, como marco punitivo válido e eficaz, principalmente ante os *efeitos negativos de ordem social* que aquela espécie de crime gera, *com intensidade maior nas camadas menos favorecidas economicamente, cujos direitos previdenciários ficam, no mínimo, turbados, se não inviabilizados*, nas palavras do relator.

Considere-se, por fim – em argumento que recorre novamente à compreensão lógico-sistemática –, que, mesmo para o furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º), jamais hesitaram doutrina e jurisprudên-

⁷ RODRIGUES, 2001.

cia em admitir a condenação à pena prevista no *caput* do dispositivo (CP, art. 155), ainda que preenchidos os requisitos atinentes à *primariedade* e ao *pequeno valor* da coisa furtada.

As razões para o afastamento do privilégio são exemplarmente expostas por Mirabete, com significativa indicação jurisprudencial, *verbis*:

Por outro lado, já se tem exigido, na doutrina e na jurisprudência, além dos dois requisitos citados, que o agente não revele má personalidade ou antecedentes comprometedores indicativos de que há probabilidade de que ele vá voltar a delinquir (RT 436/393, 439/407, 485/332; RJDTACRIM 1/104; JTACrSP 59/190-191, 60/341, 65/389 e 69/488). Justifica-se a exigência desse requisito subjetivo porque o dispositivo se refere a uma faculdade do legislador (o juiz *pode* reduzir ou substituir a pena) que deve atender a essas circunstâncias pessoais na fixação da pena (art. 59). Também já se entendeu o contrário, diante da inexistência expressa da lei quanto ao requisito subjetivo (RT 502/335)⁸.

Note-se que o texto citado vai além do defendido no presente artigo, agregando considerações acerca da *personalidade* e dos *antecedentes* do réu para negar-se o benefício, quando, para o mesmo efeito, defende-se aqui exclusivamente o desvalor da ação, considerado determinado fato concreto, evitando a caracterização do *direito penal do autor*.

Se no furto privilegiado – que tutela o patrimônio individual – admite-se o afastamento da punição privilegiada para aplicar-se a pena do *caput*, por que razão não se haveria de compreender válido o raciocínio para a apropriação indébita privilegiada de pequena monta, se o verbo que encaminha o juiz à decisão é também designativo de opção do julgador (é *facultado* ao juiz)?

Conclui-se, pois, afirmando que o § 3º, inciso II, do art. 168-A do Código Penal não caracteriza infração de menor potencial ofensivo, porque remanesce plenamente válida a aplicação – ao referido

⁸ MIRABETE, 1993, p. 208.

crime – da pena reclusiva prevista no *caput* do art. 168-A do Código Penal, limite punitivo, aliás, que haverá de presidir a verificação dos marcos prescricionais.

Referências

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993. v. 2.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.