

OS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS SOB A TEORIA DA RÉGUA DE LESBOS E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Fernanda Prado Fernandes*

RESUMO: A Seguridade Social por si só não consegue contornar com eficiência a cobrança de suas contribuições. Nesse contexto, procura-se realizar uma pesquisa acerca dos crimes previdenciários e a despenalização sob a ótica da teoria da Régua de Lesbos, numa conjuntura metafórica proposta por Aristóteles, aos mesmo tempo em que se analisa a adequação dessa teoria sob várias nuances da previsão do tipo penal do Art. 168-A, dentro de uma seara jurídico-filosófica em que se analisa a não aplicação das penas ante a existência de crimes previdenciários, em especial os de natureza ao patrimônio previdenciário, ensejando uma despenalização sob a aplicação da teoria da régua de lesbos, indicando um conceito de flexibilidade e adaptação das normas aos contextos existentes, ampliando hipóteses a contextos paraideológicos. A pesquisa tem bases doutrinárias, a partir do contexto legal de existência da Previdência social e a tipificação de crimes alterada ao longo do tempo. Fora a digressão histórica, faz-se uma análise legal e interpretativa dos tribunais sobre a inaplicabilidade de penas tipificadas e, sistemicamente, uma interpretação capaz de estabelecer essa discussão metafórica que se propõe.

PALAVRAS-CHAVES: Apropriação Indébita Previdenciária. Régua de Lesbos. Aristóteles.

SOCIAL SECURITY CRIMES UNDER THE THEORY OF THE RULE OF LESBOS AND THE EXTINCTION OF PUNIBILITY

ABSTRACT: Social Security alone was unable to efficiently circumvent the collection of its contributions. In this context, we seek to conduct research on social security crimes and decriminalization from the perspective of the Lesbos Ruler theory, in a metaphorical conjuncture proposed by Aristotle, at the same time that the adequacy of this theory is analyzed under various nuances of the forecast of the penal type of Art. 168-A, within a juridical-philosophical area in which the non-application of penalties is analyzed in view of the existence of social security crimes, especially those of a nature to social security assets, giving rise to decriminalization under the application of the theory of lesbos ruler, indicating a concept of flexibility and adaptation of the norms to the existing contexts, expanding hypotheses to paraideological contexts. The research has doctrinal bases, from the legal context of the existence of Social Security and the classification of crimes changed over time. Aside from the historical tour, a legal and interpretative analysis of the courts is carried out on the inapplicability of typified sentences and, systematically, an interpretation capable of establishing this metaphorical discussion that is proposed.

KEYWORDS: Social Security Misappropriation. Lesbos Ruler. Aristotle.

1 INTRODUÇÃO

Os regimes previdenciários têm sua origem na Alemanha, quando foi instituído um seguro obrigatório para proteger os trabalhadores, com caráter assecuratório por causas dos problemas de saúde, invalidez e envelhecimento.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará - Estácio FIC. Especialista em Direito Previdenciário e em Direito Público com ênfase em Direito Processual. Advogada atuante no Estado do Ceará. E-mail: nandapradoadv@hotmail.com

No Brasil o modelo previdenciário estabelecido desde sua origem evoluiu, passando dos denominados planos mutualistas para posteriormente a uma intervenção maior do Estado até se chegar ao modelo de Previdência Social a partir da Constituição de 1988 estabelecido por três pilares, sendo o primeiro formado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS, aplicável aos trabalhadores do setor privado; o segundo pelo Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, para servidores públicos e um terceiro, o da Previdência Complementar, que permite aos trabalhadores complementarem seus benefícios, aplicados esses últimos também ao regime de servidores públicos.

De qualquer dos regimes, há a participação do empregado e empregador, Estado e servidor, ou de terceiro que esteja por lei obrigado a recolher a contribuição e repassar aos cofres públicos. Nesse contexto, procura-se estabelecer uma discussão não sobre os regimes contributivos existentes ou a forma legal de instituição dessas contribuições, mas um estudo sob a seara jurídico-filosófica analisando a não aplicação das penas ante a existência de crimes previdenciários, em especial os de natureza ao patrimônio previdenciário e a despenalização de tais crimes sob a aplicação da teoria da régua de lesbos, como uma definição metafórica, a não aplicação das penas previstas na legislação, indicando um conceito de flexibilidade e adaptação das normas aos contextos existentes, ampliando hipóteses a contextos para ideológicos.

A pesquisa tem bases doutrinárias, a partir do contexto legal de existência da Previdência social e a tipificação de crimes alterada ao longo do tempo. Fora a digressão histórica, faz-se uma análise legal e interpretativa dos tribunais sobre a inaplicabilidade de penas tipificadas e, sistemicamente, uma interpretação capaz de estabelecer essa discussão metafórica que se propõe. O artigo contém três partes, além da introdução e considerações finais. No primeiro capítulo realiza-se uma digressão histórica da Previdência Social no Brasil e no mundo com o propósito de contextualizar a temática. No segundo, capítulo se faz um estudo sobre os crimes previdenciários e sua alteração legislativa. No terceiro, como cerne da discussão, são analisadas as decisões judiciais que não aplicam a penas aos tipos penais existentes, fazendo a discussão sobre a régua de lesbos, a partir da definição do sentido metafórico que se utiliza.

2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E NO MUNDO: UMA DIGRESSÃO HISTÓRICA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS

A questão da Previdência Social relaciona-se com a evolução histórica dos direitos sociais, como se percebe pela proteção dos trabalhadores. Como exemplo inicial, surge na Alemanha pelo Chanceler Otto Von Bismarck, em 1889, com a criação do seguro obrigatório para proteger os trabalhadores quando, nos casos de problemas de saúde, acidente de trabalho, invalidez e envelhecimento.

O instituto já foi repensado numa contribuição tripartite. A proposta se estabelecia na filiação de sociedades seguradoras ou a entidades de socorro mútuo. Essa experiência germânica se estendeu para diversos países (FERREIRA, 2007)

A Constituição alemã de 1919 estabeleceu um sistema de seguros sociais para poder, com a participação de interessados, atender as condições para o trabalho, proteção à maternidade e à proteção à velhice dos trabalhadores, enfermidade e vicissitudes da vida, determinando que o Estado seja o responsável a prover a subsistência do cidadão germânico, principalmente se ele não puder sobreviver com o trabalho produtivo (PINHEIRO, 2006).

Esse direcionamento da Constituição alemã também coincidiu com a criação da OIT, também em 1919, que evidenciou a necessidade de programas sobre a previdência social, tanto que 1921, dois anos depois da criação do organismo, surgiram várias convenções que tratavam sobre a matéria¹².

Esse modelo de Otto Von Bismarck ensejou a aprovação da proteção social em vários países e não só na Alemanha. Como exemplo tem-se a Dinamarca que aprovou o direito a aposentadoria em 1891, a Suécia que instituiu um plano universal de pensão.

Na Europa, o sistema previdenciário se intensifica legalmente após a 2ª Guerra mundial, moldado a partir de uma mudança do quadro demográfico pelo envelhecimento da população possibilitando diversas reformas nos sistemas previdenciários. Porém, a Constituição da URSS, de 1918, também tratava de direitos previdenciários.

¹ A referida Convenção tratava sobre Acidente de Trabalho na Agricultura. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao012.pdf>. Acesso em 01 de março de 2020.

² A Carta do Atlântico, de 1941, foi outro documento importante que tratou da previdência social como um instrumento contra a miséria.

Na Inglaterra, o sistema previdenciário tem uma forte relação com o denominado Relatório *Beveridge*, em 1942, que tratava de um plano de ação estatal estabelecendo a responsabilidade do Estado, além do seguro social, assistência social e saúde. Segundo Sérgio Pinto Martins:

O Plano Beveridge tinha por objetivos (a) unificar os seguros sociais existentes; (b) estabelecer o princípio da universalidade, para que a proteção se estendesse a todos os cidadãos e não apenas aos trabalhadores; (c) igualdade de proteção; (d) triplice forma de custeio, porém com predominância do custeio estatal.” O Plano Beveridge tinha cinco pilares: (a) necessidade; (b) doença; (c) ignorância; (d) carência (desamparo); (e) desemprego. Era universal e uniforme. Visava ser aplicado a todas as pessoas e não apenas a quem tivesse contrato de trabalho, pois o sistema de então não atingia quem trabalhava por conta própria. (...) Tinha por objeto abolir o estado de necessidade. Objetivava proporcionar garantia de renda às pessoas, atacando a indigência. (...) Os princípios fundamentais do sistema eram: horizontalidade das taxas de benefícios de subsistência, horizontalidade das taxas de contribuição, unificação da responsabilidade administrativa, adequação dos benefícios, racionalização e classificação. (MARTINS, 2018, p. 58)

64

Com base no Relatório *Beveridge*, o governo inglês apresentou uma proposta de reforma da Previdência Social, implantando-o no ano de 1946. Hoje, o Reino Unido possui um sistema de benefício fixo, baseado pelo nível de renda em função da média salarial pelo período em que trabalhou (MARTINS, 2018).

