

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PREVIDENCIÁRIO

CAROLINE FELIPE SANTOS

**A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA  
NO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA**

NATAL/RN

2020

CAROLINE FELIPE SANTOS

**A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA  
NO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Centro Universitário do  
Rio Grande do Norte (UNI-RN) como  
requisito final para obtenção do título de  
Especialista em Direito Previdenciário

**Orientadora:** Prof<sup>a</sup> Vandréa Gomes Alves

NATAL/RN

2020

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN  
Setor de Processos Técnicos

Santos, Caroline Felipe.

A inexigibilidade de conduta diversa no crime de apropriação indébita previdenciária / Caroline Felipe Santos. – Natal, 2020.  
29 f.

Orientadora: Profª Vandréa Gomes Alves.

Monografia (Pós-Graduação em Direito Previdenciário) – Centro  
Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Apropriação indébita previdenciária – Monografia. 2. Inexigibilidade  
de conduta diversa – Monografia. 3. Excludente de culpabilidade –  
Monografia. I. Gomes, Alves, Vandréa. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 349.3

Larissa Inês da Costa (CRB 15/657)

CAROLINE FELIPE SANTOS

**A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA  
NO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Centro Universitário do  
Rio Grande do Norte (UNI-RN) como  
requisito final para obtenção do título de  
Especialista em Direito Previdenciário

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Vandréa Gomes Alves

**Orientadora**

---

Prof<sup>o</sup>. Fabiano César Petrovich Bezerra

**Membro**

---

Prof<sup>o</sup>. Vítor Limeira Barreto da Silveira

**Membro**

## RESUMO

A presente monografia debruçou-se sobre a análise de uma causa supralegal de “Exclusão de Culpabilidade”, assim considerada enquanto Inexigibilidade de Conduta Diversa”, nos crimes de “Apropriação Indébita Previdenciária”, tendo em vista a crise financeira vivenciado pelas empresas em nosso país, desde o ano de 2015. Nessa perspectiva, o presente estudo científico está dividido em três capítulos. O primeiro trata de apresentar os aspectos históricos e a fundamentação legal que trouxe o crime de “Apropriação Indébita Previdenciária” no ordenamento jurídico. O segundo aborda os elementos do tipo descrito no Art. 168-A do Código Penal Brasileiro. E o terceiro e último capítulo, enfoca o tema objeto proposto, desenvolvendo conceitos e definições jurídicas voltadas para as questões sobre a avaliação do cabimento e aplicação da “Inexigibilidade de Conduta de Diversa” como causa apta a fulminar a culpabilidade do referido crime.

**Palavras-chave:** Apropriação indébita previdenciária. Inexigibilidade de conduta diversa. Excludente de culpabilidade.

## ABSTRACT

This monograph focused on the analysis of a supralegal cause of "Exclusion of Guilt", thus considered as Unenforceability of Diverse Conduct ", in the crimes of " Social Security Misappropriation ", in view of the financial crisis experienced by companies in our country , since 2015. In this perspective, the present scientific study is divided into three chapters. The first deals with presenting the historical aspects and the legal foundation that brought the crime of "Social Security Misappropriation" in the legal system. The second addresses the elements of the type described in Article 168-A of the Brazilian Penal Code. And the third and last chapter, focuses on the proposed object theme, developing concepts and legal definitions aimed at questions about the assessment of the appropriateness and application of the "Unenforceability of the Conduct of Diverse" as a cause capable of blaming the culpability of that crime.

**Keywords:** Misappropriation of Social Security. Unavailability of diverse conduct. Excluding guilt.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2 DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA</b> .....	8
2.1 Resumo histórico da apropriação indébita previdenciária no brasil.....	8
2.2 Origem do tipo penal .....	9
<b>3 ELEMENTOS DO TIPO DESCRITO NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL</b> .....	11
3.1 O bem jurídico protegido .....	11
3.2 Os sujeitos do ilícito .....	12
3.3 Classificação do crime.....	13
3.4 Elemento subjetivo da conduta .....	15
3.5 Consumação e tentativa.....	16
<b>4 A INEXIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE</b> .....	20
4.1 A(s) conduta(s) omissiva(s) do tipo e a lesão ao bem jurídico .....	20
4.2 O “Dolo Genérico” e o “Dolo Específico” como elemento subjetivo no crime de apropriação indébita previdenciária.....	21
4.3 O fenômeno da presunção da apropriação e as consequências dessa ficção no art. 168-A do CP.....	25
4.4 Análise da jurisprudência sobre a excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa .....	26
4.5 Breves considerações da pena privativa de liberdade no crime de apropriação indébita previdenciária. ....	31
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	34
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	36

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia adentra na análise dos meios legais que os responsáveis tributários dispõem para apresentar técnica diante da prática do crime de “Apropriação Indébita Previdenciária”, descrito no art. 168-A, inciso I, do Código Penal.

“A Inexigibilidade de Conduta Diversa no Crime de Apropriação Indébita Previdenciária” será abordado com base em pesquisas na legislação, doutrina e jurisprudência, com destaque para os precedentes casuísticos.

Nesse viés, a importância do estudo reside no fato de que muitas empresas brasileiras não têm cumprido suas obrigações tributárias por motivo de impossibilidade de manutenção de sua própria existência, em face de alta carga de tributos; e não apenas por simples negligência ou temeridade.

Em que pese não poder ser tratado como tema novo, no campo jurídico, a presente pesquisa científica vem contribuir para a expansão do conhecimento e exame técnico sobre as questões fático-jurídicas que o envolvem, e ainda permite ser explanado como elemento contemporâneo das mais variadas interpretações judiciais.

Portanto, constitui finalidade deste trabalho verificar a comprovação de inexigibilidade de conduta diversa e seu alcance, como causa excludente de culpabilidade no crime de Apropriação Indébita Previdenciária.

Hodiernamente, o Brasil vem vivenciado a exacerbação do período de crise econômico-financeira, desde os fatos políticos nacionais do ano 2015, refletindo conseqüentemente no âmbito empresarial e do mercado de trabalho.

Assim, a monografia conta com subdivisão metodológica em três capítulos. No primeiro deles, apresentam-se os aspectos históricos, a fundamentação legal do crime de “Apropriação Indébita Previdenciária” e as causas de extinção da punibilidade. No segundo capítulo, abordam-se os elementos do tipo do art. 168-A do Código Penal Brasileiro. No último, enfoca-se o tema objeto de estudo, objetivando avaliar a real aplicação da inexigibilidade de conduta de diversa, como causa suprallegal excludente de culpabilidade; tendo como consequência a não penalização.

Diante disso, muitas atividades empresariais sofrem abalo para continuar o exercício de suas tarefas e finalidades, enfrentando dificuldades para saldar suas obrigações legais com o “Fisco”, além de suportar também as implicações criminais dessas faltas - que algumas vezes ocorrem por absoluta impossibilidade financeira da

pessoa jurídica e seus responsáveis tributários.

Nesse sentido, os efeitos da imputação e condenação da pessoa física, em decorrência de fato previsto como “Apropriação Indébita Previdenciária” poderá gerar pena privativa de liberdade advinda de ilícito civil, essencialmente, alçado à esfera penal, tendo origem em uma dívida tributária.

Logo, a possibilidade de se excluir a pena, através da excludente supralegal em destaque, apresenta-se como medida de Justiça. Mormente, quando se verifica “força maior” capaz de abrandar ou justificar a prática do delito do art. 168-A, CP.

## 2 DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

### 2.1 Resumo histórico da apropriação indébita previdenciária no Brasil

O Decreto-Lei n. 65, de 14 de dezembro de 1937, no seu art. 5º, definiu o crime de “Apropriação Indébita Previdenciária”, sendo a primeira legislação a regular a matéria.

Posteriormente, a Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social/LOPS), no art. 86, passou a prevê a conduta substituindo o Decreto-lei n. 65/37, com relação aos atos ocorridos após sua vigência.

Seguidamente, o Decreto-Lei n. 66, de 21 de novembro de 1966, considerou também como crime outros fatos concernentes à “Contribuição Previdenciária.”

Através do Decreto 77.077, em 24 de janeiro de 1976, expediu-se a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), que dispôs em seu art. 149 texto semelhante ao da Lei Orgânica de Previdência Social (LOPS).

Após, pelo Decreto n. 83.081, de 24 de janeiro de 1979 foi aprovado o Regulamento de Custeio da Previdência Social, definindo como crime de “Apropriação Indébita Previdenciária”, a conduta de deixar de recolher na época própria, contribuição ou outra quantia arrecadada do segurado ou do público e devida à previdência social.

