

# ‘Apropriação indébita’ previdenciária: crime formal ou material? (parte 1)

16/11/2023

A Súmula Vinculante nº 24 causou uma série de efeitos indesejados no tratamento penal e processual penal dos crimes tributários. O mais recente deles está representado na discussão acerca da classificação dos crimes tributários como formais ou materiais, e nas supostas consequências dessa classificação para a aplicação do tipo penal do artigo 168-A do Código Penal. Tal classificação foi tida por determinante no julgamento do Recurso Especial 1.982.304, no âmbito do qual o STJ (Superior Tribunal de Justiça) fixou a seguinte tese: “*O crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, § 1.º, inciso I, do Código Penal, possui natureza de delito material, que só se consuma com a constituição definitiva, na via administrativa, do crédito tributário, consoante o disposto na Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal*” (j. 17/10/2023) [1].

No caso, discutiam-se os efeitos da classificação do crime como material ou formal sobre a prescrição. A acusada obtivera perante o TRF o reconhecimento da prescrição, pois os fatos ocorreram em 2007/2008 e a denúncia tinha sido recebida em 2021, quase 13 anos depois. A corte federal, reconhecendo o caráter “formal” do crime, cravou o início do prazo prescricional no momento dos sucessivos não recolhimentos e reconheceu a extinção da punibilidade. O MPF recorreu ao STJ afirmando que, na verdade, o crime é “material” e, assim, “*se consuma na data em que há a constituição definitiva do crédito tributário ou o exaurimento da via administrativa*”, invocando a SV 24 e escancarando, assim, os efeitos nocivos em cadeia causados pelo teor e pela linguagem empregada na súmula vinculante [2].

A alocação das figuras típicas em categorias (classificação), a partir da identificação de elementos comuns, tem por fim agrupar figuras que, justamente em razão da comunhão de características compartilhadas, apresentam problemas e produzem consequências jurídicas similares, merecendo tratamento jurídico uniforme em decorrência do princípio da igualdade. Assim, faz-se a distinção entre delitos de *mera conduta* (ou de atividade) e de *resultado*, que tem como referência o objeto sobre o qual recai a conduta [3], para ressaltar que, nas figuras que exigem resultado naturalístico espaço-temporalmente ou pelo menos mentalmente (lógico-conceitualmente[4]) separado da conduta, será necessário examinar o nexo de causalidade (e a imputação objetiva) entre o resultado e a conduta [5].



Outra distinção, que costuma se confundir com a anterior, estabelece-se entre crimes *formais* e *materiais*. Para Bruno, materiais são os crimes em que há “*realização do resultado fixado como característico do tipo legal*” – e esses crimes são chamados de *crimes de resultado* pelos alemães [6]. Já nos crimes formais “*com a própria atividade realiza-se o resultado*”, e por esta razão, os alemães preferem chamá-los de *simplex atividade* (*schlichte Tätigkeitsdelikte*) [7]. Em conformidade com isso, seriam intercambiáveis as expressões *crimes de resultado/crimes materiais* e *crimes de mera conduta/crimes formais*. Isso já dá uma ideia da pouca clareza que assombra esses conceitos [8].

A distinção entre *crimes de perigo* (concreto ou abstrato) e *de lesão* (ou dano) [9], por seu turno, tem como ponto de referência o bem jurídico e serve para colocar em evidência o grau do menoscabo ao bem jurídico, o que permite avaliar a legitimidade da incriminação e a proporcionalidade da intensidade da resposta penal [10]. Porque os critérios selecionados para essas classificações são diversos é que podemos encontrar crimes de *resultado e perigo* (concreto), como é o crime de desabamento ou desmoraçamento; de *mera conduta* e de *lesão*, como a injúria; de *mera conduta e perigo*, como a posse de arma de fogo; de *resultado* e de *lesão*, como o homicídio [11].

Para evitar ruídos, como os produzidos no precedente ora analisado, talvez fosse melhor o abandono total das expressões crimes formais/crimes materiais e a adoção exclusiva das expressões *crimes de mera conduta ou de atividade/crimes de resultado*, já consagradas e mais estáveis, e que parecem expressar com mais fidelidade o critério diferenciador: um tipo de crime que exige ou não, a realização de um resultado naturalístico para sua consumação.