Os Estados Unidos da América, com o governo de Franklin Roosevelt, instituíram o New Deal, baseado na doutrina do *Welfare State*, de forma que em 1935 foi editado o *Social Security Act*. Porém, na atualidade, os Estados Unidos e Canadá estabelecem um sistema de aposentadoria baseada no sistema de previdência privada.

Em 1938, a Nova Zelândia instituiu uma lei de proteção a toda a população, implantando o seguro social e extinguindo o seguro privado dos trabalhadores. Isso se deve por causa da cultura protetiva da Nova Zelândia o que reflete, claramente, desde então, a proteção da dignidade e cidadania de seus administrados, apresentando como o país trata a questão do envelhecimento, principalmente pelo fato de que é recebedor de estrangeiros, mas que assimila positivamente os estágios e desafios do envelhecimento e das necessidades sociais dos trabalhadores e da proteção da expectativa de vida.

Na América Latina, por volta dos anos de 1920 instituiu um sistema de previdência social, como Argentina, Chile e Uruguai. No entanto, o Chile pri-

vatizou a previdência social, por meio de um sistema de contribuição obrigatória, mas, administrada pelo setor privado, sob o controle e fiscalização do governo chileno.

Outros países com esse modelo, é utilizado no México, El Salvador, Bolívia e Nicarágua. Já no Uruguai e Costa Rica o modelo é misto, dentro de um sistema misto, no qual Estado e iniciativa privada atuam de maneira complementar (GARCIA, 2020). Já a Argentina privatizou sua previdência, mas em 2009 retornou ao Estado com o sistema de benefício definido pelo próprio governo.

No Brasil, a proteção social evoluiu semelhantemente ao plano internacional, desde planos privados até planos mutualistas e depois para a intervenção do Estado. Por volta do século XVI, em razão das Santas Casas de Misericórdia e a influência da Igreja Católica, com o objetivo de prestar atendimento médico-hospitalar aos necessitados.

Em 1795 foi instituído o Plano de Benefícios dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha, uma pensão por morte no ordenamento jurídico brasileiro. Em 1808 foi criado o montepio para a guarda pessoal de Dom João VI. Em 1821, foi publicado o Decreto concedendo o Direito à Aposentadoria para professores que completassem 30 anos de serviço. Já em 1835, o Montepio Geral dos Servidores do Estado, denominado de MONGERAL (MARTINS, 2018).

Constitucionalmente, a matéria foi disciplinada na Constituição imperial de 1824 com os denominados Socorros Públicos. Posteriormente, em 1835 foi criado o Montepio, considerada a primeira instituição privada a funcionar no país.

Além dessa previsão constitucional, outras legislações tratavam de direitos sociais como o Código Comercial, de 1850, que estabelecia o direito a manutenção do salário por três meses na hipótese de acidente imprevisto e inculcado, o Regulamento nº 737, de 1850, garantindo aos empregados acidentados os salários por até três meses; o Decreto nº 2.711, de 1860, regulamentava o custeio dos montepios e das sociedades de socorros mútuos; o Decreto nº 9.912-A, de 1888 e o Decreto nº 9.212, de 1889, concederam aos empregados dos Correios o direito à aposentadoria, a aqueles que chegassem a 60 anos de idade e 30 anos de serviço e criou o montepio obrigatório para os seus empregados dos Correios, respectivamente; e o Decreto nº 221, de 1890 instituiu o direito à aposentadoria para os empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil (MARTINS, 2018).

A primeira Constituição Republicana, de 1891, fez menção expressa ao termo aposentadoria, concedendo tal direito somente aos funcionários públicos, no caso de invalidez, pois não incluía outras categorias.

Durante a vigência da Constituição Federal de 1891, algumas leis foram editadas como a Lei nº 217, de 1892, que concedeu o direito à aposentadoria por Invalidez e a pensão por morte dos operários do Arsenal da marinha do Rio de Janeiro.

Em 1923, a Lei Eloy Chaves (Decreto nº 4.682/1923) foi considerada uma evolução da Seguridade Social no Brasil, pois criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários, com custeio entre os empregados e da empresa das estradas de ferro, além da aposentadoria por invalidez, pensão por morte para os dependentes dos segurados a pensão por morte para os dependentes dos segurados, prevendo ainda a possibilidade de extinção quando, se concedida à viúva, ao viúvo ou pais, quando contraíssem novas núpcias, para os filhos, ao completarem 18 anos, e para as filhas ou irmãs solteiras, ao contraírem matrimônio.

66

Havia a previsão de perdimento do benefício em razão da vida desonesta ou em caso de condenação por vagabundagem³. Em 1926 a Lei Eloy Chaves foi estendida aos portuários e marítimos, pela Lei nº 5.109/1928, e aos funcionários dos serviços telegráficos e radiotelegráficos, por meio de Lei nº 5.485/1928.

A Lei Eloy Chaves foi o paradigma que estruturou e incentivou a legislação da Seguridade Social no Brasil, acompanhada da Revolução do governo de Getúlio Vargas, em 1930, quando foram reformulados os regimes previdenciário e trabalhista no Brasil.

A Constituição de 1934 utilizou expressamente a terminologia previdência social, e instituiu uma manutenção tripartite de custeio (Empregado, Empregador e Estado). Já a Constituição de 1937 só inovou na expressão, passando a utilizar a denominação de seguro social. A Constituição de 1946 foi a primeira constituição a utilizar a expressão previdência social e instituiu a LOPS, por meio da Lei nº 38.07/1960. A Constituição de 1946 proibiu a prestação de benefício sem a correspondente fonte de custeio.

Em 1966 foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, pelo Decreto nº 72/1966, com a natureza de autarquia federal integrante da

³ Era uma contravenção penal que foi regulamentada pelo Decreto-lei nº 3688/41, e era disciplinada como vadiagem. No entanto, essa previsão se tratava de um conceito jurídico indeterminado.

administração indireta da União. Em 1977, a Lei nº 6.439 instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social -SINPAS e criando outros órgãos como o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS.

Em 1976, é unificada a legislação previdenciária pelo Decreto nº 77.077/1976 instituindo a Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS, posteriormente substituída pelo Decreto nº 89.312/1984. Em 1988, foi publicada no Brasil uma nova Constituição Federal trazendo um contorno de proteção aos direitos sociais e instituindo a previdência, assistência social e saúde, positivando os direitos fundamentais, que condicionam os referidos direitos sociais ou parte deles, dentro de um regime jurídico que protege direitos civis e políticos, descrevendo que a diretriz constitucional promove a dignidade humana. De qualquer forma, a disposição constitucional enseja um caráter meramente programático que define os direitos sociais de eficácia objetiva⁴.

2.1 O paradigma modificador da previdência no Brasil: Constituição de 1988

A Constituição de 1988 trouxe um capítulo sobre a Seguridade Social dividida em Previdência Social, Assistência Social e Saúde, ao mesmo tempo em que estabelece o custeio da Seguridade Social realizado por contribuições sociais do empregador, dos trabalhadores e outras receitas⁵.

A Constituição trouxe alterações que ensejaram mudanças legislativas, principalmente com a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, e transformando o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS no Instituto Nacional do Seguro Social -INSS e a criação do Sistema Único de Saúde - SUS. Na regulamentação infraconstitucional estão dispostas, principalmente, pelas Leis nºs 8.080/90 e 8.213/91, que disciplinam sobre o SUS e o Plano de Benefícios da Previdência Social.

67

⁴ O que significa a possibilidade de interferência interpretativa de exigibilidade dos direitos sociais e em condição de direitos subjetivos dedutivos em juízo, tanto que o STJ e em diversos tribunais brasileiros entendiam a existência de direitos subjetivos relacionados a proteção da saúde e a direitos sociais, estes últimos direcionados ao Art. 203 da CF.

⁵ Como, por exemplo, sob o concurso de Prognósticos.

A previdência social está inserida na Constituição⁶ como um direito social ao lado de outros como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados.

A partir do paradigma desenvolvido no Brasil, o modelo de Previdência Social é mantido por três pilares, Regime Geral de Previdência Social - RGPS, Regime Próprio de Previdência Social - RPPS e o da Previdência Complementar, que permite aos trabalhadores complementarem seus benefícios (GARCIA, 2020).