Adiante, foi promulgado o Decreto n. 83.321, de 24 de janeiro de 1984, que expediu a “Nova Consolidação das Leis de Previdência Social”, estabelecendo em seu art. 146 que a falta de recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Previdência Social e arrecadada dos segurados ou de público é punida com a pena do crime de apropriação indébita.

Posteriormente, foi publicada a Lei n. 8.137 de 27 de dezembro de 199, e, pela primeira vez, deixou-se de fazer equiparação à conduta descrita no Código Penal. Assim, passou-se a prevê o ilícito de forma genérica, como “sonegação fiscal”.

A partir de 24 de julho de 1991, passou a vigorar a Lei n. 8.212, que foi responsável por estabelecer o Plano de Custeio da Seguridade Social, prevendo em seu art. 95, alínea “d”:

Art. 95. Constitui crime:

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público;

§ 1º. No caso dos crimes caracterizados nas alíneas “d”, “e” e “f” deste artigo, a pena será aquela estabelecida no art. 5º da Lei n. 7.492, de 10 de junho de 1986, aplicando-se à espécie as disposições constantes dos arts. 26, 27, 30, 31 e 33 do citado diploma legal.”

Em que pese a instituição de dispositivo legal próprio para o crime de “Apropriação Indébita Previdenciária”, no que tange à pena o legislador permaneceu a realizar referência a outro preceito legal. Isto porque, no referido § 1º do artigo 95 da Lei n. 8.212/91 estabeleceu-se que fosse aplicado ao tipo a sanção prevista no artigo 5º da Lei 7.492/86.

Por fim, com a edição da Lei n. 9.983/2000, foi incluído no Código Penal o crime de “Apropriação Indébita Previdenciária”, previsto no art. 168-A. De maneira que, restou revogado a alínea “d” do artigo 95 da Lei n. 8.212/91, pelo art. 3º daquela.

Diante do exposto, verifica-se que após várias décadas a figura incriminadora da conduta de “Apropriação Indébita”, transmutou-se na legislação brasileira aplicável à Previdência Social, até resultar no artigo 168-A do Código Penal, que intitulou dispositivo independente como crime a “Apropriação Indébita Previdenciária, bem como, estabeleceu pena própria aplicável.

## 2.2 Origem do tipo penal

Quanto ao delito em evidência, a mesma redação do Código Penal de 1830 permaneceu dada à Consolidação das Leis Penais, de 1932.

Dessa forma, tão-somente no Código Penal de 1940 vê-se instituído artigo próprio para a “Apropriação Indébita”, que se tornando um dispositivo autônomo em relação ao crime descrito como “Furto”.

Entretanto, é evidente a semelhança existente entre o tipo penal disposto no artigo 168-A (“Apropriação Indébita Previdenciária”) com aquele previsto no artigo 168 do Código Penal (“Apropriação Indébita”), que por sua vez é considerado um desdobramento do crime de furto, conforme ensina de Nelson Hungria *apud* Casagrande (2010, p. 44):

*[...] no Brasil, o Código de 1830 não reconhecia autonomia ao crime que se trata, dispondo no seu art. 258, que ‘também cometerá furto, o que tendo para algum fim recebido coisa alheia pro vontade do seu dono se arrojar depois o domínio, ou uso, que lhe não fora transferido’.*

Assim, pode-se compreender que a origem da “Apropriação Indébita”, vulgarmente denominada “Comum” advém do tipo penal de “Furto”, o que permite entendê-la como uma espécie deste.

Contudo, com a inserção do artigo 168-A no Código Penal, viu-se nova diferenciação normativa, pois a “Apropriação Indébita Previdenciária” distanciou-se do conceito para o crime de furto. Principalmente, por referir-se à legitimidade da posse do bem. Nesse diapasão, caracteriza-se como um **crime formal** <sup>1</sup>, sendo desnecessário a produção de resultado para que se configure.

Para a consumação do crime de “Apropriação Indébita Previdenciária”, insculpida no art. 168-A do CP, é necessário que o agente pratique a conduta inserta no núcleo do tipo, qual seja, “deixar de repassar” à *Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional*; ou “deixe de” realizar algumas das obrigações descritas nos incisos seguintes ao caput.

Por isso, impende traçar três diferenças principais entre a conduta de “Apropriação Indébita” e a “Apropriação Indébita Previdenciária”, sendo as seguintes:

1) o art. 168 do Código Penal trata de um crime cuja conduta diz-se comissiva <sup>2</sup>; 2) o art. 168- A do Código Penal relata um crime cuja conduta diz-se mista, uma vez que à ação comissiva (de apropriação) advém uma omissão; a de deixar de repassar ou recolher ou pagar, conforme todos os núcleos (verbos) do tipo legal e 3) inexistente a posse anterior, quando se está diante da “Apropriação Indébita”.

Em suma, a origem do tipo penal da Apropriação Indébita comum advém de uma espécie de furto. Contudo, com a inserção do artigo 168-A no Código Penal, a Apropriação Indébita Previdenciária foi diferenciada do crime de furto, tendo em vista se referir à legitimidade da posse, assim, caracteriza-se como um crime formal, sendo desnecessário a produção de resultado para a sua configuração.

---

1 Crime formal é aquele em que a lei descreve uma ação e um resultado, no entanto, o delito restará consumado no momento da prática da ação, independentemente do resultado, que se torna mero exaurimento do delito. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2006, p.198)

2 Crimes comissivos ou de ação: são os praticados mediante uma conduta positiva, um fazer, tal como se dá no roubo. Crimes omissivos/de omissão: são os cometidos por meio de uma conduta negativa, de uma inação (contrário de ação), de um não fazer. Crimes de conduta mista: são aqueles em que o tipo penal é composto de duas fases distintas, uma inicial e positiva, outra final e omissiva (MASSON, Cleber, 2020, p.187.)

### 3 ELEMENTOS DO TIPO DESCRITO NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL

#### 3.1 O bem jurídico protegido

No crime de “Apropriação Indébita Previdenciária” do art. 168-A, do CP, o bem jurídico protegido apresenta natureza patrimonial, à primeira vista.

Porém, numa análise menos superficial, percebe-se que o legislador quis garantir a subsistência financeira da Previdência Social, tendo o patrimônio coletivo tutelado pela Seguridade Social - saúde, assistência social e previdência social - como objeto jurídico protegido, essencialmente.

A seguridade social consiste em um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, que tem como objetivo o bem estar e a justiça social, e o amparo aos cidadãos no âmbito da saúde, da previdência e da assistência social.

De acordo com a Constituição Federal a Seguridade Social é um “conjunto de ações por parte dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Nas lições de Marisa Ferreira (2010, p. 25)

*A seguridade social é financiada na forma prevista no art. 195 da CF: “por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, e pelas contribuições sociais previstas nos incisos I a IV.*

De outro modo, protege-se também a “Ordem Tributária”, pois que as “Contribuições Sociais” possuem natureza tributária<sup>3</sup>.

Desse modo, conceitua-se a Contribuição Social como espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, seguridade social, intervenção no domínio econômico e interesse de categorias profissionais ou econômicas.

De acordo com o entendimento do **Supremo Tribunal Federal (STF)**, o bem jurídico tutelado na “Apropriação Indébita Previdenciária” é a subsistência financeira

---

3 “As contribuições sociais previstas no art. 195 da CF suscitam divergência sobre sua natureza jurídica. Predomina na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que são tributos mais precisamente contribuição parafiscal.” (SANTOS, Marisa Ferreira, 2010,). “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” (Constituição Federal/88, Art. 194)

à Previdência Social.<sup>4</sup>

Também é essa a compreensão de Fábio Zambitte Ibrahim (2012, p. 474):

*Entretanto, com a inovação legal, criou-se a figura da apropriação indébita previdenciária, no mesmo título dos crimes contra o patrimônio, ao lado da apropriação indébita tradicional. Em virtude disto, entende-se que o bem jurídico tutelado é o patrimônio da Previdência Social.*

Portanto, primeiramente tutela-se o Erário (“Ordem Tributária”) e conseqüentemente, o patrimônio da “Previdência Social”. Além disso, a política pública protetiva da Seguridade Social, razão de fundo do objeto jurídico amparado.

### 3.2 Os sujeitos do ilícito

O sujeito ativo é a pessoa física que pratica os fatos descritos no art. 168-A do CP, sendo o responsável ou quem tem a obrigação legal de repassar os valores relativos às “Contribuições Sociais Previdenciárias”. Desse modo, a pessoa jurídica não é pode cometer o delito em comento<sup>5</sup>.

Pelo entendimento doutrinário majoritário o referido tipo é classificado como “crime próprio”. Isto significa que o tipo penal requer uma capacidade jurídica especial do agente<sup>6</sup>.

