



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 28.798 - PR (2010/0150168-0)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
RECORRENTE : MILTON MORESCA JÚNIOR
ADVOGADO : LEANDRO SOUZA ROSA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (168-A DO CÓDIGO PENAL). INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DOS CRÉDITOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Segundo entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, os crimes de sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária, por se tratarem de delitos de caráter material, somente se configuram após a constituição definitiva, no âmbito administrativo, reconhecendo a regularidade do respectivo crédito (Precedentes).

2. No presente caso, conforme ressaltado pelo próprio Tribunal *a quo*, verifica-se que as impugnações aos Autos de Infração encontram-se em trânsito no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, configurando, assim, constrangimento ilegal, em virtude da falta de decisão administrativa definitiva em que se discute a exigibilidade do crédito.

3. Recurso provido, para trancar o inquérito policial instaurado contra o recorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2012 (Data do Julgamento)

Ministro Campos Marques
(Desembargador Convocado do TJ/PR)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 28.798 - PR (2010/0150168-0)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
RECORRENTE : MILTON MORESCA JÚNIOR
ADVOGADO : LEANDRO SOUZA ROSA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CAMPOS MARQUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto por
MILTON MORESCA JÚNIOR, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª
Região, assim ementado (fl. 620):

*PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 337-A DO CP. CRIME
MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO.
CONDIÇÃO DE PUNIBILIDADE. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONSTITUIÇÃO
DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE.
TRANCAMENTO PARCIAL DO INQUÉRITO POLICIAL.*

*1. O crime de sonegação de contribuição previdenciária, do art. 337-A
do Código Penal, é de resultado, exigindo a prévia constituição
definitiva da contribuição que se aponta como sonegada, daí
constituindo o lançamento em elemento típico dessa infração penal -
ou em condição objetiva de punibilidade, nos termos do precedente do
Supremo Tribunal Federal no análogo crime de sonegação tributária
do art. 1º da Lei nº 8.137/90.*

*2. Inexistindo o lançamento definitivo do débito, porque ainda não
julgados os recursos administrativos interpostos, e sem prejuízo de
eventual nova persecução criminal - após, todavia, o término do
procedimento administrativo em que discutido o crédito fiscal -,
impõe-se o trancamento do Inquérito Policial.*

*3. O delito de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP),
que é crime omissivo próprio ou omissivo puro, consuma-se com o
simples fato de o responsável tributário ter deixado de recolher os
valores destinados à Previdência, mostrando-se irrelevante o fato de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pendem de apreciação a impugnação administrativa em que se questionam os valores apontados na denúncia.

Noticiam os autos que, contra o recorrente, foi instaurado o Inquérito Policial nº 2009.70.01.004366-9, a fim de apurar eventual ocorrência dos crimes previstos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal.

Impetrado *habeas corpus* na origem, a ordem foi parcialmente concedida, para determinar a suspensão do referido inquérito policial, tão-somente, com relação ao delito previsto no art. 337-A.

Alega o recorrente, em síntese, que o crime de apropriação indébita previdenciária - art. 168-A do Código Penal - consubstancia delito omissivo material, exigindo, pois, para sua consumação, efetivo dano, já que o objeto jurídico protegido é o patrimônio da previdência social. Portanto, a constituição definitiva do crédito tributário é condição de procedibilidade para que se dê início à persecução criminal.

Postula, em razão disso, o trancamento da ação penal nº 2009.70.01.004366-9, tendo em conta que os recursos interpostos na via administrativa, onde se discutem o débito apurado, ainda pendem de julgamento.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 669/672).

Vieram-me os autos à conclusão, por atribuição, em 25.9.12, após a minha designação para integrar esta eg. 5ª Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 28.798 - PR (2010/0150168-0)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
RECORRENTE : MILTON MORESCA JÚNIOR
ADVOGADO : LEANDRO SOUZA ROSA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (168-A DO CÓDIGO PENAL). INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DOS CRÉDITOS NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Segundo entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, os crimes de sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária, por se tratarem de delitos de caráter material, somente se configuram após a constituição definitiva, no âmbito administrativo, reconhecendo a regularidade do respectivo crédito (Precedentes).

2. No presente caso, conforme ressaltado pelo próprio Tribunal *a quo*, verifica-se que as impugnações aos Autos de Infração encontram-se em trânsito no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, configurando, assim, constrangimento ilegal, em virtude da falta de decisão administrativa definitiva em que se discute a exigibilidade do crédito.