2.2 Previdência social e direitos sociais

A Previdência Social encontra seu paradigma estabelecido como um direito fundamental. Essa postura tem sua origem nas constituições europeias do pós-guerra, quando os Estados preocupados com os direitos fundamentais, deixando, muitas vezes a relação com os deveres fundamentais, estabeleciam proteções jurídicas como ocorreu com a Constituição Italiana, de 1947 e a Lei Fundamental Alemã, de 1949, propondo um fundamento da seguridade social ante sua natureza de direito fundamental, porém sem o paradigma compensador que são os deveres fundamentais, cujo limite solidário e compensatório se estabelecem⁷.

A conotação dos Direitos Sociais a partir da Constituição de 1988, adotada pelo conceito de segurança social, foi definida no Art. 194 para assegurar direitos relacionados aos poderes públicos e à sociedade.

Os direitos fundamentais alcançam os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, o que significa um avanço na seara jurídica, como

⁶ A Constituição brasileira, a Previdência Social segue o modelo regulamentar e de gestão do Regime Geral da União. Assim, a Previdência Social na Constituição Federal de 1988 traz expressamente em seu texto constitucional: solidariedade social, compulsoriedade vinculação laboral de seus beneficiários, contribuição, formação de poupança coletiva; proteção material básica em valores mínimos e responsabilidade do Estado por eventuais déficits do sistema, ao mesmo tempo em que protege o trabalhador da ocorrência dos infortúnios doença, invalidez e velhice (para o próprio segurado), além do evento morte, com o fundamento do Art. 1º, III, para a construção de uma sociedade solidária.

⁷ Acerca dessa temática, e numa visão panorâmica existente, Nabais afirma que: "Por outras palavras, há que se ter em conta a concepção de homem que subjaz as actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero individuo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculações sociais do indivíduo - que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável - a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade como uma ordem simultânea e necessariamente de liberdade e responsabilidade, ou seja, uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade" (NABAIS, 2004, p. 97).

avanço social à cidadania no Brasil, melhorando e remodelando a estrutura da previdência social que existia, e estabelecendo um novo propósito, principalmente dando um tratamento isonômico entre trabalhadores urbanos e rurais, além da universalidade da cobertura no atendimento à saúde. Quanto a equivalência dos benefícios previdenciários, a proposta foi estabelecer uma equivalência e distributividade dos benefícios com a diversidade de financiamento.

O caráter democrático por meio de uma descentralização da gestão administrativa impôs uma organização com a participação da sociedade e do Estado na gestão da garantia dos direitos à saúde e à seguridade social. Percebe-se que as bases do conceito de seguridade social se estabelecem também com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em 1948, a qual estabelecia o direito à seguridade social como direito de todos os povos (ONU, 1948), bem como a Organização Internacional do Trabalho - OIT que estabeleceu:

seguridade social é a proteção que a sociedade proporciona a seus membros mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais que de outra forma derivariam no desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência como consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e morte e também a proteção em forma de assistência médica e de ajuda às famílias com filhos. (OIT, 1952)

69

Ocorre que essa proteção da seguridade tem sofrido mudanças que modificaram limites temporais e de reestruturaram, principalmente, as fontes de custo. Numa análise dos 20 anos de Constituição, Eduardo Fagnani afirma que:

Os 20 anos da Constituição devem ser celebrados, em primeiro lugar, porque significaram um marco no processo civilizatório brasileiro. Pela primeira vez conquistamos a cidadania plena (civil, política e social), segundo a concepção clássica de Marshall (1967). Além da restauração do Estado Democrático de Direito, o legado dos movimentos sociais foi a construção de um razoável sistema de proteção social conquistado na contramão do pensamento neoliberal hegemônico em escala mundial e do movimento em direção ao Estado mínimo a que foram submetidos os países subdesenvolvidos, incluindo os da América Latina. Em grande medida, isso decorreu do fato de que a agenda da redemocratização do País, impulsionada pelo movimento social, não abriu brechas para os experimentos neoliberais – pelo menos até o final dos anos 80. O cenário hostil, a partir de 1990 e até os dias atuais, não impediu que parcela significativa das conquistas de 1988 fosse consagrada. (FAGNANI, 2008, P. 23)

Há no perfil constitucional de 1988 uma definição de direitos sociais adequada a uma atuação positiva do Estado na promoção e garantia de proteção e

segurança social, como modo de assegurar um patamar de proteção dos direitos sociais, inclusive os direitos previdenciários.

2.3 A previdência social a partir da definição do *Contrato Social* de Rousseau

É claro que o posicionamento de Jean Jacques Rousseau durante o século XVII corresponde a uma ilustração da vivência francesa da época (1762), mas que pode ser analisado metaforicamente a uma inclusão no contexto hodierno do contrato social proposto pela previdência social no Brasil. Longe de tecer uma análise hermenêutica às transcrições do texto de Rousseau, mas tão somente de colocar o texto dentro de uma análise atual.

Por isso, pode ser observada a questão previdenciária sob a ótica da definição de contrato social de Rousseau (2003), estabelecendo uma particularidade do contratualismo, sob uma teorização de constituição da ordem política, principalmente sobre as relações sociais propostas a partir da universalização das relações jurídicas, o que numa análise proposta pela Constituição de 1988, identifica-se a universalização da previdência social na área da saúde.

70

Diversos elementos são encontrados no ‘Contrato Social’ como a igualização perante a lei que se estabelece como sendo uma das formas de observar o alcance do contrato ante à coletividade e sua convivência social. Isso quer dizer que a hipótese de Rousseau sobre a ordem social e sobre o pacto entre indivíduos procura estabelecer dentro da existência contínua dos homens perante as condições sociais e políticas que se sujeitam às fragilidades do próprio contrato.

Não seria diferente analisar tais fragilidades e paradoxos na atual sociedade em que as fragilidades do Estado se apresentam e enseja a modificação do contrato social, que seriam os próprios direitos sociais previdenciários postos em xeque.

Elementos participantes desse contrato como economia e política se constituem como condicionantes dessa ordem contratual, a atender às necessidades do mercado e da sociedade, o que produz para Rousseau uma delimitação entre o público e o privado.

Analisando ainda a desigualdade entre homens e mulheres postas por Rousseau (2003) ele liga à condição diferencial entre os sexos (masculino e feminino), sem justificar a exclusão da mulher é que se verifica que a definição

atual dos direitos previdenciários, principalmente os temporais, levam em consideração o sexo, já que tempo e idade se diferenciam para concessão de direitos aposentatórios em todos os regimes previdenciários.

No ‘Contrato Social’, Rousseau mostra as calamidades que a ordem social reparte entre os homens na sociedade (solidariedade) dentro de uma solução aos males da sociedade, mas que se sujeita aos males da corrupção que dissolve os laços sociais existentes, pois afirma que “as leis são sempre úteis para os que possuem e prejudiciais para os que nada têm” (ROUSSEAU, 2003, p. 30) e antecede dizendo que “sob os mais governos, essa igualdade é apenas aparente e ilusória, serve somente para manter o pobre na sua miséria e o rico em sua usurpação (ROUSSEAU, 2003, p. 30), e continua:

... pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível. O vínculo social é formado pelo que há de comum nesses diferentes interesses, e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordam, nenhuma sociedade poderia existir (ROUSSEAU, 2003, p. 33).

Ora, o texto é condizente com as modificações postas pelas reformas previdenciárias devido aos déficits oriundos tanto pela corrupção como pelas novas referenciais sociais postos pelo Estado.

Mas a grande articulação dos atributos da ordem política moderna e a complexidade demonstrada por Rousseau mostra a capacidade modificadora centrada na lei ligada a proteger o próprio Estado. E no dizer de Rousseau:

Assim como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como ficou dito, o nome de soberania (ROUSSEAU, 2003, p. 39).

Dentro dessas palavras, identifica-se que o poder político do Estado, em nome da soberania pode modificar os direitos sociais previdenciários, por meios de emendas constitucionais (como por exemplo a Emenda Constitucional nº 103/2019, o que ocorreu, e por legislações infraconstitucionais que modificaram vários institutos, como por exemplo a tipificação penal do crime de apropriação indébita previdenciária, nos termos da Lei nº 9.983/00, de 17 de julho de 2000. Nesse diapasão, segue-se a uma análise dos efeitos estabelecidos pela legislação em comento.

3 CRIMES PREVIDENCIÁRIOS: A MUDANÇA LEGAL E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO PENAL

Os crimes previdenciários inicialmente previstos na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 foram redefinidos posteriormente, com derrogação da lei, estabelecendo-se a tipificação dentro das infrações do Código Penal - CP, de forma específica dentro dos Crimes contra o patrimônio, tratando de uma descrição normativa descrita de um ato praticado contra à previdência.

A alteração legislativa se deu em virtude da Lei nº 9.983/00, de 17 de julho de 2000, determinando a inclusão de diversos artigos no Código Penal, relativos à criminalização de condutas lesivas à Previdência Social, estabelecendo conceitos descritivos, alcance da objetividade jurídica, elementos identificadores do tipo, consumação, tentativa, sujeitos do delito, penas, tipos de ação penal, além das hipóteses de inaplicabilidade da pena, extinção de punibilidade e perdão judicial.