Logo, o sujeito ativo da “Apropriação Indébita Previdenciária” também não pode ser qualquer pessoa física, mas somente aquela quem detenha o dever legal de repassar/recolher/pagar os valores devidos quanto às exações destinadas à Previdência Social.

A título de exemplo, elencam-se hipóteses que podem indicar o sujeito ativo deste crime, a saber: 1) as figuras dos diretores ou administradores que participem ou

---

4 “Deveras, o bem jurídico tutelado pelo delito de apropriação indébita previdenciária é a “subsistência financeira à Previdência Social”. (STF. HC 98021/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 13/8/2010).

5 Tal fato foi admitido pela Constituição Federal de 1988, a qual passou a caracterizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, através do artigo 173, § 5º, “ A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. “Os crimes ambientais também foram definidos como delitos que podem ser cometidos por pessoa jurídica, através do art. 222” (SILVA, Ango José, 2019)

6 “Os crimes próprios são aqueles que só podem ser cometidos por determinadas pessoas, tendo em vista que o tipo penal exige certa característica do sujeito ativo.”(NUCCI, Guilherme de Souza, 2006, p.205).

tenham participado da gestão de empresa, 2) o titular da firma individual, 3) os sócios solidários e gerentes da pessoa jurídica<sup>7</sup>.

Sobre o tema, aduz Amado (2014, p. 952):

*Outrossim, o tipo engloba a conduta dos agentes de instituições financeiras que recebem as referidas contribuições previdenciárias e não fazem o citado repasse.*

Ressalte-se que os “agentes públicos” são passíveis de praticar o crime do art. 168-A do CP, tendo em vista as “Contribuições Sociais” das empresas, incidentes sobre o faturamento e o lucro, bem como, aquelas referentes à receita de concursos de prognósticos, que são arrecadadas e fiscalizadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, cujos valores devem ser repassados ao Tesouro Nacional.

É que para os fins do “Direito Previdenciário” tem-se o ente público como uma empresa, pessoa jurídica de Direito Público. Assim, por equiparação, o Chefe do Poder Executivo é considerado como administrador da mesma.<sup>8</sup>

Noutro quadrante, quanto ao sujeito passivo diz-se que é o “Poder Público” ou o “Estado”, responsável pelo Sistema de Previdência Social; ou de forma indireta, os beneficiários desta última. Pois, não raro são privados de remuneração, através dos respectivos descontos das contribuições previdenciárias em folha de pagamento, acreditando que os valores serão destinados ao fim específico.

Conforme está posto no capítulo anterior, onde se tratou da origem do tipo penal do art. 168-A, do CP e das razões que impulsionaram a proteção legislativa ao bem jurídico; antes tido como um ilícito civil, a violação daquele dever legal tributário passou a configurar também em uma infração penal, capaz de ser praticada pelas pessoas acima.

### 3.3 Classificação do crime

Há divergências doutrinárias, quanto à natureza jurídica do crime de

---

<sup>7</sup> “Interessante também observar que a conduta prevista no *caput* é usualmente praticada pelo agente bancário, pessoa responsável por transferir os valores arrecadados à Previdência Social.” (IBRAHIM, Fábio Zambitte, 2012)

<sup>8</sup> “Fechando o tipo por equiparação, também cometerão este crime as pessoas físicas que deixarem de recolher contribuições devidas à previdência social e que tenham integrado nas despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviço também consumarão este delito.” (AMADO, Frederico. 2014)

“Apropriação Indébita Previdenciária”.

Alguns estudiosos do tema, consideram-na como crime “omissivo próprio”. Em contrapartida, sustentam outros que se trata de crime “misto”, requisitando uma conduta omissiva e uma conduta comissiva<sup>9</sup>.

Sobre a configuração do ilícito, ocorre apenas com a prática da conduta de “deixar de recolher” as “Contribuições Sociais Previdenciárias”, no prazo e forma legal ou convencional, sendo desnecessário o “dolo específico” do agente (*animus rem sibi habendi*), característica subjetiva que será abordada adiante.

Em que pesem as inúmeras atribuições da Doutrina acerca da categorização, passa-se ao que foi pacificado em sede das Colendas Cortes do Brasil.

Para a “Apropriação Indébita Previdenciária”, o **Supremo Tribunal Federal (STF)** e o **Superior Tribunal de Justiça** firmaram entendimento no sentido de tê-la como crime omissivo próprio (puro)<sup>10</sup>.

Não obstante, há os que ainda consideram como “crime misto”. Assim, tem-se a conduta comissiva representada pela desconto ou retenção das “Contribuições Sociais Previdenciárias”; ao passo que a conduta omissiva, posterior, recairia no ato de não repassar os valores recolhidos.

No que trata do elemento volitivo, o **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**<sup>11</sup> e o **Supremo Tribunal Federal (STF)**<sup>12</sup> entendem desnecessária a vontade deliberada de apropriação no crime de Apropriação Indébita Previdenciária do art. 168-A do CP, assim sendo um crime de mera conduta<sup>13</sup>, pois que:

**O crime de apropriação indébita previdenciária exige apenas “a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de**

9 Crimes de conduta mista: são aqueles em que o tipo penal é composto de duas fases distintas, uma inicial e positiva, outra final e omissiva (MASSON, Cleber, 2020).

10 É assente o entendimento já consolidado nesta Corte que “o tipo penal do artigo 168-A do Código Penal constitui crime omissivo próprio, que se consuma com o não recolhimento da contribuição previdenciária dentro do prazo e das formas legais, inexigindo a demonstração do dolo específico.” (STJ, AgRg no AREsp n. 774.580/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de **04/04/2018**).

11 “Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, os crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária prescindem de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos” (STJ, AgRg no AREsp 469.137/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em **5/12/2017**, DJe 13/12/2017).

12 “O crime de apropriação indébita previdenciária exige apenas “a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como *animus rem sibi habendi* (a intenção de ter a coisa para si).” (STF, HC 113418, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em **24/09/2013**, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013).

13 “Os crimes omissivos próprios são crimes de “mera conduta”, como, por exemplo, a omissão de socorro, aos quais não se atribui resultado algum”, enquanto os crimes omissivos impróprios “são crimes de resultado”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. 2003)

**agir, conhecido como *animus rem sibi habendi* (a intenção de ter a coisa para si).** Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária” (HC 113418, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013).

Em suma, o delito de “Apropriação Indébita Previdenciária” do art. 168 do CP é classificado, pacificadamente, como crime “omissivo próprio”, em que o tipo objetivo é realizado pela simples omissão de “deixar de repassar” as “Contribuições Sociais Previdenciárias” aos cofres públicos; no prazo legal ou convencional.

Para as particularidades deste trabalho, considerar-se-á o referido delito como pertencente à classe dos crimes “omissivos próprios”<sup>14</sup>, não se exigindo “dolo específico” para seu desfecho.

### 3.4 Elemento subjetivo da conduta

No crime de “Apropriação Indébita Previdenciária”, tem-se como elemento subjetivo o “dolo genérico”, uma vez que inexistente a modalidade culposa<sup>15</sup>.

Para o ilícito em estudo, basta “deixar de repassar” os valores destinados às contribuições para Previdência Social.

Sendo assim, para fins de consumação do tipo penal, é suficiente a “simples omissão” na conduta, sendo desnecessária o exame das circunstâncias que ocasionaram o “não fazer”, ou o porquê; como por exemplo a situação financeira da empresa.

Nesse particular, os entendimentos do **Supremo Tribunal Federal (STF)** e **Superior Tribunal de Justiça (STJ)** não é necessário que seja comprovado “dolo específico” para que fique caracterizado o crime do art. 168-A do CP:

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

14 “Crime omissivo próprio é o crime que se perfaz pela simples abstenção do agente, independentemente de um resultado posterior.” (NUCCI, Guilherme de Souza, 2006)

15 “O crime culposo consiste em se alcançar um resultado antijurídico, não desejado, porém previsível, que poderia ter sido evitado se o agente tivesse dado a atenção necessária ao praticar determinado ato.” (MIRABETE, Julio Fabbrini.2007).

Turma, DJe 25/5/2009. **AgRg no Ag 1.083.417-SP**, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em **25/6/2013**).

Também nesse sentido, Fábio Zambitte Ibrahim (2012, p. 475) afirma:

*Embora também não seja algo pacífico, pode-se dizer que este crime dispensa o dolo específico, ou, no caso, o animus rem sibi habendi, isto é, ter a coisa apropriada para si mesmo. Basta a consciente e livre vontade do agente em reter os valores devidos à Previdência Social, independente de fim específico.*

Portanto, resta demonstrada que a conduta propriamente dita, considerada punível, reside na “simples omissão” do responsável tributário de repassar as “Contribuições Sociais Previdenciárias” ou de realizar os núcleos dos tipos dos parágrafos seguintes: deixar de recolher; deixar de pagar; estando assim caracterizado o dolo.

