

# Legislação

& Tributos SP

## Penal Cortes entendem que para haver ação empresário deve usar dinheiro em benefício próprio

# Supremo e STJ abrandam crime de apropriação indébita de INSS

Zínia Baeta  
De São Paulo

O Poder Judiciário tem adotado um novo entendimento sobre o crime de apropriação indébita que, na prática, poderá resultar no trancamento de milhares de inquéritos policiais contra empresários que descontaram do funcionário a contribuição, mas não a repassaram para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

No início deste ano, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a entender que esse tipo de crime é o que se chama de "formal". Nesse sentido, para responder criminalmente pelo não-repasse das contribuições, seria necessário comprovar que o responsável pela empresa obteve lucro — ou seja, usou os recursos em proveito próprio, na aquisição de bens, por exemplo. O Supremo também julgou ser necessário o término do processo administrativo, que comprovasse tal possibilidade, para que o empresário pudesse responder criminalmente pelo desvio da contribuição. Seguindo a linha da corte suprema, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também mudou de entendimento em junho deste ano e mandou suspender um inquérito policial sobre o tema até o julgamento final do processo administrativo de um empresário. A relatora do habeas corpus, ministra Laurita Vaz, cita em sua decisão o precedente do Supremo e o fato de a corte ter passado a considerar que não só os crimes contra a ordem tributária seriam materiais,

mas também os crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária também estariam no rol dos crimes materiais.

Até então, o entendimento geral do Judiciário era o de que bastasse ocorrer o não-repasse à Previdência para que ficasse demonstrada a existência do crime de apropriação indébita, cuja pena varia de dois a cinco anos de reclusão e multa. "O mero não repasse da contribuição caracterizava o crime, quase que em uma presunção de dolo", afirma o criminalista sócio do escritório André Kehdi e Renato Vieira Advogados, Renato Vieira. Segundo o advogado, o novo entendimento sobre a necessidade de comprovação do uso dos recursos fica claro a partir do momento em que tanto Supremo quanto STJ dizem que trata-se de um crime material e não crime formal.

Por essa razão, na prática o que deve ocorrer é a propositura de inúmeros habeas corpus por advogados para seus clientes que já respondem a inquéritos criminais, tendo por base os precedentes das cortes superiores. O mesmo deve ocorrer para os milhares de inquéritos criminais abertos em razão do não-repasse das contribuições sem que neles se discuta a apropriação do dinheiro para uso próprio pelo empresário.

O advogado Roberto Delmanto Júnior, sócio do escritório Delmanto Advocacia Empresarial, afirma que abriu-se um leque maior para a defesa dos empresários. O entendimento majoritário da Justiça não levava em conta o fato de o empresário ter deixado de repassar a contribuição em função de dificuldades de caixa. Segundo ele, há uma diferença entre



O advogado Roberto Delmanto Júnior afirma que abriu-se um leque maior para a defesa dos empresários

este empresário e aquele que simplesmente não repassa para uso próprio. No primeiro caso, como afirma o advogado, houve o desconto, mas não há circulação de dinheiro, pois esse nunca existiu. "É algo escritural, só está no holerite", diz. Ele lembra que pela decisão do STJ não poderá ser aberto inquérito criminal, muito menos ocorrer o indiciamento — quando há uma acusação formal, registrada nos computadores da polícia — sem o esgotamento das vias administrativas. Ele também acredita que a decisão vai dificultar as ações penais, pois o Ministério Público terá de provar que o dinheiro existia e que o empresário o usou para si mesmo, ainda que não seja complicada essa demonstração por meio de balanços.

O advogado Renato Vieira afirma que o STJ e o Supremo passaram a aplicar para a Previdência o que a jurisprudência já vinha aplicando para crimes de ordem tributária. Nesses casos, os tribunais superiores entendiam, desde 2003, que era necessário o fim do processo administrativo para a abertura de um inquérito criminal. "Foi uma questão de isonomia", afirma. Apesar de a alteração oferecer maior segurança, Delmanto Júnior diz que, nesses novos julgamentos, passou-se a ter como marco inicial para a contagem da prescrição o término do processo administrativo. Segundo ele, o que ocorria antes era a prescrição penal em razão da demora do término do procedimento administrativo. "Entre o fa-

to e a denúncia demorava-se mais de cinco anos", afirma. A prescrição ocorre em quatro anos, por exemplo, se for aplicada a pena mínima de dois anos.

Outro aspecto levantado pelo advogado é o fato de que, apesar de existir esse entendimento sobre o trânsito em julgado do processo administrativo, muitos inquéritos têm sido abertos tendo-se como base o crime de falsificação de documentos — que seria o crime-meio para a sonegação e apropriação. "O entendimento jurisprudencial tem sido driblado", diz. Para o advogado sócio da área criminal do Demarest & Almeida, Luiz Carlos Torres, a tendência da Justiça deve ser a de considerar o crime como de natureza material.