A disposição desses crimes previdenciários traz uma controvérsia interpretativa que permite várias nuances, não somente no Direito Penal, mas com relação à seara previdenciária sobre as contribuições e manutenção do sistema contributivo e de pagamento a tais direitos sociais. A discussão envolve abordagens doutrinárias e jurisprudenciais em relação à descrição do crime de apropriação indébita previdenciária.

3.1 Crime de Apropriação indébita previdenciária

O crime de apropriação indébita era tipificado no Código Criminal Imperial como sendo um furto impróprio dentro das demais espécies de crimes de furto⁸, furto dada sua natureza autônoma, no Código de 1940, foi considerado com um tipo específico e não furto.

De forma específica, a apropriação indébita previdenciária foi normatizada em 1937, por meio do Decreto-Lei nº 65, de 14 de dezembro de 1937, que tratava sobre o recolhimento das contribuições devidas por empregadores e empregados aos Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões. Nessa mudança de contexto legal, a especialidade⁹ como princípio norteador passa a se

⁸ “Art. 257. Tirar a coisa alheia contra a vontade de seu dono, para si, ou para outro.

Penas - de prisão com trabalho por dois mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor furtado.

Art. 258. Também commetterá furto, e incorrerá nas penas do artigo antecedente, o que tendo para algum fim recebido a coisa alheia par vontade de seu dono, se arrogar depois o dominio, ou uso, que lhe não fôra transferido” (SIC!)

⁹ A estabelecer o brocado jurídico *Lex specialis derogat legi generali*.

estabelecer no campo de incidência de subsunção da norma, ou seja, às hipóteses de recolhimento de contribuições previdenciárias recolhidas e não repassadas às caixas de aposentadorias e pensões aplicava-se o referido Decreto-lei.

Na década de 1960, a apropriação indébita previdenciária passou a ser tipificada pela Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, na época pela Lei nº 3.087 de 26 de agosto de 1960. No entanto, o Decreto-lei nº 66/1966 equiparou algumas condutas lesivas à previdência social, como figuras típicas já descritas pelo Código Penal.

Posteriormente, o Decreto nº 83.081/1979 determinou que seria crime de apropriação indébita previdenciária, quando o agente deixa de recolher a contribuição devida à Previdência Social. Porém, com a Lei nº 8.137/1990, a apropriação indébita previdenciária deixa de ser equiparada à apropriação indébita, mas sem autonomia sendo considerado como crime contra a ordem tributária.

Porém, com a Lei nº 8.212, em 24 de julho de 1991, a apropriação indébita previdenciária se tornou um tipo penal autônomo, constituindo crime deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público, nos termos do Art. 95, letra “d”, até a edição da Lei nº 9.983/2000, em seu Art. 3º que revogou expressamente o referido Art. 95, acrescentando, especificadamente, o Art. 168-A¹⁰, o crime de apropriação indébita previdenciária.

O dispositivo descreve uma apropriação indébita caracterizada pela proteção ao direito patrimonial, protegendo o patrimônio público. Existem aspectos relacionadas aos elementos típicos da descrição normativa do crime como a conduta do agente, a posse ou detenção da coisa, a aplicação da pena, sujeitos do crime¹¹ etc.

Na descrição normativa do crime, não se exige que o autor tenha a posse ou detenção dos valores, ou que lucre com os valores das contribuições, mas tão somente que não sejam repassados tais valores.

¹⁰ **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.

¹¹ § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

O bem jurídico protegido é o patrimônio do Estado (Erário Público), ao mesmo tempo em que viola o interesse coletivo, pois a destinação da arrecadação ocorre por meio do repasse para o pagamento das despesas da Seguridade Social. Há uma lesão ao patrimônio público, pois ocorre a violação da política social da previdência no Brasil, o que se compreende como a violação da saúde, previdência e assistência social.

Solidariamente também se viola pelo não pagamento à seguridade social, pois é nesse paradigma inverso que as reformas da previdência estabelecem, já que a solidariedade se caracteriza pelo regime de subsistência dos benefícios previdenciários. Já o crime de apropriação indébita previdenciária se apresenta inverso à solidariedade.

Analisando-se o contexto de solidariedade, e a partir da compreensão de Durkheim (1999) que apresenta dois tipos de solidariedades positivas, sendo a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica. A solidariedade mecânica se explica pela existência de membros de uma sociedade que se ligam em razão de suas semelhanças formando uma consciência coletiva.

Esse movimento coletivo é denominado de solidariedade mecânica, e segundo o autor, Durkheim, constitui a base do direito penal. Ora, se a tutela da arrecadação propõe o financiamento dos programas sociais específicos, tais como auxílio desemprego, salário família, entre outros, compreende-se que o alcance da solidariedade é afetado pelo ferimento do funcionamento da seguridade social e seus subsistemas¹² constitucionalmente estabelecidos, não tendo um contraponto dos deveres fundamentais.

A conduta de não repassar os valores recebidos, possui o elemento subjetivo doloso, não se admitindo uma modalidade culposa segundo entendimento do STF e STJ. Esse dolo é do próprio tipo, não havendo, portanto, necessidade de comprovação do dolo específico¹³.

Analisando essa questão de que o tipo é doloso, esse entendimento faz sentido, pois diz o *caput* do dispositivo que a contribuição foi recebida (reco-

¹² Saúde, previdência e assistência social.

¹³ DIREITO PENAL. DOLO NO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. Para a caracterização do crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária (art. 168-A do CP), não há necessidade de comprovação do dolo específico de se apropriar de valores destinados à previdência social. Precedentes citados: HC 116.032-RS, Quinta Turma, DJ 9/3/2009; e AgRg no REsp 770.207/RS, Sexta Turma, DJe 25/5/2009. AgRg no Ag 1.083.417-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25/6/2013.

lhida) dos contribuintes e não foi repassada, no prazo, forma legal ou convencional, pois o dolo exigido está no apropriar-se, sem ter que se provar ou apresentar uma contraprova que se valeu da consumação, ou seja, da fraude, do crime de apropriação indébita previdenciária, pois a fraude não é elementar do tipo penal.

Em decisão proferida pelo STF, ficou identificado que o delito ofende a subsistência financeira da Previdência Social e sequer pode ser objeto de aplicação do princípio da insignificância.

PENAL. HABEAS CORPUS. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS (ART. 95, D, DA LEI N 8.212/91, ATUALMENTE PREVISTO NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS AUSENTES. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. DELITO QUE TUTELA A SUBSISTÊNCIA FINANCEIRA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, BEM JURÍDICO DE CARÁTER SUPRAINDIVIDUAL. ORDEM DENEGADA.

1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; HC 97036/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 22/5/2009; HC 93021/PE, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ de 22/5/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009.

2. In casu, os pacientes foram denunciados pela prática do crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias no valor de R\$ 3.110,71 (três mil, cento e dez reais e setenta e um centavos).

3. Deveras, o bem jurídico tutelado pelo delito de apropriação indébita previdenciária é a "subsistência financeira à Previdência Social", conforme assentado por esta Corte no julgamento do HC 76.978/RS, rel. Min. Maurício Corrêa ou, como leciona Luiz Regis Prado, "o patrimônio da seguridade social e, reflexamente, as prestações públicas no âmbito social" (Comentários ao Código Penal, 4. ed. - São Paulo: RT, 2007, p. 606).

4. Consectariamente, não há como afirmar-se que a reprovabilidade da conduta atribuída ao paciente é de grau reduzido, porquanto narra a denúncia que este teria desconto contribuições dos empregados e não repassado os valores aos cofres do INSS, em prejuízo à arrecadação já deficitária da Previdência Social, configurando nítida lesão a bem jurídico supraindividual. O reconhecimento da atipicidade material in casu implicaria ignorar esse preocupante quadro. Precedente: HC 98021/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 13/8/2010.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada.

Segundo entendimento do STF, o bem jurídico recai sobre uma coletividade, ou seja, afeta¹⁴ além do erário público, mas quem se beneficia das políticas sociais. Por isso, não reconheceu o princípio da insignificância mesmo diante de um valor ínfimo¹⁵. Assim, a violação da subsistência financeira da previdência social por si não admite a aplicação do princípio da insignificância. Já o STJ traz um outro entendimento quanto ao princípio da insignificância:

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALOR SONEGADO INFERIOR A DEZ MIL REAIS. CONDUTA DE MÍNIMA OFENSIVIDADE PARA O DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU QUE SE IMPÕE. HC 209.712/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013.