### 3.5 Consumação e tentativa

Quanto à natureza jurídica do delito de “Apropriação Indébita Previdenciária” há controvérsias, sobre as quais se discorre apenas para apresentar destaques doutrinários e jurisprudenciais importantes.

Ou seja, traz-se um singelo comparativo de como a Doutrina e a Jurisprudência disputaram a questionar se o referido tipo constituiria “crime formal” sendo bastante para sua consumação “deixar de repassar” as “Contribuições Sociais Previdenciárias”, ou se o mesmo possuiria natureza de “crime material” sendo necessário um resultado naturalístico para a sua perpetração.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão do ano de 2008, considerou a natureza do delito de Apropriação Indébita Previdenciária como crime omissivo material. Vejamos decisão:

**APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - CRIME - ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. INQUÉRITO - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO.** Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e - ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente - a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado. (Inq 2537 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em **10/03/2008**, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-01 PP-00113 RET v. 11, n. 64, 2008, p. 113-122 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 430-441)

Por sua vez, o **Superior Tribunal de Justiça** em 2016 adotou o mesmo entendimento.

**“Na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior, o crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, ostenta natureza de delito material.** Portanto, o momento consumativo do delito em tela corresponde à data da constituição definitiva do crédito tributário, com o exaurimento da via administrativa (ut, (RHC 36.704/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 26/02/2016). Nos termos do art. 111, I, do CP, este é o termo inicial da contagem do prazo prescricional” (AgRg no REsp1.644.719/SP, DJe 31/05/2017).

À vista disso, a susposta mudança de entendimento da Suprema Corte refletiu nas conclusões e decisões dos demais tribunais do país, divergindo do posicionamento da doutrina majoritária.

É que a doutrina majoritária tem defendido que o delito tipificado como “Apropriação Indébita Previdenciária” enquadra-se como crime “omissivo próprio e formal”, pelo que para a sua consumação não se pressupõe um resultado naturalístico; mas tão somente a simples conduta de “deixar de repassar” as exações com arrecadação vinculadas à Previdência Social.

Porém, conforme demonstram os (02) dois precedentes supratranscritos, os Tribunais Superiores (STF e STJ) vem anunciando que o referido crime ostenta “natureza material”, tendo em vista o momento da consumação, pois que esta só ocorre com a constituição definitiva do crédito tributário. Isto é, com o exaurimento da via administrativa onde se atesta a infração civil que também repercute no âmbito independente da esfera criminal. Se assim não for, a ação penal incondicionada<sup>16</sup> sequer poderia ser ajuizada e também não se iniciaria a fluência da contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva<sup>17</sup>, no caso.

Em que pese a divergência nos posicionamentos, compreende-se que não houve mudança no entendimento do Supremo quanto a sua natureza jurídica, uma vez que o crime do art. 168-A ostenta natureza formal, o qual não exige um resultado naturalístico para a sua consumação.

---

16 “Ação Penal Pública Incondicionada é a iniciada mediante denúncia do Ministério Público nas infrações penais que interferem diretamente no interesse público. É a regra no processo penal. Portanto, independe de representação ou requisição.” (AVENA, Norberto. 2017)

17 “A prescrição da pretensão punitiva é chamada impropriamente de prescrição da ação, onde decurso do tempo faz com que o Estado perca o direito de punir, no tocante à pretensão do Poder Judiciário julgar a lide e aplicar a sanção abstrata.” (MARTINEZ, Celso. 2015)

Dessa forma, a consumação ocorre no termo da expiração do prazo<sup>18</sup> legal (ou convencional) para repassar ou recolher a contribuição Social<sup>19</sup> pertinente.

Portanto, falar-se-á em crime consumado a partir do momento em que afetada a função arrecadadora da Previdência Social.

Nesse sentido, disse o Supremo Tribunal Federal (STF):

*In casu*, não há, no ato impugnado, situação teratológica ou consubstanciadora de flagrante ilegalidade a justificar exceção à Súmula 691-STF, máxime porque a pretensão do impetrante não encontra acolhida na jurisprudência desta Corte, que **entende dispensável o procedimento administrativo fiscal ante a natureza formal do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)**. Confira-se trecho de decisão proferida pelo Ministro Cezar Peluso que bem equaciona a questão: [...] No caso dos chamados **crimes tributários**, a definição da instância administrativa é questão prévia à da existência, jurídica e definitiva, de crédito tributário. Ou seja, na hipótese de não haver crédito tributário, à falta de lançamento definitivo, ou em caso de decisão administrativa que não reconheça a existência de crédito, não há o resultado material previsto pela norma e, pois não há tipicidade do fato. Mas isso não se dá na hipótese, pois **não há necessidade de nenhum procedimento prévio para apurar o montante ou o valor da contribuição previdenciária devida. O desconto ou retenção de certa quantia ao salário é ato que concerne exclusivamente ao poder decisório do empregador. Ora, se há valor retido, apurado segundo o próprio juízo do empregador, há a obrigação do recolhimento respectivo aos cofres da Previdência Social, independente do fato de o valor descontado corresponder, ou não, ao crédito exigível. O tipo penal aperfeiçoa-se, em tese, no momento em que nasce ao empregador a obrigação jurídica de transferir à autarquia as importâncias que reteve a título de desconto previdenciário**. Nesse caso, conjugam-se as duas condutas previstas no tipo penal – “descontar” e “deixar de recolher”. A discussão administrativa sobre o valor, portanto, é de todo irrelevante sob tal aspecto. [...] (**HC:97888 RJ**, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: **30/05/2011**, Data de Publicação: Dje-106 DIVULG 02/06/2011 PUBLIC 03/06/2011).

Outrossim, é de se registrar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde está posto que não houve alteração de paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), uma vez que a compreensão jurídica do crime descrito no Art. 168-A não teve alterada a sua natureza; a contar do julgamento do Agravo Regimental no Inquérito nº 2537/GO, pois que ainda constitui crime formal.

Conquanto a matéria tenha sido apreciada e julgada, à época (em 2008), pelo Plenário do colendo STF, o fundamento efetivamente acolhido, por todos os Ministros que participaram daquele julgamento, para declararem a

18 Lei nº 8.212, art. 30, alínea “b”: “recolher os valores arrecadados na forma da alínea “a” deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22 desta Lei, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da competência;”.

19 “Contribuição Social é o tributo vinculado cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal indireta e mediata (mediante uma circunstância intermediária) referida ao obrigado” (Tavares, 2010, p. 8)

necessidade da prévia constituição definitiva do crédito tributário como condição para a persecução penal, naquele caso específico – em que o crédito encontrava-se com a exigibilidade suspensa -, não autoriza a implementação do mesmo entendimento a todos os casos de apropriação indébita previdenciária ou a conclusão de que o delito do art. 168-A do Código Penal exige dolo específico – *animus rem sibi habendi* -, conforme esclarece o voto condutor da eminente Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do HC 96.092-8/SP, razão pela qual **o julgamento antes mencionando como *leading case* de inúmeras outras decisões judiciais proferidas nas instâncias inferiores, revelou-se, em verdade, precedente isolado, na Corte Suprema, não sendo, inclusive, o posicionamento atualmente adotado pela 1ª e 2ª Turmas do STF, que mantêm, igualmente, o entendimento de ser o delito do art. 168-A do Código Penal crime formal**, que não exige a constituição definitiva do crédito tributário e o dolo específico (*animus rem sibi habendi*) para a sua configuração, sendo a AP 516 (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, Dje de 03/12/2010) o novo precedente do Plenário da Suprema Corte sobre a matéria [...] **(TRF-1-ACR:468 RR 2000.42.00.000468-8, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 26/03/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e- DJF1 p.898 de 13/04/2012).**

Diante do exposto, é notório que houve um equívoco na redação dada ao julgamento do Agravo Regimental no Inquérito Policial nº 2.537-2-GO, o qual consta em sua redação que o delito de Apropriação Indébita Previdenciária ostenta natureza material.

Com relação à tentativa, entende-se que esta é impossível, no delito em comento, tendo em vista que considera-se o crime praticado em um único ato. Ou seja; ou o agente deixa de repassar, recolher, pagar; ou não deixa.

Assim, “a doutrina se pacificou no sentido da impossibilidade de tentativa do aludido crime”, consoante assevera Jefferson Aparecido Dias (2007, p. 53).