Parece-nos, porém, que nenhuma destas classificações é decisiva para os propósitos que realmente moveram o *Parquet* a interpor o recurso especial julgado pelo STJ, que fora o de *usufruir* da suspensão da prescrição da pretensão punitiva em decorrência da aplicação da SV 24. Esse resultado pretendia ser alcançado a partir de uma associação quase mágica entre crime formal = afastamento da SV 24, crime material = aplicação da SV 24. Essa forma de proceder não tem ares de novidade; já foi feita com relação ao crime de descaminho (artigo 334, *caput*, CP), um claro exemplar de crime tributário que exige o não pagamento dos impostos [12], ao qual se atribuiu a qualidade de crime formal para privá-lo das consequências penais do pagamento e do parcelamento e, depois, da SV 24 [13].

Novamente, no REsp 1.982.304, recorreu-se à mítica distinção entre crimes formais e materiais, aparentemente incorporada pela SV 24: se é crime material, há necessidade de se aguardar o término do processo administrativo fiscal para a consumação do delito.

Todavia, como demonstraremos na segunda parte deste texto a incidência da súmula vinculante só faz sentido naquelas figuras que pressupõem que o sujeito passivo (contribuinte ou responsável) não tenha realizado o autolancamento [14], e isso independentemente de as classificarmos como crimes formais/materiais, de mera conduta ou de resultado, de dano ou de perigo.

## Continua na parte 2

---

[1] No texto acima indicado, fizemos comentários à ADI 4.980, julgada em março de 2022 pelo Supremo Tribunal Federal, e que não cabem neste espaço.

[2] Cf. MOURA/CAVALI, *Revista do Advogado* 154, p. 2–10.

[3] SCHULENBURG, *La teoría del bien jurídico*, p. 360-362; no mesmo sentido, GRECO, *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, p. 40. O bem jurídico não se confunde com o objeto da ação: “se A furta um anel a B, objeto da ação é o anel, bem jurídico a ‘propriedade alheia’; se C mata D, o corpo de D é o objeto da ação, a vida humana o bem jurídico lesado” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* PG I, p. 359).

[4] A expressão é de RÖNNAU, *JuS* 11/2010, p. 961.

[5] Cf. SANTOS, *Direito penal* PG, p. 85; TAIPA DE CARVALHO, *Direito penal* PG, p. 303.

[6] BRUNO, *Direito penal* PG II, p. 221.

[7] BRUNO, *Direito penal* PG II, p. 222.

[8] Cf. GRECO, *Boletim IBCCRIM* 229, p. 7; ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, §10, nm. 104; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, p. 155. Críticas da coautora deste texto em ESTELLITA, *Responsabilidade de dirigentes de empresas por omissão*, p. 236-239.

[9] Greco prefere o termo lesão (cf. GRECO, *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, p. 75 e ss.); Badaró, o termo dano (cf. BADARÓ, *Bem jurídico-penal supraindividual*, p. 241-242).

[10] SCHULENBURG, *La teoría del bien jurídico*, p. 367-370. Cf. SANTOS, *Direito penal* PG, p. 86-87; FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* PG I, p. 359-363. Demonstrações indubitadas em GRECO, *RBCrim* 49, p. 89–147. Cf. também o ilustrativo artigo de MONTENEGRO/VIANA, *Jota* (23 mar. 2020).

[11] Outros exemplos, nem sempre isentos de dúvida, em LEÃO/SCALCON, *Revista de Direito Tributário Atual* 50, p. 330; GRECO, *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, p. 40.

[12] A jurisprudência do STJ é praticamente pacífica nesse sentido. Cf. apenas para indicar precedente recente, o acórdão proferido no AgRg no REsp 1964478, 5ª Turma, Rel. Joel Ilan Paciornik, j. 14/12/2021, DJe 16/12/2021.

[13] Uma proposta que ajusta bem ao vício que atinge juristas de querer que os fenômenos se acomodem às classificações e não o contrário, segundo CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 99.

[14] Preferiremos esta expressão à outra comumente utilizada – lançamento por homologação – apenas para tornar o texto mais conciso.



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-nov-16/estellita-cavali-apropriacao-indebita-previdenciaria-crime-formal-ou-material/>