Porém nessa decisão, o STJ levou a situação a ser enquadrada nos termos expostos dos crimes contra a ordem tributária, mesmo porque a Lei nº 10.522/2000 é alcançada pelo princípio da insignificância.

76 Na discussão sobre o crime de apropriação indébita previdenciária ainda traz uma dúvida sobre os sujeitos ativos do crime, ou seja, de quem recebe os valores e deve repassá-los à Previdência Social que podem ser pessoas públicas e privadas. Como exemplos, os agentes pertencentes a pessoas de direito privado do Estado, estatais, e pertencentes a pessoas de direito público como União, Estados e Municípios, autarquias e fundações, que, por uma razão ou outra estejam obrigados a recolher¹⁶, pois

As contribuições, muitas vezes, são recolhidas em instituições bancárias que, por convênios (“convênções”) celebrados com o INSS, dispõem de prazo para repassarem os valores à Previdência Social. Portanto, poderão também figurar como sujeitos ativos.

Os agentes públicos também podem praticar esse delito, tendo em vista que as contribuições das empresas incidentes sobre o faturamento e o lucro, bem como aquelas referentes a receita de concursos de prognósticos, são arrecadadas e fiscalizadas pela Secretaria da Receita Federal, cujos valores devem ser repassados mensalmente ao Tesouro Nacional. A violação desse dever legal, que antes era um simples ilícito, tornou-se infração penal. (JESUS, 2003, p. 148)

¹⁴ Usa-se essa expressão porque o tipo penal tem por alcance.

¹⁵ Na data de hoje não chega nem a 3 salários mínimos.

¹⁶ Como exemplo de pessoas de direito público estão as universidades públicas, de regra autarquias federais, que contratam professores temporários e estes passam a adotar um regime previdenciário geral – RGPS e, muitas vezes, não têm o recolhimento previdenciário para fins aposentatórios.

Dentro dessa perspectiva, pode-se observar que, a norma leva a supor que exista uma responsabilidade objetiva diante do tipo penal, pois, a conduta do sujeito ativo é a vontade do titular responsável pelo recolhimento, ou no caso de entes da administração pública, do ordenador de despesa, e, no caso de sócios de empresas, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores que participem ou tenham participado da gestão de empresa beneficiada.

Carlos Alberto Castro entende que o sujeito ativo desse crime pode ser qualquer pessoa, inclusive o segurado que tenha obtido vantagens com a apropriação indébita previdenciária, por exemplo quando não desconta e nem repassa, e justifica sua opinião pelo fato de que se trata de um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, inclusive servidores públicos estaduais e municipais (CASTRO, 2007, p. 357-359), pois o ente público é equiparado à empresa segundo a legislação previdenciária (GOMES, 2000).

O crime praticado é omissivo próprio de acordo com o STF¹⁷, e sem a necessidade de nenhuma prescindibilidade especial para o agir ou mesmo a existência de dolo especial, nem mesmo as dificuldades financeiras que a empresa esteja passando¹⁸ podem ser consideradas situações de amenizar a responsabilidade penal. Porém, Damásio de Jesus afirma que esse tipo de crime

77

¹⁷ Como acontece com o crime de omissão de socorro disposto no art. 135, do Código Penal.

¹⁸ PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRESCINDIBILIDADE DO ESPECIAL FIM DE AGIR OU DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS REM SIBI HABENDI). CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (Súmula 283/STF).

2. O dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a consciência e a vontade de não repassar à Previdência, dentro do prazo e na forma da lei, as contribuições recolhidas, não se exigindo a demonstração de especial fim de agir ou o dolo específico de fraudar a Previdência Social como elemento essencial do tipo penal.

3. Ao contrário do que ocorre na apropriação indébita comum, não se exige o elemento volitivo consistente no animus rem sibi habendi para a configuração do tipo inscrito no art. 168-A do Código Penal.

4. Trata-se de crime omissivo próprio, em que o tipo objetivo é realizado pela simples conduta de deixar de recolher as contribuições previdenciárias aos cofres públicos no prazo legal, após a retenção do desconto.

5. Para que reste configurada a causa supralegal de exclusão da culpabilidade do omitente, que não faz o recolhimento em decorrência de problemas econômicos ou financeiros, é necessário que o julgador vislumbre a sua plausibilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cujo reexame seria inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe o enunciado sumular n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.

necessita de duas condutas, uma comissiva e outra omissiva, pois o agente recolhe o desconto previdenciário obrigatório, e depois deixa de repassar, não sendo, simplesmente uma conduta omissiva. O STF é adepto da teoria que o crime é um caso peculiar de crime omissivo material¹⁹.

3.2 Débitos previdenciários são débitos tributários?

Nessa relação ainda sobre a questão dos débitos previdenciários não repassados aos cofres públicos, segundo as determinações da Lei nº 11.457/2007, considera-se também como dívida ativa da União os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias, dando-lhes tratamento similar aos débitos tributários, apesar da descrição normativa do Art. 168-A, o objeto material do crime de apropriação indébita previdenciária é o valor recolhido e não repassado, e não o valor do débito tributário constituído após inscrição em dívida ativa, mesmo porque, um mesmo ato pode ensejar reflexos nas três esferas (civil, penal e administrativa), independentemente.

Porém, cabe aqui trazer a discussão dois elementos: o primeiro é saber se os débitos previdenciários são tributários, e o segundo, é verificar o cabimento na presente hipótese sobre a despenalização dos débitos tributários, até mesmo por causa da Súmula vinculante nº 24²⁰, a qual estabelece que só se tipifica crime tributário quando tiver havido a constituição definitiva do crédito tributário. Ou seja, se dívida estiver sido impugnada administrativamente, sem, portanto, que tenha sido constituído o crédito tributário, não se permite o ajuizamento da ação penal, pelo fato de que não se sabe se o crédito tributário vai ou não ser mantido ante o recurso administrativo.

Toda essa justificativa só é cabível se, admitir-se que a apropriação indébita previdenciária é um crime tributário, embora se encontre, no Código Penal, no rol dos crimes patrimoniais. Como também na exegese do Art. 1º da Lei nº 8.137/90, que estabelece:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

6. O dissídio jurisprudencial restou superado, nos termos do enunciado da Súmula 83 desta Corte.

7. Recurso não conhecido

¹⁹ Informativo nº 468 do STF de 10 a 14 de março de 2008, no Inq 2537 AgR/GO, rel. Min. Marco Aurélio, 10.3.2008. (Inq- 2537).

²⁰ 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.

- II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
 - III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
 - IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
 - V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.
- Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Como se não bastasse a equiparação legal do crime de apropriação indébita previdenciária a um tipo de crime contra o sistema tributário, a Lei nº 10.684/03 dispõe que o parcelamento de débitos, prevê a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos devidos e a suspensão da pretensão punitiva na hipótese de parcelamento do débito tributário:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. §1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. §2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

79

Como se não bastasse, esses mesmos efeitos foram concedidos também Lei nº 11.941/09, que promoveu alterações na legislação relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários em dois dispositivos, a seguir transcritos:

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei. Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Novamente, a Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011 trouxe uma modificação ao Art. 83, § 2º²¹, da Lei nº 9.430/96, onde a nova lei passou a admitir a suspensão da pretensão punitiva apenas na hipótese de pedido de parcelamento formalizado “antes do recebimento da denúncia criminal”.

Portanto, admite-se que as contribuições previdenciárias sejam espécies tributárias, mesmo que respeito a existência de diversas doutrinárias de classificação das espécies tributárias em duas: a classificação trinária²² ou a classificação quinária. A primeira espécie se estabelece a partir da literalidade do Art. 145 da Constituição, bem como do contido no Art. 5º da Lei nº 5.172/1966, Código Tributário Nacional – CTN. Já a repartição quinária²³, coloca no rol das espécies tributárias os impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições de intervenção no domínio econômico e as contribuições previdenciárias.

3.3 A extinção do crime de apropriação indébita previdenciária: o fundamento para a aplicação da régua de Lesbos

Supera-se qualquer discussão agora, ao se retornar ao Art. 168-A, do Código Penal em que se chega até a extinção da punibilidade quando do pagamento, mesmo ocorrendo a existência de crime, se assemelhando a outros crimes contra a ordem tributaria, porque são tipos penais que protegem o interesse estatal no recebimento das contribuições previdenciárias, ao mesmo tempo em que se protege a arrecadação de um tributo²⁴.

Assim, a denúncia só pode ser proposta pelo Ministério Público Federal – MPF quando se encerrar o procedimento administrativo-fiscal, como ocorre nos crimes contra a ordem tributária, a saber: a sonegação previdenciária e a apropriação indébita previdenciária. Por isso, existe a previsão específica de extinção da punibilidade pelo pagamento, como ocorre com o Art. 168-A, “§

²¹ “§ 2º - É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal”.