***Na modalidade de apropriação indébita previdenciária dissemos acima que se trata de um tipo penal omissivo próprio. Ora, nesses delitos, além de ser impossível a tentativa, o momento consumativo passa a ser aquele em que vencido o prazo do recolhimento, não é ele efetuado. O próprio inciso I refere-se a ‘no prazo legal’, o que nos leva a concluir que, ultrapassado esse momento, está consumado o delito.***

Com isso, expõe-se a classificação doutrinária e jurisprudencial para o crime de “Apropriação Indébita Previdenciária” do art. 168-A do CP, como “omissivo puro”; praticado em um único ato, razão porque inexistente na forma tentada.

## 4 A INEXIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE

Neste capítulo, a abordagem se inicia pelas consequências da conduta de “deixar de recolher” a “Contribuição Social Previdenciária” e se essa conduta resulta, de fato, em lesão ao bem jurídico.

A seguir, entendeu-se necessária a análise do “fenômeno” da presunção, no âmbito da “Apropriação Indébita Previdenciária” e os efeitos da ficção (ou aparência) no Direito Penal.

Da mesma forma, é pertinente conferir ênfase à disciplina do “dolo” e a prescindibilidade da existência de “dolo específico”, para que se caracterize o crime de “Apropriação Indébita Previdenciária” do art. 168-A, do CP.

Por último, adentra-se no exame da jurisprudência recente sobre o tema, viabilizando importantes considerações baseadas na Constituição Federal de 1988 e no Pacto de San José da Costa Rica, com o fito de apresentar reflexões jurídicas sobre a possibilidade a prisão por dívida, oriunda de “Obrigação Tributária” (Contribuição Social Previdenciária), cujo inadimplemento gera ilícito penal.

### 4.1 A(s) conduta(s) omissiva(s) do tipo e a lesão ao bem jurídico

Conforme exposto alhures, o crime do art. 168-A do CP caracteriza-se pela a(s) conduta(s) nele descrita(s), representada(s) pelo núcleo(s) do tipo: “deixar de repassar”(caput); deixar de recolher(§1º, I e II); deixar de pagar(§1º, III), no prazo legal e/ou convencional.

Comumente, a(s) conduta(s) incriminadora(s) é(são) praticada(s) pelo empregador, uma vez que este possui o “dever legal” de realizar tal(is) ação(ões).

Segundo Hugo de Brito Machado (p.433, 2010):

*Diante da vigente Constituição, portanto, pode-se conceituar a contribuição social como espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social.*

Alguns autores sustentam que o patrimônio de “**todos os cidadãos**” que integram o “**sistema previdenciário**” é o bem jurídico protegido pela norma penal;

sendo esse o entendimento de Greco (2009, p. 447)<sup>20</sup>.

Para o que se propôs o estudo monográfico, adota-se a compreensão jurídica de que, em sentido estrito, a lesão ao bem jurídico é de natureza patrimonial, sendo lesionado o patrimônio público, notadamente a Previdência Social, e, conseqüentemente, de forma secundária, os interesses dos segurados.

Conforme Luiz Flávio Gomes (2001, p.275):

*O delito de apropriação indébita previdenciária sempre deve ocasionar, em consequência uma lesão patrimonial, que acaba afetando só secundariamente os interesses dos próprios segurados e a livre concorrência das empresas (a empresa que, podendo, não efetua o recolhimento das contribuições acaba apoderando-se de algo que juridicamente não lhe pertence. Ganha, com isso, maior disponibilidade financeira para seus negócios).*

O sistema da Seguridade Social é mantido por toda a sociedade de forma solidária, portanto todos são solidariamente responsáveis, ou seja, há uma responsabilidade compartilhada entre sociedade civil e o Estado.

Nesse ínterim, deixar de recolher os valores devidos à previdência ocasiona desfalque no capital do Estado, e conseqüentemente gera lesão aos beneficiários desse direito social.

Vale destacar a importância da previdência social para a sociedade, tendo em vista que o Brasil possui um número elevado de pessoas idosas e as mesmas necessitam dos benefícios previdenciários para garantir o seu sustento de forma digna.

#### 4.2 O “dolo genérico” e o “dolo específico” como elemento subjetivo no crime de apropriação indébita previdenciária

Entende-se por “dolo” “a vontade consciente de realizar a conduta típica” (NUCCI, 2014, p.184). Por sua vez, à expressão “dolo genérico” é atribuída o significado de: “praticar a conduta típica, sem qualquer finalidade especial” A seu turno, compreende-se como “dolo específico” “a mesma vontade, embora adicionada de uma especial finalidade”(NUCCI, 2014, p.185).

---

<sup>20</sup> “ O art. 11 do PCSS enumera as receitas que compõem o orçamento da seguridade social: receitas da União (I), receitas das contribuições sociais (II) e receitas de outras fontes (III).” (SANTOS, Marisa Ferreira. 2010.p.32)

No delito de “Apropriação Indébita Previdenciária” é prescindível a intenção deliberada do sujeito ativo, pois o dolo estaria consubstanciado tão somente pela vontade livre e consciente de “deixar de” repassar/recolher/pagar as obrigações tributárias previdenciárias – assim consideradas - no prazo legal ou convencional.

Na doutrina especializada, há posicionamentos divergentes, com relação a exigência de vontade específica, no não agir.

A parte majoritaria comunga com o entendimento de que - ao contrário da Apropriação Indébita do art. 168, CP, cuja conduta típica consiste em “apropriar-se”- a Apropriação Indébita Previdenciária do art. 168-A do CP não pressupõe fim especial porque caracteriza-se apenas em “deixar de repassar/recolher/pagar”.

Noutro quadrante, a parte minoritária tem defendido ser necessário que o agente mantenha a intenção de se apropriar das exações previdenciárias.

Nesta última hipótese, as “Contribuições Sociais Previdenciárias” deveriam ser destinadas ao custeio do sistema previdenciário, o que não ocorreria por deliberada vontade do agente, com objetivo de apropriar-se. Ao contrário, não seria possível caracterizar a apropriação, seja qual for a modalidade.

Nessa linha, Greco (2009, p. 448) sustenta que o elemento subjetivo do delito em comento, é o dolo específico. Isto é, a vontade de fraudar a “Previdência Social”, retendo de forma indevida as “Contribuição Previdenciárias.”

Em sede de jurisprudência, o tema está sedimentado nas Cortes Especiais.

Conforme entendimento do **Supremo Tribunal Federal**, para a consumação do crime de Apropriação Indébita Previdenciária (art. 168-A, CP) não é exigível o “dolo específico”, diferentemente da “Apropriação Indébita Comum” (art. 168, CP), que é um delito comissivo.

O crime de apropriação indébita previdenciária exige apenas “a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como animus rem sibi habendi (a intenção de ter a coisa para si). Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária” (**HC 113418**, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em **24/09/2013**, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013)

De igual modo, posicionou-se o **Superior Tribunal de Justiça**, consoante ementa colacionada abaixo:

Nos termos da jurisprudência desta Corte, "em crimes de sonegação fiscal e de apropriação indébita de contribuição previdenciária, este Superior Tribunal de Justiça pacificou a orientação no sentido de que sua comprovação prescinde de dolo específico sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos"(AgRg no AREsp 607.918/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 22/09/2020).

À vista disso, constata-se que a simples omissão do agente em cumprir seu dever legal perfectibiliza o crime do art. 168-A do Código Penal.

Nessa perspectiva, é muito importante inquirir e investigar qual o meio adequado para diferenciar separar duas situações fáticas, a princípio: 1) aquela em que o sujeito ativo do crime quer se locupletar deliberadamente, do valor correspondente ao "crédito tributário", por meio da omissão da conduta; 2) aquela em que o sujeito ativo do crime, verdadeiramente, não tem condições financeiras para agir, no sentido de cumprir com as "exações tributárias".

Nesse contexto, cumpre ao responsável pelas omissões de deixar de repassar/recolher/pagar "Contribuições Sociais Previdenciárias" provar ao Judiciário, cabal e fundamentadamente, a impossibilidade de agir.

Para tanto, a qualidade das provas documentais a serem apresentadas atingem elevado grau de valor.

No direito processual são várias as espécies de provas que podem ser produzidas, com o fim de se comprovar a verdade real dos fatos ora alegados, a exemplo podem ser citadas a prova documental, testemunhal, pericial e a inspeção judicial.

No caso da prova documental<sup>21</sup>, está pode ser representada por fotografia, desenhos, escritos fiscais, gravações e até mesmo livros empresariais, uma vez que estes detém presunção de veracidade, ante sua formalidade.