3. Recurso provido, para trancar o inquérito policial instaurado contra o recorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 28.798 - PR (2010/0150168-0)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
RECORRENTE : MILTON MORESCA JÚNIOR
ADVOGADO : LEANDRO SOUZA ROSA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CAMPOS MARQUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (RELATOR):

O pleito expõe a tese que para a consumação do delito previsto no art. 168-A é necessário o efetivo dano, já que o objeto jurídico protegido é o patrimônio da previdência social, e que a constituição definitiva do crédito tributário é condição de procedibilidade para que se dê início à persecução criminal.

Assiste razão ao ora recorrente.

De início, cumpre ressaltar que esta corte posicionou-se, inicialmente, no sentido de que o ilícito em questão - apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal) - estaria consumado com a simples omissão do agente que, na qualidade de responsável pela arrecadação de contribuição previdenciária, deixa de recolhê-la aos cofres do INSS, entendendo, portanto, tratar-se de crime formal.

Confira-se:

*PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO
INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. CRIME FORMAL. ENCERRAMENTO
DO PROCEDIMENTO FISCAL PARA O INÍCIO DA AÇÃO PENAL.
DESNECESSIDADE.*

*Na linha de precedentes desta Corte, nos crimes de apropriação
indébita previdenciária, o procedimento administrativo de apuração de
débitos não se constitui em condição de procedibilidade para a
instauração da ação penal, tendo em vista a natureza formal do delito
(Precedentes). A simples omissão no recolhimento das contribuições
descontadas dos empregados consoma o delito previsto no art. 168-A
do CP.*

Recurso desprovido.

(RHC nº 23.152/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 2.6.08)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, em sessão de julgamento realizada aos 10.3.08, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Agravo Regimental no Inquérito nº 2.537/GO, entendeu que o ilícito em questão é omissivo material, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

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 nº 2.537 AgRg, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10.3.08, DJe-107 DIVULG 12.6.08 PUBLIC 13.6.08)

Portanto, a partir do referido julgamento perante o Pretório Excelso, esta Corte adotou o entendimento de que o crime de apropriação indébita previdenciária é espécie de delito omissivo material, exigindo, portanto, para sua consumação, efetivo dano, já que o objeto jurídico tutelado é o patrimônio da previdência social, razão porque a constituição definitiva do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade, tal como previsto no art. 83 da Lei nº 9.430/96, aplicável à espécie. Nesse sentido a jurisprudência desta Corte:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO DEFINITIVO. DELITO NÃO CONSUMADO. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PARECER ACOLHIDO.

1. Consoante entendimento jurisprudencial, o esgotamento da via administrativa em que se discute a exigibilidade da contribuição previdenciária é condição de procedibilidade para a ação penal em que se apura o delito tipificado no art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. No caso dos autos, constata-se o constrangimento ilegal, tendo em vista que o processo administrativo em que se discutia o débito previdenciário ainda não havia chegado ao seu termo quando do recebimento da denúncia.

3. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal.

(RHC nº 27.083/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17.9.12)

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. O exaurimento da esfera administrativa é condição para a deflagração da ação penal e tal situação é verificada apenas quando há o lançamento definitivo do crédito.

2. Hipótese em que as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito foram objeto de recursos administrativos e os referidos processos aguardam julgamento.

3. Observado que não foram esgotadas as vias administrativas e com base no recente entendimento sobre a matéria, não há como permitir o prosseguimento da ação penal.

4. Ordem concedida.

(HC nº 100.656/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 19.10.09).

No presente caso, conforme ressaltado pelo próprio Tribunal *a quo* à fl. 618, verifica-se que as impugnações aos Autos de Infração nº 31.129.199-2 e 37.129.201-8 encontram-se em trânsito no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, configurando, assim, constrangimento ilegal, em virtude da falta de decisão administrativa definitiva, em que se discute a exigibilidade do crédito.

Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, dou provimento ao recurso, para trancar o Inquérito Policial nº 2009.70.01.004366-9, em curso perante do Departamento de Polícia Federal em Londrina/PR, sem prejuízo de sua ulterior renovação, em sendo cabível.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0150168-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 28.798 / PR**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12500500021309 200904000426985 200970010043669 44609

EM MESA JULGADO: 23/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MILTON MORESCA JÚNIOR
ADVOGADO : LEANDRO SOUZA ROSA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita Previdenciária

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.