²² A doutrina apresenta também uma classificação bipartida, bipartite, dicotômica, dualista ou clássica, a qual leva em consideração a relação de vinculação do tributo com a atividade estatal e que fazem parte deste grupo as taxas e as contribuições de melhoria, já que as taxas são atribuídas a prestação de serviços específicos e divisíveis ao contribuinte ou o exercício do poder de polícia.

²³ Há também quem uma classificação de quatro espécies tributárias, além dos impostos, taxas e contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios. (AMARO, 2019)

²⁴ Nesse sentido o STJ entende que a o crime de apropriação indébita previdenciária é um crime tributário material e deve-se aplicar a súmula vinculante 24-STF à apropriação indébita previdenciária.

2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”. Ainda sobre ainda o prosseguimento da ação penal, o Art. 83 da Lei n.º 9.430/96 foi modificado pela Lei n.º 12.382/2011, com a seguinte redação:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 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 n.º 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. *(Redação dada pela Lei nº 12.350/2010)*

(...)

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. *(Incluído pela Lei 12.382/2011)*

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. *(Incluído pela Lei nº 12.382/2011)*

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. *(Incluído pela Lei nº 12.382/2011)*

81

Desse mesmo modo, se o agente ingressa no regime de parcelamento dos débitos tributários fica suspensa a pretensão punitiva penal do Estado, ou seja, o processo criminal fica suspenso, ou nas hipóteses previstas nos §§ 2º e 3º²⁵ do referido artigo em comento, o que se insurge trazer na discussão sobre a possível despenalização dos crimes previdenciários, numa análise metafórica da temática, vista sob a régua de lesbos.

²⁵ § 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 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 – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórias; ou

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. *(Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)*

A expressão é tomada a partir da descrição aristotélica, a qual indica um conceito de flexibilização e adaptação de normas em certos conceitos relacionados a alguns casos, podendo ampliar ou reduzir os limites legais, o que se observa com a tipificação penal ao mesmo tempo em que sistemicamente interpreta-se a não aplicação de qualquer pena.

Ora, a mudança legislativa estabeleceu uma utilidade de rapidez e eficiência da norma a solucionar os crimes previdenciários a partir de um direcionamento sob o viés econômico, com o fio condutor, que é o recebimento do dinheiro.

Mesmo com a infração penal caracterizada, se pago, a proposta normativa é apresentar um viés econômico ao crime previdenciário, em detrimento de critérios morais que violação a arrecadação previdenciária pelo não recolhimento da contribuição.

O Direito Penal, conforme abalizada doutrina, somente deve “preocupar-se”, ou melhor, conferir proteção aos bens mais relevantes e necessários à manutenção pacífica da sociedade.

Partindo-se desta premissa, passamos ao estudo do postulado da intervenção mínima, ou *ultima ratio* do direito penal. Com escopo em reduzir o raio de incidência da seara penal, o princípio da mínima intervenção, subtraí do resguardo daquele os bens passíveis de proteção por outros ramos do direito. Ora, o direito penal deve interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser vindicado somente quando os demais ramos do direito não forem suficientes para proteger os bens de maior importância.

A problemática, no entanto, se dá quando da escolha daqueles bens, efetivamente, necessários de proteção. Como bem sabido, ao Poder Legislativo é estabelecida a prerrogativa de inovar a ordem jurídica, quer seja em benefício do coletivo, quer seja em benefício de certos fragmentos da sociedade. Ingênuo, portanto, é aquele que acredita, piamente, que o poder legislativo é neutro a pressões sociais, ou ainda, que este prima pela melhor representação da sociedade. (AMARAL, 2013, p. 4)

A questão da premissa tutelada pelo tipo dá ensejo à descrição do crime a indicar o objeto que se protege, no caso, a violação aos cofres públicos e à coletividade no sentido de que o não recolhimento gera um déficit, devendo ser reconhecido apenas com o pagamento e a solução do cometimento do crime.

4 DESPENALIZAÇÃO NOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS: UM ESTUDO DA TEMÁTICA SOB A RÉGUA DE LESBOS

Nessa contextualização, observa-se que a palavra régua, do latim, regula, e aplicado ao Direito significa preceitos ou normas que servem de guia para

procedimentos ou comportamentos. Já o termo *Lesbos* vem Grego, da ilha de Lesbos.

Dessa forma, a expressão tem um sentido de um neologismo para flexibilizar o Direito e estabelecer uma justiça misericordiosa. Mas, em que sentido pode ser estabelecida a aplicação da “Régua de Lesbos” com relação aos crimes previdenciários como anunciados anteriormente?

Antes de conceituar o sentido da aplicação das “Réguas de Lesbos”, o contorno legislativo dado à matéria tem origem, criando, portanto, uma regra flexível, capaz de se dobrar diante de circunstâncias postas ali, quebrando uma abstração de um preceito legal existente.

4.1 A realidade da previdência social e a necessária adequação aos gastos públicos

Há um novo critério de interpretação do Direito que as normas são inseridas para que se adequem a essa nova realidade social. A lei penal tão discutida, não tem o intuito de punir, mas de criar um instrumento capaz moralizar uma conduta, mesmo às avessas, e solucionar problemas financeiros da previdência.

O ajuste partiu da classificação das contribuições previdenciárias como espécies tributárias, onde, a partir daí, ocorre a mutabilidade, alicerçada já nas hipóteses de outros tributos e que a legislação se aplica a essa nova realidade, gerando, por meio das razões legais, a flexibilidade na decisão, modulando as regras penais que, anteriormente, tinham o caráter subsidiário, ou seja, somente quando não puder ser solucionado pelas regras civis, e agora numa visão da estrita legalidade se coloca a flexibilização do próprio Direito Penal.

Nesse sentido, a análise metafórica em se aplicar a “Régua de Lesbos”²⁶ é usar a ponderação para se encontrar o melhor mecanismo e alcançar o Direito pretendido, como propõe Aristóteles, a “Régua de Lesbos” era uma régua de chumbo usada pelos operários para medir blocos de granitos, e por ser flexível a régua ele se ajustava a todas as irregularidades existentes na superfície (NADER, 1999), enquanto que a propositura da legislação penal se adequa às necessidades do Estado e às infundáveis ondulações da experiência humana.

O contexto aristotélico se enquadra a partir das regras de equidade ao se aplicar a lei, adequando às situações. Por isso, Aristóteles faz menção ao equitativo e ao justo observando as circunstâncias em cada caso:

²⁶ Contrário à “Régua de Lesbos” surge a figura mitológica do “Leito de Procusto”, uma vez que o local (cama) não se adaptava ao tamanho, mas as pessoas, se maiores, lhes cortava as pernas, se menor, puxava-o até ficar do mesmo tamanho.

Consequentemente, embora o equitativo seja justo e seja superior a uma espécie de justiça, não é superior à justiça absoluta, mas apenas ao erro devido à expressão absoluta. Esta é a natureza essencial do equitativo, ou seja, é uma retificação da lei onde é lacunar em função de sua generalidade. Com efeito, essa é a razão por que não são todas as coisas determinadas pela lei; pelo fato de haver alguns casos (e situações) em relação aos quais é impossível estabelecer uma lei, é necessária a existência de um decreto especial, pois aquilo que ele próprio indefiniu só pode ser medido por um padrão indefinido, como a régua plúmbea usada pelos construtores em Lesbos; tal como essa régua não é rígida, podendo ser flexibilizada ao formato da pedra, um decreto especial é feito para se ajustar às circunstâncias do caso. (ARISTÓTELES, 2009, p. 173)

Há uma adequação à lei penal no caso dos crimes de apropriação indébita previdenciária, não cabível a outros tipos penais tipificados contra o patrimônio, interpretando-se o dispositivo, a partir das necessidades existentes, sendo, portanto, um recurso para se obter o pagamento da obrigação.

A lei penal é fria, tipifica o crime e prevê a pena, mesmo com todo o contorno da aplicação de dosimetria da pena do Art. 59, do Código Penal, o tipo penal do Art.168-A dá um outro referencial para a aplicação do direito penal, colocando apenas uma regra o pagamento da contribuição não recolhida, levando a norma penal a um único propósito.

A equidade vista nesse diapasão proposto por Aristóteles, não se choca com o conceito de justiça geral e abstrata como deveria ser previsto em todos os outros tipos penais, mas procura adequar a lei às necessidades da realidade, em face de circunstâncias individuais, não do réu, mas do próprio Estado.

O referido delito atinge à Previdência Social e não o patrimônio do particular, e nessa adequação à Constituição de 1988 em que prevê no art. 5º, LXVII²⁷ de que não haverá prisão por dívida, esse tipo penal seria, no mínimo inconstitucional ao confrontar a inadimplência à Previdência Social como uma tipificação, a gerar uma privação da liberdade, pois prevê uma pena abstrata de reclusão de 2 a 5 anos e multa por uma dívida.