De acordo com NUCCI (2014, P. 560):

*Um empresário, por exemplo, pode deixar de recolher determinado tributo (ou mais de um), por estar em péssima situação financeira, buscando salvar seu negócio. Ainda que saiba ser ilícita a sua atitude, não vê outra saída, até para não ser engolido pela concorrência. Provada a situação desesperadora e excepcional, parece-nos viável a sua absolvição.*

---

21 Comunga do mesmo entendimento Thiago Marquesin, autor do artigo "As espécies de provas sob a ótica do Novo CPC".

Assim, mediante os registros de contabilidade e fiscal da empresas será possível demonstrar a idoneidade da alegação de “Inexigibilidade de Conduta Diversa”, capaz de abrir caminho para a **defesa indireta** que objetive a “Extinção da Culpabilidade” com base naquela “causa suprallegal.

No que diz respeito às aventadas dificuldades financeiras, tem-se que, em casos tais, a jurisprudência e a doutrina admitem a inexigibilidade de conduta adversa, sob certos pressupostos, como forma de exclusão da culpabilidade delitiva. Para tanto, faz-se necessária a apresentação de provas contundentes da insolvência do empreendimento e do esforço pessoal dos sócios. (**AGREX 1.382.238-SC**. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em **02-09-2019**)

#### 4.3 O fenômeno da presunção da apropriação e as consequências desta ficção no art. 168-a do CP

Nos ramos do Direito Tributário e Direito Administrativo é aceitável a presunção de fatos, os quais serão capazes de gerar efeitos jurídicos.

Por este motivo, a Administração Pública considerar como reais, ou verdadeiras; algumas suposições.<sup>22</sup>

Contudo, para o Direito Penal, não se admite tal proceder.

Assim, referidas relações jurídicas não podem ser baseadas apenas em presunções, uma vez que aquele é regido pelo “Princípio da Verdade Real”, conforme entendimento de Suzuki (2010, p. 248).

Justamente, porque o “Direito Penal” deve submeter-se à regência do “Princípio da Estrita Legalidade” e do “Princípio da Taxatividade”, não se acatando presunção fática que fundamentem eventual condenação; sob pena de contrariar a Constituição Federal de 1988<sup>23</sup>.

Segundo o entendimento de Bitencourt (2008, p. 10), com relação aos “Princípios da Legalidade e da Reserva Legal,” as normas incriminadoras só podem ser elaboradas por lei, ou seja, sem lei nenhum fato poderá ser considerado crime e nem uma pena poderá ser aplicada.

À guisa de exemplo, diz-se que no momento em que se estabelece uma “relação jurídica” entre devedor e credor e se estipula a obrigação do devedor como a de entregar alguma coisa e não de devolver algo, estamos diante de um bem. Assim, expõe Suzuki (2010, p. 249):

***Somente se devolve algo que efetivamente já pertencia ao credor, quando se trata de uma simples restituição ao legítimo proprietário, como é o caso dos empréstimos ou depósitos, onde a obrigação principal é a simples restituição e o restante da obrigação constitui no eventual pagamento pelos serviços e despesas com o acautelamento.***

22 São atributos dos atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade, e executoriedade. (Di Pietro, 2001)

23 Segundo o entendimento de Bitencourt (2008, p. 10), com relação aos “Princípios da Legalidade e da Reserva Legal,” as normas incriminadoras só podem ser elaboradas por lei, ou seja, sem lei nenhum fato poderá ser considerado crime e nem uma pena poderá ser aplicada.

Art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal que ““não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

E segue o doutrinador citado<sup>24</sup>, distinguindo:

*No caso dos tributos aqueles valores nunca pertenceram ao Estado. Dizer que os mesmos já pertencem ao Estado antes de serem pagos, depositados e postos à disposição é uma ficção que o Estado criou, para poder instituir um crime, caso contrário, ou seja, sem essa ficção, ele teria que aceitar que estaria utilizando o poder de legislar abusivamente em seu próprio favor, afirmando que dever para o Estado é crime, mas dever para o particular não o é.*

Verifica-se, portanto, sem essa “ficção” o Estado (Poder Público) teria que admitir que emprega o “Poder de Legislar “de forma abusiva<sup>25</sup>, em seu favor, no contexto

Novamente, escreve Suzuki (2010, p. 252), que o “Direito Penal” deve atuar só sobre fatos. Assim, para que fique caracterizado o delito de Apropriação Indébita Previdenciária é forçoso que ocorra a própria inversão na posse do bem// e que haja, de forma efetiva, a apropriação do dinheiro, devendo haver a vontade de locupletar-se.

Diante do exposto, compreende-se que inexistindo a inversão na posse do bem, não se pode admitir a configuração do delito descrito no Art. 168-A à luz dos princípios penais.

#### 4.4 Análise indicativa da excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa sob a ótica da jurisprudência

Pelo fato da “Apropriação Indébita Previdenciária” referir-se a uma exação<sup>26</sup> pertinente ao patrimônio da União Federal<sup>27</sup>, mesmo que destinada à entidade da Administração Indireta <sup>28</sup>, é a competente para o seu processamento e julgamento a Justiça Federal.

---

24 Idem, ibidem.

25 A abusividade se justifica no sentido de que não pode uma ficção – desconto contábil ser equiparada à tradição efetiva da moeda, tornando-se a base de um fato. O Direito penal opera somente sobre fatos, portanto é imprescindível que ocorra a inversão da posse. (SUZUKI, 2010, p. 251 -252).

26 Idem, ibidem.

27 Art. 20, I da CF. São bens da União: I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos.

28 O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS foi criado em 27 de junho de 1990, durante a gestão do então presidente Fernando Collor de Melo, por meio do Decreto nº 99.350, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, atual Ministério da Previdência Social – MPS.

Dessa forma, deslocam-se para análise alguns precedentes jurisprudenciais proferidos pelos Tribunais Regionais Federais do Brasil, para verificar o(s) posicionamento(s) do(s) órgão(s) judicial(is) de segunda instância; sobre a questão da excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, no delito do art. 168-A do CP.

Adiante, passa-se ao destaque cronológico dos julgados pertinentes, para os fins deste estudo.

Em **2019**, o **Tribunal Redional Federal da 1ª Região** reconheceu a excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, quando evidenciada dificuldades financeiras reais da empresa. Tal situação, tem servido como esteio para acolhimento da “causa supralegal” referida, conforme se pode verificar:

PENAL. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, § 1º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ACOLHIMENTO. 1. Constitui a infração descrita no art. 168-A do Código Penal, deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. 2. O crime de apropriação indébita previdenciária, que é crime omissivo puro, não exige que da omissão resulte dano, bastando, para sua configuração, que o sujeito ativo deixe de repassar à Previdência Social a contribuição recolhida dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. 3. Autoria e materialidade demonstradas. 4. Acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, considerando que a conduta do réu, apesar de típica, visto que se amolda à figura prevista no art. 168-A do Código Penal, e de não estar albergada por qualquer causa excludente de ilicitude, não é culpável, na medida em que não lhe era exigível portar-se de maneira diversa, em consonância com o ordenamento jurídico. 5. Apelação provida. (ACR 0003232-43.2015.4.01.3811, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 05/11/2019 PAG.)

Em novembro de **2018**, o **Tribunal Regional Federal da 4ª Região** reconheceu a excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa, quando evidenciada dificuldades financeiras reais da empresa. Tal situação, tem servido como esteio para acolhimento da “causa supralegal” referida, conforme se pode verificar:

PROCESSO PENAL. **APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE.** 1. A impossibilidade financeira que leva o indivíduo a adotar conduta contrária ao direito, porém irreprimível, não pode jamais ser

presumida. Não basta somente alegar dificuldades econômicas à época dos fatos. É necessário que tal circunstância seja demonstrada de forma cabal, o que ocorreu no caso dos autos. 2. Demonstrada a impossibilidade de agir os acusados de acordo com a lei, resta excluída a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, absolvendo-se o réu com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.(TRF4, ACR 5008023-52.2016.4.04.7205, **SÉTIMA TURMA**, Relatora: Cláudia Cristina Cristofani, **juntado aos autos em 14/01/2019**).

No ano de **2013**, o **Tribunal Regional Federal da 5ª região** concluiu, igualmente, por reconhecer a excludente de culpabilidade sobre a qual trata o objeto do trabalho, com efeitos no crime de “Apropriação Indébita Previdenciária”.

APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. MANTIDA A EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. **1. O instituto da inexigibilidade da conduta diversa deve ser utilizado de forma excepcional, quando comprovado o real empobrecimento da pessoa responsável pelo repasse dos tributos, obrigando o sujeito a agir em desconformidade com a lei, diante da impossibilidade do recolhimento dos valores descontados.** 2. Comprovada a situação de anormalidade financeira, que impeliu os réus a deixar de repassar as contribuições previdenciárias recolhidas dos empregados do hospital, deve-se reconhecer a incidência da excludente de culpabilidade.3. Apelação criminal improvida para manter a sentença absolutória.(TRF5 - 200082010038680, ACR - Apelação Criminal - 9900, **TERCEIRA TURMA**, Relator: Marcelo Navarro, **juízo: 16/05/2013**).