Nesse limite, também se percebe que a “Régua de Lesbos” se adequa dentro da descrição do tipo, passando pela proibição da prisão por dívida, por isso, utiliza a extinção da punibilidade.

²⁷ “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Apesar da proibição da prisão por dívida, salvo o devedor de alimentos, não seria permitido também. No entanto, para a configuração do crime é necessário que haja o recolhimento da contribuição previdenciária e que não seja repassada à Previdência.

Gasparoto (2018) ao analisar esse tipo penal, procura realizar um estudo sobre os elementos que configuram o delito: fato típico; antijurídico; e culpável. A culpabilidade é composta pela imputabilidade do agente, pelo potencial de consciência da ilicitude e pela exigibilidade de conduta diversa. Ele afirma que a exigibilidade de conduta diversa é a única possibilidade de o agente agir de acordo com o direito no momento da ação ou omissão²⁸. E, se existir essa conduta diversa, não haveria crime também (MASSON, 2013, p. 679).

4.2 A Régua de Lesbos: a discricionariedade judicial em se aplicar ou não a pena

A aplicação da “Régua de Lesbos” permite que o Juiz, possa deixar de aplicar a pena de reclusão, mas tão somente a multa do Art. 168-A:

[...]

§ 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: *(Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)*

85

²⁸ PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO **PREVIDENCIÁRIA**. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA RECONHECIDA. **APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA**. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. **INEXIGIBILIDADE DE CONDOTA DIVERSA**. DIFICULDADES FINANCEIRAS COMPROVADAS. **RECURSO DA DEFESA PROVIDO. RECURSO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO**. 1. Réu denunciado como incurso no artigo 168-A, §1º, I e artigo 337-A, I, c.c. o artigo 71 e 69, todos do Código Penal e condenado, apenas, pelo delito de sonegação **previdenciária**. 2. A jurisprudência sedimentou-se no sentido da aplicação da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal aos crimes de **apropriação indébita** previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, reconhecendo a natureza material das infrações e, conseqüentemente, a consumação com a constituição definitiva do crédito tributário, bem como a necessidade do prévio exaurimento do procedimento administrativo fiscal como condição de procedibilidade para deflagração da ação penal. O termo a quo para a contagem da prescrição é constituição definitiva do crédito tributário. Prescrição da pretensão punitiva retroativa reconhecida em relação ao delito de sonegação previdenciária entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença. 3. **Capítulo absolutório da sentença. A defesa trouxe aos autos elementos concretos de que a existência da empresa/sociedade estava comprometida, sendo graves e contundentes as dificuldades financeiras experimentadas pela pessoa jurídica no período indicado na denúncia. Ações de execução, despejo por falta de pagamento de aluguel, demissões, penhora de bens do acusado e involução patrimonial do sócio. Empresa com atividade encerrada quando da fiscalização. Mantido o capítulo absolutório da sentença na qual se reconheceu causa supralegal de exclusão de culpabilidade**. 4. Recurso da defesa provido e da acusação desprovido. (APL n.º 0000691-66.2006.4.03.6181, TRF 3, DJe 13/11/2018).

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000*)

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. (*Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000*)

A adaptação da equidade a ser dada pelo juiz deve estar inserida no caso concreto, para que seja capaz de estabelecer uma apropriação do conceito de Aristóteles a ser utilizado na decisão e deixar de aplicar a pena conforme o entendimento do julgador. E, como diz Passos,

Como a equidade é uma disposição de ânimo voltada para a realização da justiça que independe da justiça legal, segue que uma das formas plausíveis de corrigir as falhas e omissões da justiça legal, ou seja, das leis elaboradas pelo legislativo, é recorrendo ao dispositivo da equidade. Em seu cotidiano, os homens dotados de equidade são equitativos ao enfrentarem situações particulares. Ora, o juiz também precisa elaborar suas decisões sobre casos particulares. (PASSOS, 2009, p. 32)

86

Esse entendimento de Passos reforça que a equidade impõe ao juiz encontrar o mecanismo de justiça no caso concreto, permitindo que se possa interpretar a norma, trazendo uma orientação hermenêutica, e realizando justiça no caso concreto. Na equidade não se discute mais se a lei é justa ou injusta pelos padrões normais existentes, mas tão somente a realização da justiça no caso concreto, em que se estabelece uma análise dos valores ético-sociais existentes, e não a rígida aplicação do Direito, por ser uma solução incompatível com os fins almejados.

Então, observa-se que o propósito da Previdência Social é encontrar saídas que sejam capazes de superar a crise financeira existente, e, a partir da abstração de um tipo penal conduzir a uma solução que atenda a natureza da coisa.

Na equidade infere-se também aplicar a particularidade do caso em desconformidade com a abstração do próprio tipo penal, ao mesmo tempo em que o juiz verifica as exigências jurídicas daquilo que é peculiar, identificando o réu e o objeto de proteção do tipo penal (STRECK, 2009).

Uma outra questão sobre a equidade é que ela coloca juízo um amplo poder normativo, como também uma percepção de método interpretativo do direito, da forma como Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, expressa ser a equidade na justiça, já que as leis, por serem casos hipotéticos e abstratos, devem ser adaptadas ao caso concreto:

[...] o equitativo, apesar de ser diferente do justo seja ainda assim louvável; com efeito, se os dois são diferentes ou o justo ou o equitativo não é bom, e se ambos são bons, eles são a mesma coisa.

[...] o equitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor do que o justo. A justiça e a equidade são, portanto, a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância.

[...] Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica (ARISTÓTELES, 2009, p. 109-110)

Aqui se faz a transcrição de Aristóteles para que se conceba uma ideia de equidade, mas também para o juiz, no caso concreto, possa usar a sua discricionariedade²⁹ quando achar adequado, e nesse sentido possa trazer a concepção de equidade dentro da interpretação e na argumentação de se aplicar o direito³⁰, pois a equidade não se afasta do Direito, ao contrário, regula a sociedade com normas gerais do justo e do equitativo adaptando aos casos concretos.

87

Portanto não se discute mais se é justo ou não, mas se traduz na busca pela adequação da norma ao caso concreto. É clara a situação do artigo que se estuda, de forma que a extinção da punibilidade não observa os condicionamentos que o Código Penal traz na parte geral, mas no próprio tipo como espontaneamente deve declarar, confessar e efetuar o pagamento das contribuições, na importância do valor principal e dos acessórios e prestar as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal, de forma que pela especialidade o próprio tipo estabelece o desaparecimento da pretensão punitiva do Estado.

Como a alteração do CP foi dada pela Lei nº 9.983/2000, a proposta é que o pagamento seja realizado antes do início da ação fiscal, com a cientificação pessoal do contribuinte, da forma como a relação procedimental fiscal, e não

²⁹ No sentido de liberdade de escolha a partir da margem legal como se concebe no Direito Administrativo

³⁰ Mesmo o § 4º estabelecer que essa faculdade possui limites coerentes ali disciplinados: “4º A faculdade prevista no § 3º deste artigo não se aplica aos casos de parcelamento de contribuições cujo valor, inclusive dos acessórios, seja superior àquele estabelecido, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais” (Incluído pela Lei nº 13.606, de 2018)

com a formalização do Termo de Início da Ação Fiscal -TIAF. Cabe mencionar aqui que esse pagamento antes da denúncia é causa de extinção da punibilidade, e como assevera Castro:

A previsão de extinção de punibilidade esteve presente no art. 34 da Lei nº 8.137/1990, para os casos em que o agente promovesse o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive as acessórias, antes do recebimento da denúncia. Essa norma foi revogada pelo art. 98 da Lei nº 8.383/1991, porém seus efeitos permanecem válidos para os fatos ocorridos durante sua vigência (CASTRO, 2011, p. 467).

E se o recolhimento acontecer depois do início da ação de execução fiscal não seria causa de extinção da punibilidade. Entretanto, o § 2º do art. 9, da Lei nº 10.684/2003, extingue-se a punibilidade dos crimes de apropriação indébita previdenciária, quando a pessoa jurídica relacionada com o agente, efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. (GOES, 2008). Mais uma adequação da “Régua” como forma de recolher a contribuição previdenciária, como também estimular o pagamento da contribuição. Castro (2011) entende que preenchidos os requisitos legais, o juiz deve conceder o perdão ou a pena de multa.

88

4.3 Danos greves ao patrimônio da previdência: até onde vai a “Régua de Lesbos”?

A apropriação indébita previdenciária causa danos graves ao patrimônio do Estado e principalmente à coletividade, pois a previdência tanto alcança benefícios previdenciários, assistenciais e saúde para a coletividade brasileira carente socialmente e que, muitas delas, dependem de um sistema social que deveria ser eficaz. Essas pessoas desfavorecidas que buscam por dignidade esperam do estado social mecanismos de sobrevivência.