Recentemente, constatou-se que o posicionamento do órgão colegiado da 4ª turma do Tribunal Regional da 5ª região permanece na mesma linha de raciocínio. Vejamos:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA, SONEGAÇÃO FISCAL E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO PARA REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE REFERENTE À INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. MANUTENÇÃO. DÚVIDA QUANTO AO DOLO DA RÉ. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. IMPROVIMENTO DO APELO.1. Apelação criminal interposta em face de sentença que absolveu a ré da imputação dos crimes de sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A, inciso III, do Código Penal), de sonegação fiscal (artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90) e de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A, caput, do Código Penal), diante do reconhecimento da excludente de culpabilidade consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa e da ausência de dolo. (TRF5 - PROCESSO: 08156978520174058300, ACR - Apelação Criminal - , DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS VINICIUS CALHEIROS NOBRE (CONVOCADO), 4ª Turma, **JULGAMENTO: 07/08/2020**, **PUBLICAÇÃO: )**

Conforme pôde-se verificar, todos os precedentes judiciais clamam pela necessidade de comprovação efetiva de que réus e/ou responsáveis e suas empresas

combateram “dificuldades financeiras irreversíveis” e; apenas por este motivo, assentiram em restar caracterizada a “Excludente de Culpabilidade” por “Inexigibilidade de Conduta Diversa”, nos casos concretos analisados.

Em sentido contrário, afastando a admissibilidade da mesma alegação de defesa, tendo em vista que **não houve a comprovação efetiva**, por parte dos réus, da total impossibilidade de repassar/recolher/pagar as devidas obrigações tributárias de cunho previdenciário, restando mantida a condenação proferida em primeiro grau de jurisdição:

PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. **DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE NÃO DEMONSTRADA.** CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAL DE AUMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Comete o delito tipificado no art. 168-A do Código Penal o agente que deixa de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados empregados. 2. O dolo, para o crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, é o dolo genérico, exigindo-se apenas a vontade livre e consciente de não recolher os valores descontados a título de contribuições previdenciárias, sendo irrelevante se o agente pretende deles apropriar-se ou dar-lhes outro destino. Não é necessária, tampouco, a intenção de lesar o INSS. **3. As graves dificuldades financeiras enfrentadas pela pessoa jurídica para adimplir com a obrigação tributária, que tenham afetado não só a empresa, mas também o patrimônio pessoal do acusado, constituem causa excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, desde que comprovadas nos autos.** 4. É entendimento consagrado nesta Corte que a aplicação da causa especial de aumento da continuidade delitiva deve levar em conta o número de fatos criminosos praticados, preferencialmente de acordo com os parâmetros já consagrados nessa egrégia Corte para os casos de apropriação indébita previdenciária: até 9 fatos, 1/6; de 9 a 18 fatos, entre 1/5 e 1/4; de 18 a 24 fatos, entre 1/4 e 1/3; de 24 a 30 fatos, entre 1/3 e 1/2; de 30 a 33 fatos, entre 1/2 e 2/3; acima de 33 fatos, 2/3. 5. Apelação criminal desprovida.(TRF4, ACR 5003679-28.2016.4.04.7205, **OITAVA TURMA**, Relator João Pedro Gebran Neto, **juntado aos autos em 01/03/2018**).

Portanto, pelas referidas jurisprudências colacionadas, observa-se que não é singela a aplicação da “Excludente de Culpabilidade” por “Inexigibilidade de Conduta Diversa”, no âmbito do Poder Judiciário, pois faz-se robustez probatória que as justifiquem<sup>29</sup>.

Ao lado disso, constata-se que é bastante difícil modificar uma confirmação de decisão condenatória em segunda instância, tendo em vista exige de forma essencial a análise do conjunto fático-probatório.

---

<sup>29</sup> Vide item 4.2, nota de rodapé 22 deste trabalho.

É que para a aplicação da Excludente de Culpabilidade” por “Inexigibilidade de Conduta Diversa”, o rol de recursos cabíveis para as instâncias superiores é residual e precisa coadunar-se com as hipóteses previstas<sup>30</sup>.

No âmbito do **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, conforme previsto na Súmula 07 do ano de 1990, a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial:

PENAL AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PLEITO RECURSAL QUE VISA AO RECONHECIMENTO DE CAUSA EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE (INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA).** ARESTO IMPUGNADO QUE FIRMA A INEXISTÊNCIA DE PROVA QUE RESPALDE A ALEGAÇÃO DEFENSIVA. **REEXAME. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.** PRECEDENTES DESTA CORTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INADMISSIBILIDADE. CONFRONTO QUE DEPENDERIA DA ANÁLISE DE PROVAS DE CADA PROCESSO. SÚMULA 7/STJ. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 834.103/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, **SEXTA TURMA**, julgado em 30/06/2016).

Portanto, constata-se com base na jurisprudência do **STJ**, que é difícil reverter um decreto sentencial condenatório de primeira ou segunda instâncias de jurisdição; se houver falha na produção de provas; seja por insuficiência das mesmas ou preclusão<sup>31</sup>.

---

30 Art. 102 e 105; CF/88.

31 Preclusão é a perda do direito de manifestar-se no processo, isto é, a perda da capacidade de praticar os atos processuais por não tê-los feito na oportunidade devida ou na forma prevista.(GONÇALVES, Marcus Vinicius. 2007)

#### 4.5 Breves considerações sobre a previsão legal de imputação da pena privativa de liberdade para o crime de apropriação indébita previdenciária

Nos termos da Constituição Federal, há Direito Fundamental previsto, especificamente em seu art. 5º, LXVII, assim declarado: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Conforme Fuhrer (2001, p. 96), “*As penas são privativas de liberdade, restritivas de direito e multa.*”

As penas devem ser aplicadas pelo órgão jurisdicional competente, de modo a punir e evitar a ocorrência de novos crimes. “*Os direitos e deveres do detento estão apresentados na Lei de Execução Penal, com caráter ressocializador visto que visa a reintegração do sujeito.*” (MIRABETE, 2007, p. 65)

O **primeiro questionamento** que decorre da previsão de pena autorizada pelo Código Penal é: o Estado (Poder Público) poderia considerar, de fato, uma dívida originária - de natureza tributária como crime?

O **segundo questionamento**, que é consequência lógica do exposto é: diante do art. 5º, LXVII da Constituição Federal; tido como garantia constitucional e em face de ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica art. 7º, o qual foi integrado à legislação brasileira por meio do Decreto Legislativo 27, de 26/05/1992; poderia acatar-se, de fato, a imputação de pena privativa de liberdade ao indivíduo (pessoa física), fundada no descumprimento uma dívida originária de natureza tributária, cuja conduta é tipificada como crime?

Textualmente, conforme o Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º “[...] *ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*”

Pelo teor do art. 5º, § 2º<sup>32</sup>, da CF/88; a norma supramencionada atinge o patamar de direito e garantia fundamental. Assim, passou a ser parte imutável de da própria Carta Magna<sup>33</sup>

---

32 “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

33 Art. 60, § 4º, IV da CF. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV- os direitos e garantias individuais.”

Dessa forma, essa circunstância veio fortalecer o direito de não submissão à prisão por dívida, conforme explica Suzuki (2010, p. 282).

Porém, pelo posicionamento adotado pelo **Supremo Tribunal Federal (STF)**; a prisão decorrente do delito de “Apropriação Indébita Previdenciária” tem caráter criminal, não se confundindo com a prisão civil.

Nesse contexto, constata-se que o legislador constituinte referiu-se só à “prisão civil”; mas não mencionou a “prisão penal”, com motivo ou origem em obrigação pecuniária, vedando a primeira, taxativamente.

Quanto à última sanção, compreende-se que a pena privativa de liberdade admitida para quem pratica “Apropriação Indébita Previdenciária” ostenta natureza criminal.

Nessa medida, quando a reprimenda configurar uma “prisão penal” é conveniente a interpretação jurídica de que o óbice constitucional não abarca esta, subsistindo legitimada a “prisão penal” por dívida – representada por quaisquer dos núcleos dos tipos declarados no art. 168-A do CP.

Nesse contexto, constata-se que o legislador constituinte referiu-se só à “prisão civil”; mas não mencionou a “prisão penal”, com motivo ou origem em obrigação pecuniária, vedando a primeira, taxativamente.

Quanto à última sanção, compreende-se que a pena privativa de liberdade admitida para quem pratica “Apropriação Indébita Previdenciária” ostenta natureza criminal.

Nessa medida, quando a reprimenda configurar uma “prisão penal” é conveniente a interpretação jurídica de que o óbice constitucional não abarca esta, subsistindo legitimada a “prisão penal” por dívida – representada por quaisquer dos núcleos dos tipos declarados no art. 168-A do CP.

Pelo que se disse, o aparente conflito entre as normas do art. 5º, LXVII e § 2º e 3º da Constituição Federal inexistente, na forma como está posto no pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, tampouco se pode sustentar rixa normativa entre o prescrito na Constituição Federal e no Pacto de San José da Costa Rica, pois ambos visam a proteção dos “Direito Humanos”, vez que considerada constitucional a pena privativa de liberdade fixada, por lei, para o delito comentado e discutido neste trabalho.

## **5 CONCLUSÃO**

A presente monografia teve como escopo principal realizar análise científica, acerca do alcance e aplicação do instituto da “Inexigibilidade de Conduta Diversa” como causa supralegal de “Exclusão de Culpabilidade”, quando se trata do delito de Apropriação Indébita Previdenciária; o que se fez com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a temática.

Ressalte-se que a “Inexigibilidade de Conduta Diversa” é - e foi assim compreendida neste estudo - como a inexistência do dever de agir em conformidade com a lei, tendo por motivo ou razão objetiva determinado cenário anormal, que impera e se sobrepõe à vontade do agente.

Diante de todos os aspectos que envolvem a consumação do fato típico descrito no art. 168-A do Código Penal Brasileiro, verifica-se que o sujeito ativo do respectivo crime, diante de situação excepcionalíssima e/ou de força maior; uma vez apresentando defesa com rol probatório robusto do estado de anormalidade econômica, poderá ficar isento de culpabilidade, quando não lhe possa ser exigível conduta diversa da que deu causa à responsabilização criminal correspondente.

Atribui-se importância ao debate e discussão técnica do objeto do estudo, porque muitas empresas e empresários – empregadores - não tem cumprido suas obrigações tributárias fundados em dificuldades financeiras irreversíveis; sendo seus responsáveis incurso(s) em crime(s) como o art. 168-A do CP – cuja finalidade protegida pela norma é, eminentemente arrecadatória.

Dessa forma, muitas vezes por carga tributária excessiva, somada a quase permanente crise econômica nacional – agravada pela imprevisibilidade da “Pandemia Mundial do COVID-19” - é que o delito em enfoque ocorre; não por simples omissão voluntária – como é considerado largamente pela Ciência Jurídica.

Em vista do parâmetro delineado, pela Doutrina e Jurisprudência, verificou-se complexa a constatação que de fato o(a) autor(a) não se omitiu intencionalmente de saldar com sua obrigação tributária – de cunho previdenciário.

Portanto e por esse motivo, cabe ao sujeito ativo comprovar, no âmbito do Poder Judiciário e de forma efetiva, que enfrenta ou enfrentou dificuldade financeira grandiosa, de modo a não agir – ao deixar de repassar/recolher/pagar as Contribuições Sociais Previdenciárias - por “Inexigibilidade de Conduta Diversa” tida como “causa supralegal” de excludente da culpabilidade, para a hipótese.

Com base na jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça(STJ)**, constatou-se que é improvável reverter um decreto penal condenatório, mantido em

sede de segundo grau de jurisdição; principalmente, porque haveria necessidade de análise detalhada de todo o conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 07 do Egrégio Tribunal.

À vista disso, a aplicação da “Inexigibilidade de Conduta Diversa” como excludente deve ser investigada e utilizada com parcimônia.

Tão-somente em casos onde reste comprovada a saúde financeira precária empresarial; onde se perceba a iminência de falência desta; ou até mesmo a insolvência dos responsáveis societários; ou havendo risco para manutenção da atividade econômica desenvolvida e dos postos de trabalho - a ponto de ter que se fazer uma escolha entre cumprir com as obrigações tributárias ou salvar o empreendimento – é que passa a ser justificável a ilicitude.

Em confrontação, buscou-se também lançar reflexões sobre a constitucionalidade da previsão legal de pena privativa de liberdade para a “Apropriação Indébita Previdenciária”.

Principalmente, em face dos preceitos do art. 5º da Carta Magna e das normas dispostas no Pacto de San José da Costa Rica, pois ambos visam à proteção de “Direitos Fundamentais”, assegurando o direito à liberdade dos indivíduos contra qualquer abuso de autoridade do Estado (Poder Público).

Nesse particular, identificou-se que a pena privativa de liberdade para o crime do art. 168-A do CP possui natureza criminal, distinguindo-se da vedação para “prisão civil” fundada em dívida.

Logo, o Supremo Tribunal Federal (STF) posicionou-se no sentido de que a “prisão penal” imputada por prática de crime por não cumprimento de “obrigação tributária” de natureza previdenciária não fere a Constituição Federal.

Diante do exposto, conclui-se por imprescindível que a ação típica e antijurídica seja submetida ao devido processo legal e, após o juízo de apuração penal e avaliação da “Culpabilidade”, no caso concreto, permitindo verificar se seria possível ao agente criminoso agir conforme o Direito, no contexto fático.

Inclusive, porque a propícia demonstração probatória plena acerca da “Inexigibilidade de Conduta Diversa” ‘será medida para Exclusão de Culpabilidade’, para o(a) contribuinte e/ou responsável tributário, autor(a) do art. 168-A do CP.

## REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 5 ed. Brasil: Editora JusPodivm, 2014.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a presidência social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- AVENA, Norberto. *Processo Penal*. São Paulo: Editora Método. 2017.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *O crime de omissão no recolhimento de contribuições sociais arrecadadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, v. 3: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. *Constituição federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 dez. 2019.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 20 dez. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)> Acesso em: 20 dez. 2019.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97888-RJ*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de maio de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/22935735/habeas-corpus-hc-97888-rj-stf>> Acesso 11 set. 2020.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 468 RR 2000.42.000468-8*. Relatora: Desembargadora Federal Assuste Magalães. Brasília, DF, 26 de março de 2012. Disponível em : <<http://trf1.jusbrasil.com/jurisprudencia/21613190/apelacao-criminal-acr-468-rr-20004200000468-8-trf1>> Acesso em 11 set. 2020.
- CAPEZ, Fernando. *Curso direito penal, v. 1: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Curso direito penal, v. 2: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CASAGRANDE, Daniel Alberto. *Crimes contra a seguridade social: apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira. *Manual de Direito Previdenciário*. Brasil: 2008.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Crime de apropriação indébita previdenciária*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. Ed. Atlas, 2001. Brasil: 2001

GOMES, Luiz Flávio. *Crimes previdenciários: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

FUHRER, Maimilianus Cláudio. *Resume de Direito Penal*, 19ª ed. Brasil: 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 4ª ed., v. I, São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 2 ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2009.

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

MIRABETE, Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, ed. Atlas, 21ª edição. Brasil: 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. Brasil: PC editorial Ltda, 2010.

MARQUESIN, Thiago. *As espécies de provas sob a ótica do Novo CPC*. DireitoNet, 2017. <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10378/As-especies-de-provas-sob-a-otica-do-Novo-CPC> > “Acesso em 04 out. 2020.”

MASSON, Cleber. *Direito Penal Parte Geral*. 14ª ed. 2020, São Paulo: Método.

MIRABETE, Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, ed. Atlas, 21ª edição. Brasil: 2006.

MARTINEZ, Celso. *Prescrição da Pretensão Punitiva*. JusBrasil, 2015. <[NUCCI, Guilherme de Souza. \*Manual de Direito Penal\*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.](https://celsomartinezjr.jusbrasil.com.br/artigos/189529365/prescricao-dapretensaopunitiva#:~:text=A%20prescri%C3%A7%C3%A3o%20da%20pretens%C3%A3o%20punitiva%20C3%A9%20chamada%20impropriamente%20de%20prescri%C3%A7%C3%A3o,preceito%20secund%C3%A1rio%20da%20norma%20incriminadora.>”</a> “Acesso em 23 set. 2020.”</p>
</div>
<div data-bbox=)

SILVA, Agno José. *A responsabilidade penal para a pessoa jurídica*. Migalhas, 2019. <<https://www.migalhas.com.br/depeso/303403/a-responsabilidade-penal-para-a-pessoa-juridica>> “Acesso em 23 set. 2020”

SUZUKI, Elizeu Ioshito. *Apropriação indébita previdenciária e o princípio da legalidade*. Curitiba: Juruá, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 10ª ed. Niterói: Impetus, 2010.