A diminuição da arrecadação previdenciária causa violação aos próprios direitos sociais, portanto, a tipificação do delito e o contorno dado pela própria lei, constitui instrumento arrecadatório às avessas, pois a Previdência possui um conjunto de meios utilizados pela sociedade para ter seus benefícios garantidos constitucionalmente, ao mesmo tempo que necessita da fonte de custeio. Essa problemática poderia ter sido resolvida pelo próprio Direito Previdenciário, Direito Administrativo-fiscal, mas foi transferida para o Direito Penal³¹.

³¹ E Processual Penal também, pois utiliza-se do processo penal.

A análise realizada percebe-se que o Estado reconheceu a ausência de efetividade de suas leis civis³², o Direito Penal foi estabelecido como instrumento disponível à essa tutela previdenciária, não dentro de uma interpretação literal do texto contido no art. 168-A, mas contrabalanceando uma necessidade estatal proposta entre a necessidade e adequação e utilidade da persecução penal de um viés civilista, deixando a questão da subsidiariedade do Direito Penal, ou seja, do Direito Penal mínimo, para ser balizado como instrumento de proteção de um bem relevante e necessário para a manutenção da previdência no Brasil.

Dentro dessa premissa, a disposição não vai atender à intervenção mínima ou *ultima ratio*³³ do Direito Penal, mas de uma intervenção eficaz e com o propósito arrecadatório para a manutenção desse importante Direito Social.

Segue na linha contrária do Direito Penal em interferir o menos possível na vida em sociedade, o que deveria ser feito por outros ramos do direito, mas como não forem suficientes para se proteger, a escolha do Direito penal foi importante para a garantia do patrimônio previdenciário.

É claro que o legislador define a escolha dos bens que são tutelados pelo Direito Penal, mas, nesse caso, Apropriação Indébita Previdenciária, o legislador procurou uma superfície irregular para adequar as medidas de necessidade da Previdência Social, reconstituindo, esse Direito Penal Mínimo, retirando o caráter subsidiário e adequando a régua (por isso a relação metafórica da “Régua de Lesbos”). Claus Roxin acerca da subsidiariedade do Direito Penal estabelece que:

A proteção de bens jurídicos não se realiza são mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ‘ultima ratio da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (ROXIN, 2011, p. 48)

³² Dentro de um contorno de dicotomia entre o civil e penal.

³³ “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.” (BITTENCOURT, 2019, p. 48)

Percebe-se que as políticas sociais de proteção dos bens jurídicos trazidas pelo Direito Penal não estão contidas no dispositivo em que se traçam essas discussões, ao contrário, os outros meios de proteção não foram suficientes, mas foi no Direito Penal que se encontrou uma solução extrapenal.

Não se busca com o tipo a autoria e a materialidade do delito, mas cobrança do que deveria ter sido pago à Previdência e não foi, de forma que se identifica a acomodação da denominada “Régua de Lesbos” na definição aristotélica de medir o alcance do Direito numa seara cheia de imperfeições.

Outra questão que se estabelece diz respeito à análise da última *ratio* do Direito Penal e essa adequação que propõe o tipo penal, mas, percebe-se que resolve a controvérsia estatal. Não uma controvérsia social, como comumente têm o intuito dos tipos penais, primeiro porque o tipo penal não surge de atos de violência, nem de uma insegurança social. Ao contrário, o tipo responde satisfatoriamente ao problema administrativo existente.

Com essa análise, a *ultima ratio* do Direito Penal mostra que nem sempre as condutas humanas são tuteladas pela seara penal, e, mesmo que seja, como ocorre com o tipo penal que se discute, não teria a necessidade da intervenção penal, mas essa foi a saída para a solução previdenciária, assim como tem ocorrido com o Direito Tributário.

Essa nova dimensão faz com que a apropriação indébita previdenciária não tenha importância para o Direito Penal, mas a necessidade estatal permitiu que a condutas viessem a sofrer interferência, como instrumento para que a sociedade desfrute dos direitos sociais propostos pela Previdência Social, por isso, a utilização por meio do tipo penal. Nesse diapasão, percebe-se que a metragem da régua aristotélica pode medir um direito por meio de outro. Não que a apropriação indébita previdenciária não mereça reprovabilidade da seara penal, mas a simples previsão penal e possibilidade objetiva do delito encontra meios para punir o ato reprovável, muito mais que a previsão civil do débito previdenciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma modificação estrutural e de sentido para a arrecadação das contribuições previdenciárias, de forma que inicialmente o Estado reformulou sua organização com o intuito de atender as diretrizes do Estado democrático, pautado em direitos fundamentais e garantidor de direitos sociais. Essas modificações ocorreram no Brasil, principalmente, no pós-Constituição de 1988 e suas alterações em sede constitucional e infraconstitucional.

Nesse liame, o Poder Público optou em colocar os mecanismos de cobrança da previdência social no Direito Penal, como responsável por esse controle, ao mesmo tempo em que tipificou o crime, propôs um resultado a ser esperado por meio da cobrança via tipificação penal, por isso, se buscou estabelecer um diálogo entre o crime de apropriação indébita previdenciária e o contorno dado para lei e pelo aplicador do Direito a esse referencial buscado a partir do estabelecido nos crimes contra a ordem tributária.

Foram também discutidas as nuances desse tipo penal como uma proposta de existência de questões norteadoras sob vários aspectos, inclusive por meio de uma digressão histórica do surgimento do tipo penal atrelado a uma política arrecadatória, mostrando que o tipo penal estava topograficamente dentro dos crimes patrimoniais, o que propôs inicialmente uma postura do Judiciário mais fechada, em sequer aceitar a aplicabilidade do princípio da insignificância.

O crime tem uma conduta típica mista, inclusive com defesa pelo próprio STF, mas sem um interesse em aplicar as leis penais dado uma nova disposição prevista nos §§ 2º e 3º, do Art. 168-A, nos quais verifica-se se que a lei penal escolhe arrecadar quando deveria ser punir.

A trajetória do trabalho foi traçada por viés metafórico da decisão o Estado brasileiro a partir da teoria de aplicação da “Régua de Lesbos” de Aristóteles que se adequa as medições aos mais variáveis desníveis existentes dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro, ao ser detectado que o sistema previdenciário, por si só, não consegue exigir a cobrança, mas por meio avesso utiliza o sistema penal para executar.

Esse mecanismo não constituiu uma inovação, mas a semelhança da sistemática utilizada pelo Direito Tributário na cobrança de tributos pelo processo penal, e nessa linha de entendimento, a classificação quinária dos tributos coloca a contribuição previdenciária dentro da seara tributária.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal** – parte geral. 25ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL **Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003.** Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.684.htm. Acesso em: 23 fev. 2020.

BRASIL **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.** Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição [...] e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm. Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL **Lei n.º 12.382, de 25 de fevereiro de 2011.** Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12382.htm. Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007.** Dispõe sobre a Administração Tributária Federal [...] e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2007/Lei/L11457.htm. Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.983/2000.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9983.htm. Acesso em: 25 fev. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito Previdenciário.** 8. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2007.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 13. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do Trabalho Social.** 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAGNANI, Eduardo. Direitos sociais no fio da navalha. In: **20 Anos da Constituição Cidadã: avaliação e desafio da Seguridade Social.** VAZ, Flavio Tonelli, MUSSE, Juliano Sander, SANTOS, Rodolfo Fonseca dos (Coords.). Brasília: ANFIP, 2008. 270 p.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade Social e Direitos Humanos.** São Paulo: LTR, 2007.

FERREIRA, Sergio Guimarães. **Sistemas previdenciários no mundo: sem “almoço grátis”.** Pp. 65-94, 2007. Disponível em: https://ipea.gov.br/agencia/imagens/stories/PDFs/livros/Arq08_Cap02Sistemas_21.pdf. Acesso em: 23 fev. 2020.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Manual de Direito Previdenciário**. 3.ed, Salvador: Jus podium, 2020.

GASPAROTO, Gustavo dos Santos. **Apropriação indébita previdenciária e inexigibilidade de conduta diversa**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/apropriacao-indebita-previdenciaria/>. Acesso em 01 de março de 2020.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed., Rio de Janeiro: Ferreira, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Da apropriação indébita previdenciária: art. 168-A do Código penal com redação dada pela Lei nº 9.983, de 14.07.2000. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 17, p.366-369, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Impetus: Rio de Janeiro, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte especial**. v. 2. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 37. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Ed. Almedina, 2004.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nova York, 1948.

PASSOS, Jorge R. C. Justiça e equidade em Aristóteles. **Revista Augustus**. Rio de Janeiro Vol. 14 n. 28 Ago. De 2009.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9014>. Acesso em: 29 fev. 2020.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.